REPUBLICA DE COLOMBIA

Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-001-2014-00395-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19079
JUZGADO: PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTES: MARCO VINICIO RODRÍGUEZ GONZALEZ
ACCIONADO: AKARGOS, S.A.
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020, se corre traslado a la parte apelante para que en el término de cinco (05) días proceda a presentar sus alegatos de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar de la parte no apelante.

Se les recuerda a las partes que los alegatos en segunda instancia deberán estar en consonancia con los concretos motivos de inconformidad señalados en el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 66A del CPTYSS adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001.

Conforme al artículo 4 del citado Decreto Legislativo, en caso de que las partes requieran acceso al expediente, podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) el acceso a las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión.

Surtidos los términos de traslado para alegar, procederá la Sala a proferir sentencia por escrito, que será publicada por estado, conforme el numeral 1° del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2018-00248-01
Partida Tribunal: 19070
Juzgado: Primero Laboral del Circuito de Cúcuta
Demandante: Jimmy Adolfo Asprilla Mosquera
Demandada (o): Cúcuta Deportivo Fútbol Club S.A.S.
Asunto: Apelación de auto que resuelve excepciones previas

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020, se corre traslado a la parte apelante para que en el término de cinco (05) días proceda a presentar sus alegatos de conclusión, vencido lo cual correrá el término para alegar de la parte no apelante.

Se les recuerda a las partes que los alegatos en segunda instancia deberán estar en consonancia con los concretos motivos de inconformidad señalados en el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 66A del CPTYSS adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001.

Conforme al artículo 4 del citado Decreto Legislativo, en caso de que las partes requieran acceso al expediente, podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) el acceso a las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión.

Surtidos los términos de traslado para alegar, procederá la Sala a proferir sentencia por escrito, que será publicada por estado, conforme el numeral 1° del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 28 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-001-2019-00403-00, promovido por **Gladys Yaneth Vicuña de la Rosa** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, surtir el grado de jurisdicción de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la entidad y no fue apelado por ésta.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (folios 37-39): Depreca la actora el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge Luis Segundo Castellanos Angarita, a partir del 7 de diciembre de 2004, los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio, indexación del retroactivo adeudado, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** desde el 21 de agosto de 1981 -fecha en que contrajo matrimonio- y hasta el 7 de diciembre de 2004 -data del

deceso- convivió en forma continua e ininterrumpida con su cónyuge Luis Segundo Castellanos Angarita; unión de la cual procrearon tres hijos, actualmente mayores de edad. **2) Que** la cohabitación en los últimos meses de vida del precitado, se materializó en el inmueble ubicado en la Calle 1 Cruce Avenida 7 7E-07, Quinta Oriental de Cúcuta. Lugar donde se quitó la vida, producto del fallecimiento de una de sus hijas. **3) Que** tales hechos, la sumergieron en una depresión que le impidió acercarse anteriormente a reclamar la pensión de sobrevivientes en las dependencias de la encartada, que tan solo elevó hasta el 23 de agosto de 2018, obteniendo respuesta negativa por medio de la Resolución No. SUB 0260627 de igual calenda bajo el argumento de no acreditarse el requisito de convivencia, pese a haberse allegado al trámite administrativo declaraciones efectuadas bajo la gravedad de juramento, que demuestran lo contrario. **4) Que** la entidad desconoce su calidad de beneficiaria de la prestación económica porque el afiliado cotizó más de 50 semanas en los tres años anteriores al deceso; el vínculo matrimonial estaba vigente para tal data, y juntos procrearon tres descendientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 56 a 63: Colpensiones se opuso a lo pretendido por no encontrar acreditados los requisitos de la Ley 100 de 1993 en su versión original y en la Ley 797 de 2003 para que los beneficiarios del causante accedan a la pensión de sobrevivientes. Como excepciones de fondo propuso las de: inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de reconocer la pensión de sobreviviente, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, el 28 de octubre de 2020, luego de declarar parcialmente probado el medio exceptivo de prescripción,

condenó a Colpensiones a pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes en cuantía mínima, causada por la muerte del afiliado Luis Segundo Castellanos Angarita, a partir del 23 de agosto de 2015 en catorce mensualidades. Concedió los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 24 de diciembre de 2018 y hasta el pago del retroactivo adeudado. Gravó en costas a la demandada.

Argumentó que el material probatorio daba cuenta de que el causante cotizó más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, exigidas por la 100 de 1993, modificada por la 797 de 2003 -concretamente, 123,4 semanas-. Y que, acreditado el vínculo matrimonial y la convivencia entre los consortes durante el lustro exigido en la norma a partir de los testimonios recepcionados, resultaba procedente el derecho deprecado desde el 5 de junio de 2015, porque aun cuando el afiliado falleció el 7 de diciembre de 2004, la solicitud de pago fue elevada catorce años después, operando así el fenómeno extintivo de la prescripción sobre las mesadas no reclamadas en tiempo.

Por último, concedió los intereses de mora deprecados advirtiendo que la negativa de reconocimiento pensional emitida por Colpensiones no estuvo amparada en postulados legales.

RECURSOS DE APELACIÓN: Colpensiones impugnó las condenas pidiendo sean revocadas y se le absuelva. Sustentó que no se encuentra obligada al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes porque no existe certeza de la real convivencia *-en los términos definidos por la jurisprudencia-* de la actora con el causante, requisito *sine qua non* para la procedencia del derecho, tal como lo refiere la sentencia de tutela No. 566 de 1998. Cataloga de extraño el hecho de que la prestación se haya reclamado luego de transcurridos cerca de catorce años del fallecimiento del afiliado, sin que, afirma, la protagonista procesal diera cuenta de la forma en que sobrevivió económicamente durante este periodo. Argumenta que la prescripción ha de aplicarse en forma

íntegra de la acción laboral y los derechos sustanciales reclamados. Discrepa de la condena por intereses moratorios argumentando que la negativa de reconocimiento de la pensión emana de la falta de acreditación de requisitos legales; acota que en todo caso, dicha sanción opera una vez se haya proferido el acto administrativo de reconocimiento de la obligación pensional. También disiente de la condena en costas, argumentando que desarrolla su laboral misional de buena fe, dando aplicación a la Constitución, la ley y el precedente jurisprudencial.

El Ministerio Público también ataca la providencia, pero en forma parcial, en lo que atañe a la data de reconocimiento de los intereses moratorios, cuya condena precisa, sí resulta causada. Considera que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con apego en lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ha sido enfática y reiterativa en precisar que la entidad cuenta con plazo de cuatro meses para **reconocer la pensión**, lo que se materializa con la expedición del acto administrativo correspondiente. Siendo así, arguye, el órgano de cúspide de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, ha venido aplicando en forma errada dicha norma de cara a la imposición de la sanción moratoria, pues a su juicio, el postulado ajustable a tal circunstancia fáctica no es otro que el artículo 4° de la Ley 700 de 2001, que regula lo atinente al **pago de la mesada**, concediendo un término de seis meses para ello; que para el caso concreto, no sería el 23 de diciembre de 2018, sino el mismo día de febrero del año siguiente. Concluye insistiendo que, una situación es el acto de reconocimiento del derecho deprecado y otra muy distinta, el pago o desembolso de las mesadas, último aspecto que tiene relación con los intereses, pues lo que la ley castiga es la *"mora en el pago de las mesadas"*.

La actora persigue la revocatoria de la decisión única y exclusivamente respecto a la totalidad de mesadas reconocidas en su favor. Advierte

que el *A Quo* omitió precisar el número exacto, en consideración a la fecha del deceso del causante -7 de diciembre de 2004-.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Los sujetos procesales replicaron los argumentos expuestos en el escrito genitor de demanda, su contestación y los recursos de alzada.

3o. CONSIDERACIONES

A partir de las apelaciones y en consonancia con el objetivo del grado de jurisdicción de consulta, el problema jurídico consiste en determinar si la actora tiene derecho o no a que la demandada le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes. En caso afirmativo, (i) desde cuándo, (ii) en qué cuantía y número de mesadas, (iii) si acaeció no el fenómeno extintivo de la prescripción, (iv) si es procedente reconocer intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1443 y a partir de qué data, y (v) si resulta ajustada la condenación en costas a cargo de la encartada.

Para determinar si hay lugar a la **pensión de sobrevivientes** es menester acudir a la teoría del hecho causante[1] *-regla general consistente en que para establecer la causación de la prestación de seguridad social hay que estarse a la normatividad vigente al momento en que acaece o se estructura la contingencia asegurada.-* De acuerdo con ella, los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 son la regulación pertinente para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes objeto de litigio, ya que, en su vigencia ocurrió la muerte del causante, el **7 de diciembre de 2004**, según la copia del registro civil de defunción obrante a folio 6 del expediente.

El primer artículo referido prevé que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes **a)** los miembros del grupo familiar del pensionado por

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

vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, y **b)** los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, **siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento**.

Al respecto la historia laboral aportada con la contestación de la demanda informa que desde el 7 de junio de 1993, Luis Segundo Castellanos Angarita cotizó al sistema de pensiones a través del ISS **246 semanas** hasta el 31 de octubre de 2004, densidad que a todas luces es suficiente para acreditar los supuestos de hecho del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

A su vez, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 reza en su inciso primero literal a) lo siguiente:

"Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

La disposición en cita como puede verse, establece requisitos disímiles a acreditar por parte del cónyuge que reclama la pensión, de cara a la calidad que el causante ostentara en el sistema al momento del fallecimiento.

Así, en tratándose de un **pensionado** son dos las exigencias, a saber: la **primera alude** a la convivencia con el causante. Elemento entendido por la jurisprudencia como ***el auxilio mutuo*** *-elemento esencial del*

matrimonio según el artículo 113 del C.C.- ***entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común*** *que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales* (Sentencias CSJ Sala de Casación Laboral SL13544-2014 y SL4099-2017); **y la segunda** se refiere al tiempo que debe prolongarse dicha convivencia, esto es, por los 5 años inmediatamente anteriores al deceso. Es importante advertir sobre este último elemento, que, por tratarse del cónyuge supérstite, según criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, materializado en la SL12.442-2015, reiterada en la SL16.949-2016, los cinco años de convivencia de quien ostenta dicha calidad (pese a estar separado de hecho o no) pueden ser en cualquier tiempo. Orientación que ha sido reiterada, por ejemplo, en las sentencias de la Sala de Casación Laboral SL6.519-2017, SL11.298-2016 y SL5891-2016.

Ahora bien. Cuando converge la situación fáctica alusiva a la muerte de un **afiliado**, la lectura minuciosa de la norma permite concluir que no existe obligación radicada en cabeza del reclamante de acreditar un tiempo determinado de unión con el causante, solo la convivencia en sí. Criterio interpretativo planteado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1730 del 3 de junio de 2020, por medio de la cual morigeró su postura pacífica y reiterada encaminada a avalar la procedencia del derecho a la prestación de sobrevivencia en los casos de muerte del afiliado, sí y solo sí convergían idénticos requisitos a los previstos por el legislador para pensionados fallecidos. Se reflexionó en la nueva intelección que "*...para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge o compañero permanente o compañera permanente supérstite del* ***afiliado al sistema que fallece****, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge y compañero (a), y* ***la***

conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte*, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes".*

De cara a esta nueva visión refulge nítido que cuando se estudia la procedencia del derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de compañero (a) permanente y/o cónyuge, con fundamento en el obitamiento de un afiliado al subsistema general de pensiones, no es procedente exigir tiempo de convivencia alguno. Únicamente, se demanda la demostración de la realidad del vínculo marital o de consortes a la data del insuceso y con vocación de permanencia.

En tal línea, resulta pertinente acotar que en sentencia de abril 20 de 2005 radicación No. 23.735, la aludida Sala Laboral de la CSJ, describió la convivencia exigida en las normas del sistema para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

"Dentro de ese nuevo esquema constitucional de la familia, ***la efectiva y real vida de pareja -anclada en lazos de afecto y fraguada en el crisol de la solidaridad, de la colaboración y del apoyo mutuo-*** *durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado, se constituye en el criterio que ha de apreciarse cuando el juzgador se aplique a la tarea de definir la persona con vocación legítima para disfrutar de la pensión de sobrevivientes, a raíz de la muerte de su consorte o compañero."*

En razón de ello, ha **diferenciado la convivencia real y efectiva del mero acompañamiento emocional**, al decir en sentencia SL1399 de 2018, que:

"(…) ***la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme****, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior* ***excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e***

incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.".

De esta manera, en armonía con todo lo dicho, para que pueda predicarse que la actora es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del afiliado Luis Segundo Castellanos Angarita, debe quedar plenamente establecido que hasta la data de su deceso, *convivieron en unión marital con vocación de permanencia*, *acompañamiento mutuo, asistencia económica, así como el objetivo de proteger la familia* de la carencia originada por la muerte de alguno de sus miembros que proveía apoyo y sustento económico.

El acervo probatorio para determinar si tal circunstancia en efecto se acreditó o no, está compuesto por pruebas históricas como los testimonios de **Maddy Cecilia Mancilla Urbina**, quien dijo residir en la Avenida 0 No. 1 N -34, Barrio Vásquez Lleras de Cúcuta, y ser administradora de empresa de profesión. Contó que conoció a Luis Segundo Castellanos más o menos 45 años porque tenía negocio entre las Avenidas 4ª y 5ª de la ciudad, al igual que un hermano suyo, los cuales dijo, distaban a tres o cuatro cuadras. Lo describió como un hombre correcto, honorable en su palabra. Aseguró que estuvo casado con la demandante aproximadamente 40 años (desde 1981 más o menos) y que solo sabe, porque además de la relación comercial, sostuvo directa amistad con los consortes. Informó que luego del matrimonio que se efectuó en la iglesia *"María Auxiliadora"* -a donde dijo, asistió- procrearon *"a la niña"* y posteriormente a *"Rodrigo"*. Agregó que la pareja tuvo tres hijos, la primera niña que murió -de quien no indicó nombre-, luego Andrea y después Rodrigo, último que es el único que sobrevive. Aseguró que el obitado no tuvo más hijos. Narró que la demandante tiene unos bienes y de eso vive, y que durante la vida matrimonial donde afirmó, no medió separación, era el occiso quien respondía íntegramente por el hogar. Añadió que en esa época, Gladys trabajaba con su cónyuge en el negocio de restaurante. Dijo constarle

que la pareja conformó un hogar muy unido, que salió adelante en condiciones normales de un matrimonio. Expuso que los veía todos los días por el negocio llamado "73" que tenían y que compartían los domingos en familia *"una vez cerraban"*; que asistían a los cumpleaños de los hijos, celebraban *"Halloween"* y demás eventos. Aclaró que la pareja vivía en el segundo piso de la edificación donde funcionaba el restaurante y que con el paso del tiempo, les insistieron para que se trasladaran a un barrio porque los niños iban creciendo y la rutina del centro no es lo mismo de un barrio; lo que los motivó a comprar una vivienda en localidad cuyo nombre indicó no recordar; y que posteriormente, se trasladaron a vivir al barrio *"Quinta Oriental"* de Cúcuta, donde aconteció la muerte de Segundo, luego de que la niña -*haciendo alusión a la hija de los cónyuges*- que comentó, estudiaba ingeniería industrial en el último semestre, se mató en un accidente es semana santa. Acotó que, desde dicho suceso, Segundo empezó a deprimirse porque era *"la niña de sus ojos"* y tomó la decisión de suicidarse. Expresó que estuvo presente en ese momento y que la demandante entró en *"shock"*, tanto así, que no quiso que nadie entrara a la casa, pese a lo cual ingresó a la vivienda donde ya había estado la Fiscalía recogiendo muestras, y lavó el baño, que informó, fue el lugar donde ocurrió el insuceso. Aseguró que aun con el paso de los años, la incoante no supera dichas pérdidas. Acotó que conoció y estuvo relacionada con los hijos de los consortes *"desde la barriga"*, los veía a diario en el local -*un aproximado de 15 o 20 años*- y cuando compartían constantemente con sus hijos. Refirió que cuando se trasladaron de domicilio continuó visitándolos por la cercanía, y que asistió a los sepelios del afiliado y su hija, que contó, se realizaron en las iglesias *"Espíritu Santo"* y *"María Auxiliadora"*. Expuso que los bienes del obitado fueron heredados por Gladys y sus hijos. Al ser interrogada sobre la fecha de cumpleaños del muerto, dijo no recordarla; y sobre la edad de Rodrigo, dio cuenta de treinta y cinco años más o menos, de quien aseguró, la accionante no

percibía ayudas. Referenció que aquella vivía actualmente sola y es ama de casa.

Otra deponente fue **Nubia Rosa Torres**, residente en la Calle 3ª Norte No. 2E-35 del barrio Capellana de Cúcuta. Adujo. Afirmó conocer a la demandante hace más de 35 años porque Luis Segundo Castellanos Angarita -su hermano de crianza de toda la vida- se la presentó como su novia. Expresó que se casaron por allá en el año 1981 y se fueron a vivir en un apartamento ubicado en el segundo piso del restaurante de su propiedad conocido como *"73"*; que procrearon dos hijos: Andrea que nació por abril de 1982, Rodrigo, nacido en 1983 o 1984. Agregó que la actora tuvo otra niña pero murió ahí mismo. Indicó que Luis Segundo no tuvo más hijos pues vienen de una familia muy conservadora y católica, siendo muy fiel a su esposa y su hogar; que siempre compartieron techo, lecho y mesa, y que aun en los momentos más difíciles de la vida jamás se separaron. Contó que ambos trabajaban mancomunadamente en el restaurante para sacar a sus hijos adelante, pues Gladys se despertaba desde temprano a hacer *"hayacas"* y a atender al público. Dijo que su familiar le comentó en alguna oportunidad que pagaba seguridad social porque aspiraba en un futuro tener un descanso ya pensionado, precisando que no tiene conocimiento si efectivamente, ello ocurrió. Resaltó que desde el fallecimiento de Segundo, Gladys entró en una crisis permanente, casi no habla con nadie, se trasladó a vivir a Chinácota y que trata de vivir con los ahorros que seguramente él le dejó. Aseguró que aquella no recibe auxilios del Estado ni de nadie. Exteriorizó que Segundo le comentó que tenía pensado comprar una casa por los niños estaban creciendo y el centro era muy inseguro, y se trasladó al lado de su vivienda, es decir, en la Calle 3 Norte No. 2E-37, donde vivió durante cinco años, hasta que la vendió en 2002 para mudarse a un espacio más grande en el barrio Quinta Oriental de Cúcuta *-cuando los niños terminaban bachillerato e iniciaban universidad-*. Último lugar donde dijo, residió hasta 2004 cuando se dio el desenlace

de la vida de Andrea -su hija mayor-, que le ocasionó una depresión tal terrible, que el 7 de diciembre del mismo año, lo llevó a suicidarse. Dijo conocer ese suceso porque su yerno trabajaba en esa época en la clínica del seguro social y estaba de turno cuando entró Segundo, mal herido y prácticamente muerto; que luego de recibir esa noticia se fue a visitar a Gladys y la encontró en una silla llorando, sin conocimiento, estado en el que le dio el pésame, acompañándola luego en el sepelio de su esposo, los rezos y demás. Agregó que vio nacer y crecer a los hijos de la pareja porque eran familia, y que en los cinco años anteriores al deceso de Luis, él vivían con su esposa Gladys, Andrea que estudiaba en Bogotá y los visitaba esporádicamente, y con Rodrigo -el hijo menor, y seguramente con alguna servidumbre. Dio a conocer que el trato de los esposos siempre fue muy respetuoso y con sus hijos, que nunca hubo groserías, y que aun cuando habían dificultades nunca medió separación de techo y lecho porque para él era un principio la fidelidad con su esposa, por ser católico. Indicó que la demandante vive actualmente en el municipio de Chinácota *"tal vez vendiendo algunas cosas para sostenerse"* pero que ignora con quién o qué persona convive. Informó que Luis Segundo Castellanos Angarita siempre fue el jefe del hogar, suministraba el diario y disponía de todas las cosas de la casa y que Gladys lo acompañaba, hacía *"hayacas"* y supervisaba que el almuerzo estuviera a las 12:00 en punto, pero el dinero en sí, lo manejaba él. También, que los visitaba con frecuencia porque trabajaba en el centro y por la familiaridad, almorzaba constantemente en el restaurante de ellos. Al cuestionársele sobre si conocía a la deponente Maddy Cecilia Mancilla, dijo distinguirla porque tenía una peluquería al lado del restaurante a donde asistía a arreglarse el cabello, sin entablar relación cercana. Adujo que ésta y Luis Segundo eran vecino y muy amigos pues se veían las veinticuatro horas del día; y que vio a aquella en el sepelio de su familiar.

El tercer declarante fue **Armando Ortiz Mendoza**, pensionado y comerciante residente en la Avenida 15 AE 14 N-55 de la Urbanización Gratamira de Cúcuta. Indicó que conoció a Luis Segundo en los años 80 más o menos porque tenía un restaurante-cafetería de nombre *"73"*, cual frecuentaba con varios compañeros porque la cercanía con su lugar de trabajo en las empresas municipales. Y que a raíz de eso, hicieron una muy buena amistad. Comunicó que conoció a Gladys porque se casó con Luis Segundo y trabajaba con él en el mismo restaurante. Dijo que luego de obtener el status de pensionado, compró un local al frente del restaurante de la pareja en el centro comercial *"El Palacio Rojo"*, que hasta la data posee y donde ejecuta las labores de comerciante con su esposa. Precisó que no asistió a la boda por cuestiones de trabajo, pero sabe que se celebró en 1981 aproximadamente, y que producto de dicha unión, procrearon dos hijos (Rodrigo y Andrea), y otra hija que murió a los dos o tres días de nacida. Advirtió que la pareja convivió durante muchos años en la misma cafetería, en el segundo piso; luego se mudaron a la urbanización *"La Capellana"* y, por último, tuvieron una casa en *"Quinta Bush"*. Informó que la convivencia fue continua y permanente, ambos se ayudaban en la cafetería por ser un negocio familiar y que la cabeza de familia era Luis Segundo Castellanos. Contó que estuvo en el velorio de éste, quien se suicidó el 7 de diciembre -día de velitas- en la casa de Quinta Oriental, ubicada más o menos cerca de la iglesia del *"Espíritu Santo"*. Expuso que distinguió a Segundo desde antes que él conociera a Gladys, ya se hicieron novios y se casaron en 1981, y que hasta ahora es muy amigo de ella, quien reside en Chinácota, lugar donde al parecer, dijo, tiene un restaurante. Anunció que se reunían con frecuencia los domingos, hacían reuniones familiares y almorzaban, ocasiones donde siempre estaba Gladys. Resaltó que ellos conformaban una familia muy bonita, sus hijos eran muy buenos estudiantes -Andrea en el colegio la presentación y Rodrigo en el Seminario, y luego ambos cursaron universidad en Bogotá-. Manifestó que Luis Segundo tenía a nombre la casa de Quinta Oriental, que

imagina, pasó a pertenecer a Gladys por ser la esposa. Afirmó que el obitado nunca tuvo relación o hijos extramatrimoniales porque era un hombre muy dedicado a su familia. Declaró que Gladys no recibe ayudas de nadie y que en su casa montó un pequeño restaurante que le permite ofrecer comida a los vecinos y familiares, de lo que vive actualmente y desde 2004. Explicó que la demandante le dejó la casa al hijo y hace cerca de dos años se fue a vivir sola a Chinácota. Dijo ignorar el por qué la actora dejó transcurrir tanto tiempo para reclamar la pensión de sobrevivientes. Contó que asistió al velorio de Luis en la iglesia del *"Espíritu Santo"*. Narró para el momento de la muerte, el afiliado vivía en Quinta Oriental con Gladys y el hijo, y que la causa de que se disparara en la sien fue la preocupación por el fallecimiento de su hija Andrea, acontecido meses atrás. Indicó conocer a una media hermana de Luis Segundo, que identificó como *"Nubia"*; también a *"Maddy Cecilia Mancilla"*, quien dijo ser esposa de un señor conocido como *"Joselito"*, propietario de un salón de belleza. Sobre ésta última, aseguró sostuvo una relación de amistad muy cercana con la deprecante.

El último testigo, **Pedro Antonio Contreras**, referenció residir en la Manzana A3, Casa 22, Torcoroma 3 de la Ciudadela la Libertad de Cúcuta, y ser joyero y relojero de profesión. Aseveró que conoció a Luis Segundo más o menos desde los años 80 y hasta que falleció, porque tenía su negocio de joyería en la Calle 10 y Luis Segundo, un restaurante en la Calle 9ª, conocido como restaurante *"73"*, donde iba a desayunar, almorzar y muchas veces a tomarse un jugo; relación comercial que mutó a una gran amistad con él y doña Gladys. Agregó que luego montó un negocio en la misma Calle 9ª y los visitaba diariamente. Expresó que Luis Segundo y Gladys eran esposos y que inclusive él les hizo las argollas para el matrimonio -como en los años 80 u 81-. Acotó no estar seguro del lugar de celebración del casamiento, pero que creía se dio en la iglesia *"del salesiano"*. Respecto a la convivencia, expuso que vivían en el segundo piso del lugar donde funcionaba el negocio; que

procrearon dos hijos que conoció desde *"pelaitos"* -Andrea y el gordo Rodrigo- porque también tuvieron una pérdida. Contó que Andrea sufrió un accidente hace ya quince años y murió, y que Rodrigo es abogado, está trabajando y ya tiene su vida aparte, no vive con la señora Gladys. Adicionó no haberse enterado de separaciones entre los cónyuges, ni de relaciones o hijos extramatrimoniales, pues trabajaban de 5:00 a.m. a 9:00 p.m. o 10:00 p.m. Precisó que si bien la pareja convivió encima del local durante muchos años (desde el 80 hasta el 95 más o menos), después se fueron a vivir cerca de *"La Capellana"* y donde Luis murió o se quitó la vida fue en Quinta Oriental, donde los frecuentaba cada dos meses más o menos y los siguió viendo como esposos. Hecho después del cual no mantuvo la misma relación con Gladys porque se fue de ahí, aun cuando sí la ve de vez en cuando y se saludan, pues tiene un local arrendado en la Calle 9ª donde también queda su joyería, con lo que afirma, está sobreviviendo. Informó que el grupo familiar era sostenido económicamente por don Segundo porque tenía un restaurante muy bueno y acreditado; y que Gladys cosía porque la vio haciéndolo en varias de las visitas que les efectuó tanto en el local como en Quinta Oriental. Advirtió no saber si Gladys contrajo nuevas nupcias o convive con alguien, por la privacidad del asunto, sin embargo, precisó, no haberla visto con nadie. Igualmente, si recibe o no ayudas de terceros o del Estado o ingresos producto de actividad económica, acotando que conoce de un arriendo que percibe por el local comercial que posee -de lo que supone, sobrevive-. Indicó conocer como única propiedad del obitado, el restaurante *"73"*. Adujo que Gladys nunca le ha comentado acerca del tema de la pensión y por tanto, ignora el por qué se demoró para solicitar el reconocimiento de dicha prestación. Referenció conocer a Maddy Cecilia Mancilla porque tuvo negocio por la misma calle e incluso, hasta ahora se motila en el su salón de belleza. Comentó que aquella sostuvo una muy estrecha relación comercial y de amistad con Luis Segundo. Aseveró que para la data de la muerte de éste, convivía con Gladys porque los hijos estaban

estudiando afuera, y que Andrea -una de las descendientes- murió en un marzo y posteriormente, su papá (el afiliado), en noviembre o diciembre del mismo año a causa de un suicidio.

También se escuchó el interrogatorio de parte absuelto por **Gladys Yaneth Vicuña de la Rosa**. Indicó que conoció a Luis Segundo en el año *"setenta y pico"* y se casaron en 1981, tiempo desde el cual sostuvieron una relación normal de un matrimonio, trabajando bastante en el restaurante. Contó que tuvieron tres hijos, criaron dos *-porque la otra bebé murió a los tres días de nacida-* y luego murió la niña en un accidente por lo que quedó un solo hijo vivo. Reveló que tuvieron varios domicilios, desde 1981 y durante muchos años *-hasta que la niña casi termina el bachillerato-* vivieron en el segundo piso del mismo negocio; luego se mudaron al barrio Capellana y por último vivieron en Quinta Oriental, que fue donde Luis Segundo se mató en el baño. Contó que éste no tuvo más relaciones porque estaban juntos las veinticuatro horas del día, primero, en el restaurante y luego en el segundo piso para dormir, nunca se quedó en la calle, no tomaba ni era mujeriego, solo trabajaban muchas horas y el poco resto del tiempo lo usaban para dormir. Aseveró que jamás se separaron, que tanto solo los hijos se fueron a vivir a Bogotá por cuestiones de estudio -la niña en la Javeriana y el menor en la Sergio Arboleda-, pero que una vez aconteció la muerte de la mujer, se trajeron al varón a terminar en la Universidad Libre de Cúcuta. Aseguró que entre los dos sufragaban los gastos porque siempre trabajaron en el restaurante para costear el estudio y manutención de sus hijos. Dijo que no recibe ayudas de Rodrigo porque tiene su hogar y que aun cuando ella tiene arrendado el local -donde funciona actualmente un casino- tampoco ha percibido arriendos porque solo hasta ahora lo están abriendo de nuevo, producto de la pandemia. Refirió que su cónyuge no tuvo hijos extra matrimoniales pues nadie se presentó en la sucesión adelantada.

Analizado el anterior elenco probatorio, debe decirse, deviene suficientemente acreditado que entre la demandante y el causante existió convivencia en los términos reparados por la jurisprudencia. En efecto, nótese como los declarantes, al unísono, informaron acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que desarrolló la unión de los cónyuges. Indicaron que el matrimonio se celebró en el año 1981 en la iglesia *"María Auxiliadora"*, siendo inclusive, el testigo Pedro Antonio Contreras, quien, desde su profesión de joyero, les diseñó las argollas de compromiso. También, dieron cuenta de la procreación de tres hijos por parte de los consortes, precisando que dos de ellos fallecieron -una, a los días de nacida, y otra, de nombre Andrea, en un accidente-, por lo que tan solo sobrevivió el varón, de nombre Rodrigo, quien dijeron, vive de forma independiente.

Asimismo, revelaron los deponentes que el núcleo familiar conformado por Gladys Yaneth y Luis Segundo, residió en varios puntos de la ciudad. Primero, en el segundo piso del local comercial donde por mucho tiempo hicieron funcionar un restaurante llamado *"73"*; luego, en el barrio la Capellana, y, finalmente, en la localidad conocida como Quinta Oriental o Quinta Bush, que habitaron hasta la data de fallecimiento del afiliado, que situaron en *"el día de las velitas"* del año 2004. Sobre este punto, fueron coincidentes los testimonios en referenciar que el precitado determinó suicidarse en el baño de su vivienda, luego de entrar en depresión por la muerte de su hija predilecta, ocurrida meses atrás, concretamente en marzo.

En igual sendero, contaron los testigos que periódicamente visitaron a los consortes -en todas sus residencias- por lo que pudieron advertir, jamás medió separación entre ellos, ni se enteraron de la existencia de vínculos ohijos por fuera del matrimonio. Al contrario, no dubitaron en recalcar la seriedad que, como jefe de hogar, encargado de la manutención de su esposa e hijos, siempre caracterizó a Castellanos

Angarita, a quien su hermana de crianza -Nubia Rosa Torres- catalogó como hombre fiel y cristiano creyente.

Este juez de apelaciones, reviste de total credibilidad las anteriores declaraciones en la medida en que, además de no presentar contradicciones entre sí ni con lo expuesto por la protagonista procesal, dan plena cuenta de la ciencia de su dicho, pues se trata de personas que por su actividad comercial y/o laboral habitual (negocios de peluquería, restaurante y joyería) frecuentaban constantemente el sitio primigenio de residencia de la pareja, itérese, ubicado en el segundo pido del restaurante que atendía, y fue producto de dicha frecuencia que lograron entablar lazos fuertes de amistad que hasta la data continúan vigentes. De lo que dan cuenta las reuniones familiares para celebración de cumpleaños, *"Halloween"* y demás festividades; el acompañamiento en el matrimonio de Gladys y Luis Segundo, y no menos importante, la presencia en los momentos más difíciles para la demandante, como lo fue la pérdida de su hija Andrea (en marzo de 2004) y posterior suicidio de su esposo (el 7 de diciembre del mismo año), asistiendo a los sepelios realizados en las iglesias *"Espíritu Santo"* y *"María Auxiliadora"*.

Mírese, la versión de los cuatro testigos es concordante con la declaración de la demandante en el interrogatorio de parte. Ella manifestó que convivió con su cónyuge desde que se casaron y hasta la data en que enviudó; que no se separaron, que tuvieron tres hijos de los cuales solo vive uno porque una murió al nacer y otra en un accidente, último suceso que detonó el suicidio de su consorte en el baño de su propia vivienda.

Así, surge diáfano que los testimonios se mostraron espontáneos, constantes, completos, coherentes consigo mismos y entre sí; a más de que muestran la ciencia del dicho. Describieron la vivencia marital estable de más de dos décadas entre Luis Segundo y Gladys Yaneth, la ejecución de un plan de vida en pareja, la procreación, el

acompañamiento, sostenimiento, y la ayuda mutua hasta el último día de vida del causante, **circunstancias que sin duda alguna caracterizan la familia**.

Entonces, probado como está que la demandante y el afiliado fallecido convivieron maritalmente hasta último día de vida de él, es válido el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes hecho en primera instancia, prestación que es vitalicia porque ella tenía 41 años cuando murió su cónyuge; edad calculada con base en la copia de la cédula de ciudadanía de folio 3; y ha de reconocerse a razón de 14 mesadas anuales, como a bien tiene discutir el extremo activo. Esto, en tanto que el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó a 13 mesadas las pensiones causadas con posterioridad al 31 de julio de 2011, y como se reseñó, la prestación aquí concedida se gestó el 7 de diciembre de 2004, con la muerte del afiliado.

Sin embargo, como lo señaló el juez *a quo,* las mesadas causadas con anterioridad al 23 de agosto de 2015, se vieron afectadas por la prescripción a que alude el artículo 151 del CPTSS, ya que, como se ha dicho éstas se hicieron exigibles a partir del 7 de diciembre de 2004, y la reclamación administrativa tan solo se presentó el 23 de agosto de 2018 (fl. 9), siendo resuelta negativamente en octubre del mismo año a través de la Resolución No. SUB 260627, y radicada la demanda ante la jurisdicción ordinaria, el 22 de octubre de 2019 (fl. 40).

Significa ello, que la acción para reclamar las mesadas causadas con anterioridad al 23 de agosto de 2015, se encuentra prescrita. Por tanto, procede el retroactivo a partir de la data mencionada, como lo concluyó el juez de primera instancia.

En cuanto al monto de la mesada pensional, debe decirse que es el equivalente al SMLMV, porque revisados los IBC de la historia laboral del causante, estos nunca superaron tal suma.

De esta manera, las mesadas causadas desde el 23 de agosto de 2015 hasta el 31 de octubre de 2020 –mes de proferida la providencia de primera instancia-, suma **$55.560.829**. Al adicionarle las trece mesadas siguientes, hasta septiembre de 2021 (**$11.718.669**), la condena asciende a **$67.279.498**, extensión que se hace con fundamento en el inciso segundo del artículo 283 del CGP, aplicado por remisión del 145 del CPTSS. Lo anterior, a razón de 14 pagos de pensión mínima. A partir del 1° de octubre de 2021 y en adelante, Colpensiones seguirá cancelando a la demandante el equivalente al SMLMV.

En este sentido, se complementará la decisión de primer grado para fulminar la condena en concreto en cumplimiento de lo previsto en el artículo 283 del CGP, dado que el *a quo* lo hizo en abstracto en abierto desatendimiento de la disposición mentada. Igualmente, para autorizar que del retroactivo se realicen los descuentos de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por disponerlo así los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, 26 del Decreto 806 de 1998 y 2º del Decreto 4248 de 2007, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia –*como la sentencia SL 7061-2016 de mayo 18 de 2016*.

Respecto a los intereses de mora debe decirse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Como se observa, esta disposición no alude expresamente al retardo en el reconocimiento de la pensión, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia lo ha incluido haciendo una interpretación extensiva del artículo. A título ilustrativo se tiene la sentencia de la Sala de Casación Laboral de septiembre 7 de 2016 (SL13.670-2016), posición que ha sido

reiterada, lo que pone en claro que de acuerdo a la interpretación jurisprudencial también se causan intereses de mora si el no pago de mesadas obedece a que dentro del plazo previsto en la ley para el otorgamiento de la pensión la administradora no reconoce la prestación económica al peticionario que radicó la correspondiente documentación que acredita su derecho.

Igualmente, importa poner de presente lo indicado por la misma corporación en el sentido que para determinar la procedencia de dicho gravamen debe analizarse la conducta de la administradora en el retardo o negación del reconocimiento o pago de la pensión, ya que, en el evento de demostrarse que su proceder tiene sustento normativo debe exonerársele de los intereses de mora. Así se dijo en la sentencia SL704-2013, entre otras.

En el caso, la pensión fue reclamada el 23 de agosto de 2018 (folio 9), de ahí que a la luz del artículo 1° de la Ley 717 de 2001, debió ser reconocida a más tardar dos meses después y no dentro del plazo de cuatro meses establecido en el inciso final del artículo 9º de la Ley 797 de 2003. Se precisa que evidentemente tal reconocimiento no ocurrió.

El operador jurídico de primer grado tuvo por procedente los intereses de mora a partir de diciembre de 2018, aduciendo erradamente que la pasiva omitió reconocer la prestación dentro de los cuatro meses posteriores al recibo de la reclamación administrativa, considerando así de aplicación automática la procedencia de la sanción. Determinación que avala parcialmente el representante del Ministerio Público, acotando que aun cuando la negativa de reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones carece de justificación, dichos réditos no pueden iniciar a contabilizarse desde el 23 de diciembre de 2018 -como indicó el juez- sino a partir del mismo día de febrero de 2019, porque a su juicio, la verdadera norma aplicable a los casos de *"mora en el pago de mesadas"* es el artículo 4° de la Ley 700 de 2001, que otorga a las

administradoras de pensiones, un plazo de seis meses y no de cuatro, para proceder con la cancelación de las respectivas mesadas, cuya omisión, asegura, es lo que en últimas castiga el legislador.

Al respecto, es claro para este colegiado que el actuar de Colpensiones es caprichoso. Nótese como se limitó a indicar en el acto administrativo ya mencionado *"…de acuerdo con los soportes existentes en el expediente y conforme al contenido del Artículo 47 de la ley 100 de 1993 se considera que: No existió convivencia…" (fl. 11)*. Sin dar cuenta siquiera del supuesto despliegue investigativo desplegado que conllevó a tal determinación; ningún pronunciamiento se efectuó acerca de las declaraciones extra proceso aportadas por la actora al trámite administrativo, menos se citó a dichas personas a las dependencias de la entidad en aras de corroborar, cotejar y/o ampliar la información por ellos suministrada -lo que solo ocurrió en la audiencia desarrollada el 27 de octubre de 2020-. Así, al no evidenciarse justificación válida para la negativa de la pensión, palmario deviene la imposición de la sanción de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, no resulta de recibo por considerarse erróneo, el argumento esbozado por el Procurador 10 judicial I para asuntos del trabajo y de la seguridad social. En primer lugar, porque es claro que en tratándose de pensiones de sobreviviente, el plazo estipulado para el estudio de la procedencia del derecho se halla contenido en norma expresa (artículo 1º de la Ley 717 de 2001), promulgada con posterioridad a aquella referenciada en la alzada (Ley 700 de 2001). Segundo, el plazo contenido en la ley 700, es para hacer efectivo el pago de las mesadas pensionales y no para reconocer la pensión. Situación última cuya protección pretende el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Valga acotar, tampoco resulta aplicable el 33 de la Ley 100 de 1993, que discute el recurrente está siendo indebidamente interpretado por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues aun cuando

también hace alusión al término con que cuentan las AFP para resolver de fondo las solicitudes pensionales, es claro que se extiende a las contingencias de vejez e invalidez.

Así las cosas, diáfano resulta que habiéndose solicitado el reconocimiento de la pensión el día 23 de agosto de 2018, la entidad contaba con plazo para disponer su pago hasta dos meses después -23 de octubre de 2018-; y como inobservó tal término, la sanción por mora debió ordenarse desde el 24 del último mes y año referenciado. Empero, comoquiera que tal situación no fue objeto de descontento por parte de la incoante y que en favor de la pasiva se estudia el grado de jurisdicción de consulta -*que impide desmejorar su condición procesal*-, se mantendrá incólume lo decidido en la primera instancia.

El último asunto del grado de jurisdicción es la **condenación en costas**, decisión que se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del CGP, aplicado por remisión del 145 de la regulación adjetiva laboral y de la seguridad social, ya que Colpensiones es la parte vencida en el proceso.

En síntesis, es válida la decisión de condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante debido a que las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso demuestran que Gladys Yaneth Vicuña de la Rosa es la cónyuge supérstite de Luis Segundo Castellanos Angarita, quienes convivieron como pareja hasta el último día de vida de él; afiliado que cotizó más de 50 semanas en los tres años anteriores a su muerte. El valor de la mesada pensional fue calculado correctamente en la primera instancia, el cual asciende a 1SMLMV, habiendo lugar a la prescripción respecto a las mesadas no reclamadas en tiempo, es decir, las causadas con anterioridad al 23 de agosto de 2015. Resulta acertada la condena a pagar intereses de mora porque la decisión adoptada por la pasiva fue arbitraria e injustificada. Y, la condena en costas es conforme a derecho.

Se complementará para precisar que son catorce mesadas a las que tiene derecho la actora por causarse el derecho pensional con antelación al 31 de julio de 2011 (Acto Legislativo 01/2005); extender la condena en concreto del retroactivo pensional hasta el 30 de septiembre de 2021; y para autorizar los descuentos al sistema de seguridad social en salud.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP numeral 4, aplicado por remisión normativa prevista en el 145 del CPTSS, se condenará en costas de esta instancia a Colpensiones, por no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada $200.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- COMPLEMENTAR la sentencia del 28 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de **(i)** precisar que Gladys Yaneth Vicuña de la Rosa tiene derecho a percibir catorce mesadas pensionales por año; **(ii)** liquidar el retroactivo pensional reconocido en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones, en la suma de **$67.279.498**, comprendido entre el 23 de agosto de 2015 y el 30 de septiembre de 2021, a razón de 14 mesadas mínimas anuales. Se **AUTORIZA** que del mismo se descuenten las cotizaciones de la demandante al sistema de seguridad social en salud.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la decisión objeto de apelación y consulta.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la pasiva. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada $200.000 a su cargo. Liquídense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre 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 2013 00428 00
PARTIDA TRIBUNAL: 19022
JUZGADO: SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTES: TEODORO ROZO ESPINEL
DEMANDADO: UGPP
ASUNTO: APELACIÓN
TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

San José de Cúcuta, treinta (30) de septiembre dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de apelación presentados por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-002-2013-00428-00 y P.T. No. 19022 promovido el señor TEODORO ROZO ESPINEL en contra de LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

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, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a CAJANAL EN LIQUIDACIÓN al reconocimiento y pago de la reliquidación de su pensión de jubilación, a partir del 13 de febrero de 1995, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios de su relación laboral, para un total de $366.758,59 valor que al ser indexado al 13 de febrero de 1995, asciende a 926.126,64, el pago de los intereses de mora, así como los legales que se causen a partir de la ejecutoria de la sentencia.

II. H E C H O S

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

1. Indicó que nació el 13 de febrero de 1940, cumpliendo los 55 años en el año 1995.
2. Que estuvo vinculado laboralmente con el Instituto de Crédito Territorial, hoy INURBE en liquidación, desde el 19 de septiembre de 1959 hasta el 30 de noviembre de 1990, adquiriendo el estatus para pensionarse el 13 de febrero de 1995.
3. Que al 29 de enero de 1985, cuando entró en vigencia la Ley 33 de 1985, completaba más de 25 años, 4 meses y 10 días de servicio como trabajador oficial de la entidad.
4. Que se le reconoció la pensión de jubilación a partir del 13 de febrero de 1995 mediante acto administrativo proferido por CAJANAL y en una cuantía de $221.940,67, la cual solo incluía un factor salarial, cual fuera su asignación básica.
5. Que durante el último año de servicios, recibió diferentes ingresos, incluyendo prima de alimentación, de clima, de vacaciones, de navidad, entre otras, con un promedio de $489.011 mensuales, las cuales fueron omitidas o no se tuvieron en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación.
6. Que CAJANAL al momento de reconocer y pagar su pensión, omitió actualizar la base salarial que sirvió para la liquidación de la misma.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificada de la demanda presentada en su contra, LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP- dio formal contestación a la misma, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, manifestando que el accionante a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (01 de abril de 1994), había laborado más de 20 años al servicio de INURBE y se había retirado en espera de cumplir la edad; que en consecuencia, resultaba procedente la aplicación del régimen contenido en el Decreto 2143 de 1995 y en consecuencia, es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el cual se le respetaría al trabajador la edad, tiempo y monto de la pensión que estaban señaladas en el régimen anterior, pero las demás condiciones y requisitos, se regirían por lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Que en este sentido, se deben tener en cuenta los factores salariales contemplados esta última normativo y su decreto reglamentario 1158 de 1994, los cuales no contemplan todos los factores salariales certificados como ítems que integren el ingreso base de cotización.

En cuanto a la actualización de la mesada pensional, señaló que mediante Resolución N°11099 del 30 de julio de 1997 que reconoció la pensión de vejez se actualizó la mesada de acuerdo al IPC hasta el año 1994, razón por la cual no es procedente esta pretensión, por cuanto se incurriría en un doble pago.

Como excepción previa propuso la de falta de jurisdicción y competencia y la de prescripción, y como excepción de fondo propuso la que denominó inexistencia de la obligación reclamada.

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 13 de julio de 2020 resolvió absolver a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra.

Para resolver lo anterior, argumentó que la determinación de la ingreso base de liquidación de la pensión de vejez que se reconoce conforme al artículo primero de la ley 33 de 1985, en aplicación del régimen de transición y no se realiza en función de los ingresos percibidos por el empleado público en el último año de servicio, pues se establece en virtud de los factores salariales sobre los cuales se hicieron las cotizaciones al sistema por el tiempo que le hiciera falta para pensionarse a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, teniendo en cumplió los requisitos el 13 de febrero de 1995, y en este sentido ha de recordarse que los ingresos laborales no se verifican en un caso como en el presente cuando lo que se pretende es la reliquidación de la mesada pensional, pues para tal fin se tiene siempre en función de los factores salariales dispuestos en el decreto 1158 de 1994.

Indicó además el togado que no se aportó prueba de la manera cómo fue realizada la liquidación del IBL por parte de CAJANAL con el fin de verificar si la misma fue efectuada o no acorde a derecho y dicha falencia probatoria no permite efectuar una reliquidación paralela a la que hizo en su momento la entidad, para verificar si se cometió algún yerro en este particular.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que antes de que adquiriera uno de los requisitos para pensionarse como era el de la edad, el demandante había adquirido un derecho como era a pensionarse conforme a las normas existentes o a las normas más favorables para el reconocimiento de dicha pensión, toda vez que su última vinculación laboral lo fue el 30 de noviembre de 1990; que era beneficiario del régimen de transición, consagrado no solamente en la ley 33 de 1985, por cuanto al 29 de enero de

ese año, cuando entra en vigencia dicha ley, el señor Teodoro Rozo Espinel ya había completado más de 15 años de servicio, es decir había adquirido un tiempo total de 25 años, 4 meses y 10 días totales de servicio, lo cual lo hacía acreedor del beneficio de la ley 33 de 1985, siéndole aplicable la ley sexta de 1945 y al aplicarle dicha ley, tenía derecho a que su pensión le fuera reconocida teniendo en cuenta los factores salariales que la entidad reconoció en su oportunidad en la resolución que le reconoció su pensión de jubilación, pero que no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que el devengaba.

Precisó que si efectivamente dentro de esos factores salariales que el demandante había percibido durante su relación laboral, no se les efectuó la deducción de los aportes, ni cotizó sobre los mismos, debía la misma entidad tenerlos en cuenta para obtener el IBL y deducir del valor, los aportes a los cuales no se le había afectado el aporte a la Seguridad Social; que así lo establecía el artículo 45 del decreto ley 1045 de 1978, en armonía con el artículo primero de la ley 62 de 1985 y la ley 33 de 1985, debiéndose analizar el asunto, bajo la óptica de la favorabilidad laboral.

2. **PARTE DEMANDADA**

La entidad demandada mostró su desacuerdo en cuanto al monto de las costas de primera instancia, al considerarlas muy bajo, dado que el proceso data de 2013, habiendo tenido trámite en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y teniendo una extensa duración.

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:

1. **PARTE DEMANDADA.** Solicitó la parte que se confirme en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia, la cual a su consideración se encuentra ajustada a derecho,
   Indicó que mediante la Resolución No. 11099 del 4 de julio de 1997 se reconoció pensión de VEJEZ al señor TEODORO ROZO ESPINEL en cuantía de $ 221,940.67, efectiva a partir del 13 de febrero de 1995, previo cumplimiento del requisito de la edad al servicio del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL – INURBE, desempeñando como último cargo el de celador.
   Que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (01 de abril de 1994), el demandante señor TEODORO ROZO ESPINEL había laborado más de 20 años al servicio del INURBE y se había retirado en espera de cumplir la edad.
   Que en consecuencia resulta procedente la aplicación de la normativa arriba citada, la cual es clara en señalar la procedencia del artículo 36

de la Ley 100 de 1993 denominado Régimen de Transición, el cual establece que quienes a la fecha de vigencia del Nuevo Sistema General de Pensiones contaran con 15 años de servicio o más, o tuvieran 35 años de edad, en el caso de la mujer o 40 años si es varón, se les respetará la edad, el tiempo y el monto de la pensión que señalen las disposiciones contenidas en el régimen anterior. Sin embargo, aclara que las demás condiciones y requisitos a para acceder a la pensión de vejez, se regirán por lo establecidos en la Ley 100 de 1993. Que en igual sentido deben tenerse en cuenta los factores salariales contemplados en el Decreto 1158 de 1994 para determinar el ingreso base de liquidación

Surtida la etapa de presentación de los alegatos de conclusión, sin que la parte demandante ejerciera su derecho correspondiente, 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 TEODORO ROZO ESPINEL tiene derecho a que en la liquidación de su pensión de jubilación se incluyan los factores salariales que devengó durante su último año de servicios y que son mencionados en la demanda, y en consecuencia, acceder a la reliquidación de dicha prestación.

En este caso, la parte demandante pretende que la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL “U.G.P.P.”, como sucesor procesal de CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACION, sea condenada a reconocer y pagar la reliquidación de la pensión del señor TEODORO ROZO ESPINEL, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de su relación laboral, esto es, durante el período comprendido entre el 01 de diciembre de 1989 y el 30 de noviembre de 1990.

Al resolver dicha pretensión, el juez de primera instancia concluyó que la pensión de jubilación se reconoció conforme a lo establecido en la ley 33 de 1985 y en la aplicación del régimen de transición del artículo 33 de la ley 100 de 1993, por lo que se liquida en virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo mencionado o el artículo 21 de la ley 100 de 1993 y no con base en lo devengado en el último año de servicio.

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la providencia anterior alegando que el demandante pese a que

adquirió el estatus de pensionado el 13 febrero de 1995, este estuvo vinculado laboralmente del 19 de septiembre de 1959 hasta del 30 de noviembre de 1990, es decir que ya antes de que adquiriera uno de los requisitos para pensionarse como era el de la edad, había adquirido un derecho como era a pensionarse conforme a las normas existentes o a las normas más favorables para el reconocimiento de dicha pensión, toda vez que su última vinculación laboral lo fue el 30 de noviembre de 1990; además precisa que debe examinarse si los factores salariales que el demandante había percibido durante su relación laboral, sobre los cuales no se les efectuó la deducción de los aportes, ni cotizó sobre los mismos, debían incluirse para obtener el IBL.

Para resolver la controversia que se formula como consecuencia del recurso de apelación impetrado por la parte demandante, deben precisarse los hechos que se encuentran acreditados dentro del proceso que servirán de soporte para esta decisión:

- Se aportó la Resolución Nº 011099 de 04 de julio de 1997 (folios 12 a 14), a través de la cual la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, le reconoció al señor TEODORO ROZO ESPINEL, la pensión de vejez conforme los siguientes parámetros:

    - El trabajador nació el 13 de febrero de 1940.

    - Laboró en INURBE en el cargo de celador desde el 15 de septiembre de 1969 hasta el 30 de noviembre de 1990.

    - Adquirió el estatus de pensionado el 13 de febrero de 1995.

    - La prestación se reconoció con fundamento en la Ley 33 de 1985, en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2143 de 1995.

    - Para la determinación del IBL se tuvo en cuenta la asignación básica devengada por el demandante equivalente a la suma de $93.739.83, debidamente indexada con el IPC, determinando que el monto de la pensión correspondía a la suma de $221.940.67.

- Con la Resolución Nº 51746 de 03 de octubre de 2006 (folios 15 a 18), se negó la solicitud de revocatoria directa presentada por el demandante por parte de CAJANAL, determinando que este no tenía derecho al reajuste de la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, debido a que al reconocerse la prestación en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el periodo sobre el cual se liquida la pensión es el contemplado en esa normatividad y los factores señalados en el artículo 1158 de 1994.

- Mediante la Resolución Nº RDP 010883 de 06 de marzo de 2013 (folios 3 a 5), la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, resolvió la solicitud de reliquidación pensional de la pensión de vejez presentada por el señor TEODORO ROZO ESPINEL, como causa de la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año de servicio, tales como, auxilio de alimentación, auxilio de transportes, prima de clima, vacaciones, prima de servicios, prima especial de alimentación, salario en especie, prima semestral proporcional, bonificación proporcional, prima de vacaciones, prima de navidad, quinquenio, auxilio por retiro y demás factores salariales.

  En dicho acto administrativo se estableció que el demandante adquirió el estatus de pensionado el 13 de febrero de 1995, y que mediante la Resolución Nº 11099 de 04 de julio de 1997 se le reconoció una pensión de vejez en cuantía de $221.940.67.

  Y que para efectos del reconocimiento pensional se aplicó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los factores salariales para determinar el Ingreso Base de Liquidación se regulan conforme el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, por lo que la pensión corresponde al 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicio, incluyendo los factores consagrados en esa última norma, la cual no contempla todos los factores salariales certificados como ítems que integren el Salario Base de Cotización, sino aquellos que se señalen taxativamente en la norma.

- A través de la Resolución Nº RDP 028982 del 25 de junio de 2013, se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución Nº RDP 010883 de 06 de marzo de 2013, la cual fue confirmada (folios 7 a 11).

- En el certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que se observa a folio 43 a 47 del expediente, se encuentra la discriminación de la asignación básica y factores salariales devengados por el señor TEODORO ROZO ESPINEL durante su vinculación laboral con el INURBE.

Ahora bien, el apelante sustenta la aplicación del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 en dos situaciones: (i) que antes del año 1990 ya había cumplido el tiempo de servicio pese a que no había cumplido la edad, y (ii) que se aplique el principio de favorabilidad, lo cual no es admisible jurídicamente por las razones que a continuación se explican.

El primer argumento desconoce el concepto de causación del derecho, que en los términos del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, se produce cuando los afiliados cumplan con los requisitos de edad, semanas o tiempo de servicio para pensionarse, por lo que es apenas en ese momento que se adquiere el estatus de pensionado. Y es en la fecha en que se cumplan

concomitantemente dichos requisitos, cuando se aplica la norma que está vigente para reconocer la pensión de vejez o jubilación.

Conforme dan cuentan las pruebas referenciadas, al demandante TEODORO ROZO ESPINEL se le reconoció la pensión de jubilación consagrada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, aplicable en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, dado que el señor TEODORO ROZO ESPINEL, adquirió el estatus de pensionado el 13 de febrero de 1995, cuando cumplió concomitantemente el requisito de tiempo de servicios y edad, el derecho pensional se rige por lo establecido en la norma vigente para esa época, que es el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Desde esta perspectiva, el IBL de la pensión de jubilación del demandante se debe calcular de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone "*El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.",* en concordancia con el artículo 21 de esa normatividad, que indica que el IBL corresponde al "…*promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE."*

Así se explicó recientemente por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1023 de 2021, en la cual se señaló:

> "Respecto al ingreso base de liquidación de la pensión, esta Sala, por mayoría, tiene adoctrinado que tratándose de las personas beneficiarias del régimen de transición que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, se rige por lo previsto en el inciso 3º del artículo 36 ibídem y, para aquellos que les faltare 10 años o más para consolidar su derecho, se liquida de acuerdo con lo contemplado en el artículo 21 de la misma normativa (sentencia CSJ SL2510-2017). Dicho artículo establece que la liquidación de la mesada inicial se efectuara con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, o con el de toda la vida laboral si el afiliado ha cotizado al menos 1250 semanas al sistema, en todo caso se deberá reconocer el más favorable."

En lo que se refiere al segundo cuestionamiento del apelante, es necesario señalar que en efecto, la aplicación directa del artículo 1º de Ley 33 de 1985 implica que el monto de la pensión se liquide con base en el promedio de lo

devengado en el último año de servicios, que es la normativa que pretende que le sea aplicada por la parte demandante en virtud del principio de favorabilidad.

Sin embargo, no puede desconocerse que dicha legislación fue derogada por la Ley 100 de 1993 y las reglas de aplicación del principio de favorabilidad contenidas en el artículo 21 del CST, exigen que el conflicto o duda se dé sobre la aplicación de normas vigentes, una de las cuales se debe aplicar en su integridad, y no una vigente y derogada.

En ese sentido, tampoco es admisible que la parte demandante pretenda que se dé una escisión del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que regula específicamente la manera como debe determinarse el IBL de los beneficiarios del régimen de transición, para entrar a definir este elemento pensión con fundamento en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Frente a la inclusión de los factores salariales devengados durante el último año de servicio que pretende sean incluidos dentro de la liquidación de su pensión de jubilación, tales como, auxilio de alimentación, auxilio de transportes, prima de clima, vacaciones, prima de servicios, prima especial de alimentación, salario en especie, prima semestral proporcional, bonificación proporcional, prima de vacaciones, prima de navidad, quinquenio, auxilio por retiro, pacíficamente se ha fijado un criterio por parte de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, de que estos corresponden a los señalados en el artículo 1.° del Decreto 1158 de 1994.

Precisamente, en la sentencia CSJ SL164-2018, citada por esa H. Corporación en la Sentencia SL1023 de 2021, se explicó lo siguiente:

> “FACTORES SALARIALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN
>
> De manera pacífica, reiterada y uniforme, esta Sala ha defendido el criterio según el cual los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los servidores públicos que causaron sus prestaciones en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, son los consignados en el artículo 1.° del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6.° del Decreto 691 de ese mismo año. Por ejemplo, en fallo CSJ SL 17192, 26 feb. 2002, reiterado en SL 44206, 29 may. 2012, SL1851-2014 y SL4870-2017, sobre el particular, se expuso:
>
> El artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.
>
> Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la ley de seguridad social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares

será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. Y no debe perderse de vista lo que precisaron las normas reglamentarias al respecto para trabajadores particulares y para servidores públicos.

Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase.

De lo anterior se colige que no incurrió el ad quem en infracción directa de los artículos 1º y 3º inciso 3º de la Ley 33 de 1985, y 1º inciso 3º de la Ley de 1985, pues, de acuerdo con lo ya resuelto por esta Sala, para efectos de determinar los factores salariales integrantes del IBL se aplica la norma vigente al momento de la causación del derecho, esto es el D.R. 1158 de 1994. Pues como se dijo en la sentencia 26753 de 2006, "…es de iterar que la Ley 33 de 1985, que es la que gobierna la pensión de jubilación del accionante, se aplica en virtud del fenómeno jurídico de la transición en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y el monto del 75%, más no en lo tocante a la base salarial, dado que aquélla está regulada en el inciso tercero del aludido artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que esto implique que se esté fraccionando o escindiendo la norma.

No está demás advertir que los factores reclamados por el censor en la determinación del ingreso base de liquidación de la pensión, en todo caso, no debían ser tomados en cuenta, al no hacer parte de la relación señalada por el legislador para tal efecto en el artículo 6º del D.R. 1158 citado.

En este caso no es materia de discusión que con fundamento en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 al actor se le reconoció la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 a partir del 25 de mayo de 1996, razón por la cual los factores salariales llamados a integrar su prestación son los consignados en el artículo 1.° del Decreto 1158 de 1994, como lo determinó el Tribunal.

Ahora, respecto a la distinción entre devengado y cotizado que construye el recurrente a partir del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esta Corporación ha sostenido que el vocablo devengado consignado en ese precepto debe interpretarse como cotizado, dado que el sistema de seguridad social y las pensiones que de él derivan, dentro de las cuales se encuentran las del régimen de transición, se soporta en una relación de correspondencia entre lo cotizado y el monto de la pensión; de ahí que para liquidar las pensiones es necesario computar los factores salariales sobre los cuales se hicieron aportes al sistema pensional. "

La anterior posición resulta clara para desmeritar las pretensiones del demandante quien pretende que su IBL se determine por el periodo laborado en el último año de servicio y además se incluyan factores salariales que no

se encuentran contemplados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994[1], y por lo demás pese a que los hubiere devengado durante su vinculación, no existe prueba respecto a que los mismos hubieren servido de base de cotización, para efectos que sean incluidos para la liquidación de su pensión.

Por las razones expuestas ningún reparo merece la sentencia apelada, por lo que será confirmada la decisión proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a CUATROCIENTOS MIL PESOS ($400.000.oo), a cargo del señor TEODORO ROZO ESPINEL y en favor de la UGPP.

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

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 13 de julio de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandante, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, el valor equivalente a CUATROCIENTOS MIL PESOS ($400.000.oo), a cargo del señor TEODORO ROZO ESPINEL y en favor de la UGPP.

---

[1] [1] **ARTÍCULO 1º.** El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

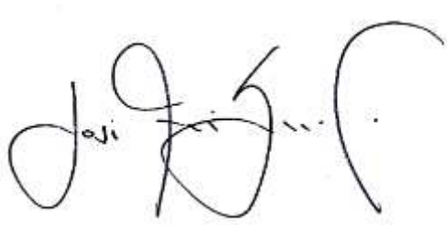
d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados;

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. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____
Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA

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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2015-00568-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18047
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: NOHORA DURÁN SUÁREZ
ACCIONADO: ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A.
TEMA: DESPIDO SIN JUSTA CAUSA
ASUNTO: APELACIÓN

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

San José de Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (N. de S.), procederá a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida el 27 de febrero de 2018 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-002-2015-00568-00 y P.T. No. 18047 promovido la señora NOHORA ACENETH DURÁN SUÁREZ a través de apoderado judicial contra la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante Nohora Duran Suarez, solicita que se declare la existencia de una relación laboral con la demandada entre el 14 de septiembre de 2011 hasta el 02 de junio de 2015, mediante un contrato de trabajo a término fijo de tres meses el cual se renovó automáticamente y que fue modificado mediante otro sí a contrato a término indefinido. Que dicho contrato fue terminado unilateralmente por la demandada alegando una justa causa que nunca se configuró, solicitando se reconozca el pago de la indemnización por despido sin justa causa de conformidad con el art. 64 del CST, el pago de los perjuicios morales estimados en 50 SMMLV, al pago de los perjuicios morales a favor de su esposo German Eduardo Culchac Piamba y a favor de su hija Andrea Viviana Sierra Durán. Que se reconozca y pague las comisiones de ventas por bienes, servicios y planes exequiales según la realidad, la indexación de las mismas,

que los valores dejados de percibir se consideren factor salarial y se reliquide y pague las prestaciones sociales, aportes a salud y pensión, indemnización por despido sin justa causa, indemnizaciones moratorias por la consignación de cesantías conforme a su valor real y los intereses; que se declare que las sumas o valores por concepto de "desistimientos" producidos por los compradores o los negocios "rescindidos" por la demandada que hayan afectado los valores de las comisiones por venta de bienes, servicios o planes exequiales a que tenía derecho son descuentos salariales ilegales, en consecuencia, se restituya dichos dineros junto con la reliquidación de todas las prestaciones; que se declare que las bonificaciones o incentivos por cumplimiento de metas reconocidas y pagadas durante la relación laboral fueron indebidamente liquidadas, en consecuencia, se reliquide y pague dichos conceptos, además, que se declaren salario por remunerar servicios en forma habitual, que se indexen las sumas debidas, que se condene al pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST, que se usen las facultades extra y ultra petita, que se paguen las costas procesales.

II. HECHOS.

Manifestó que fue vinculada a la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA desde el 14 de septiembre de 2011 hasta el 2 de junio de 2015, primero mediante contrato a término fijo por tres meses desde el 14 de septiembre de 2011 hasta el 14 de septiembre de 2013, luego desde el 14 de septiembre de 2013 a término indefinido hasta el 2 de junio de 2015, desempeñando el cargo de vendedor de los bienes y servicios; que desde el 14 de mayo de 2015 la demandada le realizó una diligencia de descargos y el 2 de junio de 2015 le notifican el despido. Que la forma de remuneración se pactó por comisiones de ventas, que la mayoría de ventas se hacían a plazos, que en los casos en los que se presentaban "desistimientos" de negocios o ventas que se "rescindían" las comisiones pagadas le eran descontadas al siguiente mes afectando en forma retroactiva el pago; que los desistimientos o las ventas rescindidas eras causa de la indebida gestión del Departamento de recaudo y cartera; que durante la relación, recibió en forma habitual bonificaciones o incentivos en dinero y en especie que retribuían su trabajo constituyendo salario; que según el plan de mercadeo o programa de venta, las bonificaciones e incentivos eran de dos clases: (i) comisiones de ventas adicionales y (ii) en especie, denominada la gran convención, que consistía en pasajes, hospedajes y consumos pagados con un acompañante a destinos turísticos nacionales e internacionales. Que presentó derecho de petición el 9 de junio de 2015 solicitando información de los pagos dando respuesta el 26 de junio de 2015.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.

LA ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A. a través de su apoderado judicial contestó la demanda, aceptando algunos hechos y oponiéndose a todas las pretensiones, alegando que carecen de fundamentos fácticos y legales; que la empresa pagó en forma legal y bajo el fundamento de la buena fe, lo correspondiente al salario debido, que las presuntas bonificaciones alegadas como factor salarial, fueron reconocidas por mera

liberalidad de la empresa y no comportan salario alguno; que lo pretendido riñe con el correcto proceder al pretender obtener además, indemnizaciones por presuntos perjuicios morales inexistentes a ella y a otras personas. Que el art. 128 del CST indica que las partes pueden convenir factores que no constituyen salarios. Propuso como excepciones de fondo la prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, el pago, la compensación y la innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA en sentencia de fecha 27 de febrero de 2018, condenó a la Organización La Esperanza SA a pagar a la señora NOHORA DURÁN la suma de $13.009.595,89 por concepto de la terminación unilateral del contrato y Absolvió a la empresa demandada de los demás cargos declarando la inexistencia de la obligación.

Para fundamentar lo anterior manifestó que, de las pruebas aportadas al plenario y las declaraciones rendidas en audiencia, se infiere, que la demandada vulneró el derecho del debido proceso a la demandante al momento de realizar la presunta diligencia de descargos que dio origen a la terminación unilateral del contrato, puesto que no le permitió participar en las declaraciones rendidas en la investigación administrativa, siendo procedente, aplicar la **indemnización** solicitada al artículo 64 del código sustantivo de trabajo.

Que, respecto a la indemnización por **perjuicios morales** ocasionados por el despido, la demandante no cumplió con la carga probatoria en demostrar cuáles fueron los perjuicios ocasionados con dicha determinación, además, si bien es cierto que la CSJ abrió la posibilidad de que un trabajador despedido sin justa causa pueda reclamar una indemnización de perjuicios superior a la contenida en dicha normativa, se reitera, este daño moral debe quedar plenamente demostrado, carga que le corresponde a la demandante.

Que las **comisiones por ventas efectivas** constituyen salario conforme lo prevé el art. 128 del CST; que en lo pertinente a los **descuentos de las comisiones** por ventas provisionales y/o condicionales, la empresa actuó en debida forma ya que las partes de común acuerdo pactaron en la cláusula tercera del contrato de trabajo, que las comisiones se pagarían al trabajador por ventas efectivas a CONTADO, y ésta comisión puede ser afectada cuando "*la venta es provisional o condicional y que ella se aplica lo relacionado por los desistimientos o rescisiones que se produzcan; de ahí que de haberse cancelado de manera anticipada la Comisión es innegable que ha de devolverse los dineros que se han recibido de tal forma*…", además, que en la cláusula novena en el literal L), se estableció que el vendedor no puede descuidar los negocios y debe realizar cabal seguimiento de su cumplimiento, razón por la que, no es acertado lo manifestado por la parte demandante cuando arguye que el Departamento de recaudo y cartera de la empresa es la dependencia responsable de las ventas fallidas y/o desistimientos.

Que de acuerdo con las declaraciones rendidas incluyendo la de la parte actora, a la demandante se le pagaban las comisiones por venta efectiva y por venta provisional, que en algunas ocasiones cuando ocurrían los **desistimientos** no se le descontaba la comisión porque ésta era pagada en su totalidad y con anterioridad a la rescisión del contrato, o en otras ocasiones, los descuentos se hacían sólo hasta 10 meses posterior a la venta.

Señaló que las declaraciones rendidas por Henry Bogasagly González e Isabel Cristina Rincón Rodríguez, ambos antiguos directivos de la organización demandada quienes fueron desvinculados de la empresa, no merecían credibilidad ante las claras contradicciones sobre la política llamada "todo vale". Por último, señaló que no es procedente la indemnización moratoria del art. 65 del CST.

V. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandante interpuso recurso de apelación en forma parcial contra la sentencia anterior, solicitando que se acceda al reajuste salarial y reliquidación de las prestaciones sociales, considerando que los descuentos en las comisiones por "desistimiento" o "recisiones" de los contratos, son ilegales al ir en contra de lo establecido en el Código Sustantivo de Trabajo y el Reglamento Interno de la empresa demandada, que las bonificaciones devengadas constituyen factor salarial por haberse pagado de forma habitual y ser mayor al 40% del total de lo percibido como salario mensual, se condene a la empresa demandada al pago de los perjuicios morales y la sanción moratoria del art. 65 del CST.

Sostuvo que las declaraciones rendidas por la señora Isabel Cristina Rincón y Henry Abozaglo quienes fueron trabajadores de la demandada y conocen de primera línea los hechos, explican de forma clara y precisa, que la demandante era la mejor vendedora y que los descuentos por los desistimientos afectaba la comisión final, hecho que consideraron contrario a lo establecido en la norma legal.

Respecto a las bonificaciones, aseguró que hubo una omisión en la valoración de las pruebas por parte del Juez A quo, porque se demostró a través de las pruebas documentales y las declaraciones rendidas por los testigos, que dichas sumas hacen parte del salario al recibirlas en forma habitual y por encontrarse estipuladas en el plan estratégico de mercadeo de la empresa, del cual, la demandante en calidad de vendedora categoría profesional, recibía un incentivo mensual, trimestral, semestral o anual dependiendo de la venta; luego entonces, asegura que, independientemente de la denominación que se le quiera dar a las sumas percibidas, están constituyen una COMISIÓN ADICIONAL.

Aseveró que, los reconocimientos en especie también constituyen salario porque la demandante las percibió todos los años ante el cumplimiento de las metas y como retribución directa del servicio.

Que la cláusula contractual sobre la cual se fundamentó el Juez A quo para absolver a la demandada, fue erróneamente interpretada, ya que ésta establece condiciones generales y no específicas sobre las comisiones, bonificaciones y/o premios que percibió la demandante, siendo contraria a derecho por constituir éstas sumas, factor salarial; que con las pruebas documentales aportadas, se logró demostrar que durante toda la

relación laboral y de forma habitual, la empresa demandada reconoció y pagó la suma correspondiente a las comisiones, bonificaciones y los reconocimientos y/o de forma habitual, adicionalmente, el empleador descontó del valor total, lo correspondiente a la seguridad social integral y liquidó prestaciones sociales.

Trae a colación las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral del 3 de julio de 2013 radicación 40509 magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz y del 27 de abril de 2010 Dr. Luis Javier Osorio radicación 37469 para establecer el punto de vista jurisprudencial respecto al factor salarial de las comisiones por ventas; igualmente, señaló que, la desalarización no puede exceder el 40% de la suma percibida, sin embargo, en este asunto aseguró que la demandante, sobrepasó el porcentaje según la certificación emitida por la empresa demandada y lo establecido por el perito en el dictamen.

Que la demandante tiene derecho a la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales ante la incidencia salarial de las bonificaciones, hecho corroborado en la declaración de la señora Isabel Cristina quien fue representante legal de la empresa demandada, al manifestar que la empresa tenía conocimiento de este hecho, actuación de mala fe al verificarse que la suma por bonificaciones equivale al 50% de los ingresos de la trabajadora.

Que deberá condenarse a la empresa demandada, al pago de los perjuicios morales, porque se demostró mediante la declaración de la señora Nancy Lizarazo el sufrimiento que padeció la demandante cuando fue terminado su contrato de trabajo sin justa causa como consecuencia de una vulneración al debido proceso, de la misma forma, la testigo dio fe de las constantes discriminaciones a las que era sometida por parte de sus compañeros de trabajo y la persecución por parte de los directivos, además, aseguró que los testigos traídos por la parte pasiva, expresaron sentimientos de “odio” hacia la demandante, razones por las cuales, considera que es procedente la condena al pago de los perjuicios morales.

El apoderado judicial de la empresa demandada, interpuso recurso de apelación de forma parcial, para que sea revocada la condena por indemnización por despido injusto, al considerar que, el Juez A quo omitió valorar la documentación aportada consistente en las sumas de dinero recibidas por parte de la demandante posterior a la terminación del contrato ratificado en el interrogatorio de parte, por lo que, debía declararse probada la excepción de compensación que fue propuesta en la contestación de la demanda.

Aseguró que el contrato de trabajo terminó por causa justa y la empresa cumplió con el debido proceso, porque la demandante participó de la diligencia de descargos por los hechos consistentes “…*a que estaba incitando a los compañeros de trabajo a que no vendieran y a que no prestaran sus servicios*…”.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado judicial de la empresa demandada, presentó los alegatos de conclusión mediante los cuales, ratificó los argumentos del recurso de apelación, considerando que

el salario devengado fue pactado en el contrato por obra o destajo, el cual dependía de las ventas netas efectivas y no, sobre la venta provisional, condición que cumple lo consagrado en el art. 132 del CST.

Que la empresa estableció de buena fe, el pago de bonificaciones y/o premios por ventas realizadas y cumplimiento de metas, y que las partes convinieron como sumas no constitutivas de salario, sin embargo, aseguró que la trabajadora "en provecho propio" decidió generar un gran número de ventas en mucho de los casos "no reales" para cobrar los premios según consta en las pruebas documentales aportadas respecto a la revisoría fiscal, procedimiento que al parecer, fue avalado por la gerente de la época y quien rindió declaración.

Que la empresa actuó de buena fe y entregó a la demandante posterior a la terminación del contrato, la suma de $7'888.415 tal como lo confesó en el interrogatorio.

Que la empresa pagó todas las acreencias laborales, las prestaciones sociales a pesar de los inconvenientes en el proceso de venta, cumpliendo cabalmente con las obligaciones legales.

Que las razones del despido obedecieron a actitudes desobligantes de la trabajadora que pretendió coaccionar a sus compañeros para que no cumplieran con sus labores tal como lo señalan las cartas y las declaraciones rendidas en audiencia, dándosele la oportunidad de defensa en la diligencia de descargos, donde negó todo lo ocurrido.

Cumplido el término para presentar alegatos, la Sala procede a resolver los recursos de alzada teniendo en cuenta las siguientes,

V I I . 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.

Problemas Jurídicos.

1. Establecer si la empresa demandada está obligada a reconocer a favor de la demandante, la suma correspondiente a la INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA consagrada en el art. 64 del CST modificado por el art. 28 de la Ley 789/2002 tal como lo resolvió el Juez

A quo y verificar **la excepción de compensación** alegada por la parte pasiva en la contestación de la demanda; o por el contrario, se demostró que la terminación del contrato se dio por justa causa según los argumentos expuestos por el apoderado judicial de la Organización la Esperanza.

2. Verificar si los descuentos en las **comisiones por ventas fallidas, provisionales y/o desistimientos**, están en contravía del ordenamiento jurídico aplicable o, se ajustan a los pactos convenidos por las partes en el contrato de trabajo. Determinar si las **bonificaciones y/o premios** recibidos por la demandante durante la vinculación laboral constituyen factor salarial, en consecuencia, sería procedente reajustar el salario devengado y el pago consecuente de las prestaciones sociales, cotización a seguridad social, la indemnización moratoria del art. 65 del CST y la indemnización moratoria por pago defectuoso de cesantías e intereses.

3. Verificar la procedencia de la indemnización de los perjuicios morales de acuerdo con los argumentos del apoderado judicial.

Solución del Primer Problema Jurídico.

Terminación del contrato de trabajo-Indemnización Art. 64 CST

Se hace imperioso señalar que, no existe discusión entre las partes sobre la relación contractual entre la Organización la Esperanza como empleador y la señora Nohora Durán Suárez en calidad de trabajadora, vínculo que se desarrolló mediante un contrato de trabajo a término fijo inicialmente desde el 14 de septiembre de 2011 y posteriormente mediante contrato a término indefinido a partir del 14 de septiembre de 2012 en el cargo de Asesora Comercial, con un salario promedio devengado por destajo a través de las COMISIONES (fls.339-352) y que terminó por decisión unilateral del empleador el **día 2 de junio de 2015.**

Ahora bien, respecto a la terminación del contrato, para el caso en estudio, se tiene que el Juez A quo determinó que, conforme al análisis de las pruebas documentales aportadas y las declaraciones rendidas en audiencia, que la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA S.A. vulneró el debido proceso, al negarle el derecho a la trabajadora, de asistir a la recepción de testimonios, presentar pruebas y controvertir las que se allegaron en su contra, dado que no existe prueba que demuestre que se le convocó a la audiencia y tampoco se levantó acta donde se justifique su inasistencia.

El apoderado judicial de la empresa demandada, señaló que la condena por indemnización por despido sin justa causa debe ser revocada, porque el Juez A quo no valoró en debida forma, la documentación aportada al plenario, donde se constató, que a la trabajadora se le brindó la oportunidad de defensa, en la diligencia de descargos para que explicara los motivos por los cuales estaba incitando a sus compañeros de trabajo a la no realización de venta y prestación de servicios, razones que no explicó desobedeciendo las obligaciones laborales. Además, sostuvo que, posterior a la terminación del contrato la demandante recibió un dinero adicional y que deberá ser compensado a la condena impuesta en primera instancia.

En este orden de ideas, procede esta Sala a esclarecer, la comprobación de las causas de la ruptura al nexo contractual por parte del empleador, que involucra el análisis de la conducta presunta del incumplimiento de la obligación laboral de prestar el servicio y la incitación a sus compañeros de trabajo en dichos deberes por parte de la trabajadora, a que alude la empresa demandada en la carta por medio de la cual terminó la relación laboral; se abordará a continuación el estudio de la acusación teniendo en cuenta las pruebas documentales y las declaraciones rendidas en audiencia.

Previo al análisis de los medios de convicción acusados por el recurrente, se hace imperioso señalar, que la normatividad laboral permite poner fin a la relación laboral en forma unilateral, ello no implica que su decisión esté cubierta por el ordenamiento, incluso cuando es caprichosa o arbitraria. La terminación del contrato debe ser justa, razonable y proporcionada, como también debe ser presente e inmediata al conocimiento del hecho.

Además, cuando se termina el contrato unilateralmente, el trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y al empleador le corresponde probar su justificación, manifestando de forma expresa e inequívoca los motivos concretos, o la causal o causales que invocan como motivo de la ruptura y no puede sorprender a la otra alegando motivos extraños que no adujo o distintos a lo expresado como justificación de la terminación, o declarar causales inciertas o genéricas; el no cumplir con esos formalismos básicos hace posible la indemnización correspondiente a la ruptura ilícita del contrato laboral.

En conclusión, para que el despido se tenga por justificado, no basta que existan los hechos que se encuadran en una cualquiera de las justas causas consignadas en la ley, sino que, es necesario cumplir otros requisitos con el fin de exonerar al empleador del pago de una indemnización, que son: (i) Que el hecho se encuentre tipificado en la Ley, (ii) que el empleador al momento del despido, le manifieste a su trabajador cuáles son los hechos que se le atribuyen y que en criterio del empleador configuran la justa causa de despido. (iii) Que el despido se comunique oportunamente o con una relación de temporalidad o de causalidad clara entre el hecho constitutivo de la justa causa y la decisión del despido. (iv) sólo para las causales de los numerales 9º al 15 del art. 7º del Decreto Ley 2351 de 1965 que subrogó el art. 62 del CST, se exige al empleador presente preaviso.

Sobre el tema, se hace importante recalcar que en sentencia reciente proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de radicado SL2351-2020, se indicó la importancia de diferenciar el debido proceso previsto en el art. 29 de la Constitución Política acompañado de un proceso disciplinario previamente establecido con el derecho de defensa o el derecho que tiene el trabajador a ser oído respecto a los presuntos cargos que le imputa el empleador, en sus apartes pertinente señaló:

> En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299 98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. **Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador**. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.” (Negrilla fuera de texto).

Así la cosas, la nueva postura de la Corte Suprema de Justicia, exige al empleador escuchar mediante cualquier medio, método, actuación al trabajador para que exponga sus motivos o razones de la presunta causa que se le imputa, todo ello con el fin de garantizar su derecho de defensa y contradicción.

Caso en concreto.

Dicho esto, se advierte que, la parte demandada no determinó la causal de acuerdo a la normativa vigente para dar por terminado el contrato de trabajo a la demandante, es decir, no realizó una adecuación legal de los hechos, por lo que, se acudirá a la carta de despido vista a folio 13, donde se escribieron los siguientes motivos:

> “*…la conducta asumida por usted en contra de la empresa es inaceptable y vulnera gravemente la confianza y lealtad en usted depositada, en fomentar entre los trabajadores la no realización y el no cumplimiento de sus obligaciones para pretender mediante mecanismos de esa naturaleza, presionar a la empresa para que modifique y baje los precios de sus productos,* ***no puede ser de recibo y viola gravemente sus obligaciones y prohibiciones contractuales y legales,*** *de igual manera el proceso y procedimiento indebido para presentar y mantener negocios e índices de ventas inexistentes muy a pesar de haber manifestado lo contrario al momento de sus descargos, actuaciones que desdicen mucho de su labor como vendedora y pone en riesgo la credibilidad de la empresa, pues hemos recibido información de la forma en que usted lo ha venido haciendo*…” (Negrilla fuera de texto).

Luego entonces, la expresión en la que reiterativamente apoya su defensa es que la demandante "…*viola gravemente sus obligaciones y prohibiciones contractuales y legales* …", y conforme a la adecuación que corresponde realizar, teniendo en cuenta los hechos y argumentos de la demandante, se encuadran en lo establecido por el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en su literal a), numeral 6, que en su tenor literal dice:

> *"…6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos…"*

De esta manera se tiene que, de las pruebas documentales se destacan las siguientes: a folios 352-374 se aportó el reglamento interno de trabajo, en el Capítulo XIII en los arts. 57-62 se encuentra la Escala de Faltas y Sanciones Disciplinarias, conductas que se relacionan con: el retardo en la hora de entrada sin excusa, la falta parcial o total al trabajo sin justificación con sanciones de suspensión del trabajo y terminación del contrato; además, la violación leve por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias incluido el incumplimiento de las metas establecidas, sancionado con la suspensión en el trabajo de hasta 15 días.

Dentro de las faltas leves dispuestas en el art. 59 están: el retardo hasta de quince minutos en la hora de entrada al trabajo sin excusa suficiente, por cuarta vez y la inadecuada presentación personal en el sitio de trabajo o sin la dotación correspondiente; y las faltas graves del art. 60 se encuentra la falta del trabajador en la jornada de la mañana o tarde sin excusa y por tercera vez, la falta total durante el día sin excusa por tercera vez, la falta total durante 3 días y más sin permiso y sin justa causa, y la violación grave por parte del trabajador de las prohibiciones y obligaciones contractuales y reglamentarias.

Igualmente, se estableció el procedimiento para la comprobación de faltas y formas de aplicación de las sanciones disciplinarias en los arts. 61-62.

De la misma manera, en el contrato de trabajo visto a folios 5-6 del expediente, en la cláusula novena quedo estipulado lo siguiente:

> LA EMPRESA podrá dar por terminado unilateralmente el presente contrato por justa causa y sin previo aviso por las siguientes causas adicionales establecidas en el código Sustantivo de Trabajo y en el Decreto 2351 de 1965: A) El incumplimiento de instrucciones, reglamento y políticas de la EMPRESA, dada por el Director o cualquiera de las personas a las cuales esta al servicio director el trabajador; B) La inasistencia a las reuniones diarias programadas por la empresa, C) La deficiente ejecución de las labores encomendadas al trabajador, calificada por la empresa evaluando los promedios registrados en la misma actividad; D) La revelación de datos o información conocidos por el trabajador al servicio de la empresa, o el uso indebido de los mismos; E) La violación al compromiso de exclusividad establecido en el contrato; F) El

> incumplimiento durante 3 meses continuos o discontinuos de la cuota mínima de ventas convenido entre las partes; G) Ofrecer o conceder en las operaciones de venta, plazos, descuentos o condiciones diferentes a las autorizadas expresamente por la empresa; H) Faltar en alguna forma a la veracidad debida a la empresa y a la clientela; I) Descuidar los negocios de ventas realizadas en forma tal, que por su desatención los clientes no cumplan los servicios adquiridos o la empresa no sea informada de los reclamos existentes; J) Retener en cualquier forma directa o indirecta dineros entregados por la clientela en pago de los bienes y/o servicios ofrecidos por la empresa; K) Realizar negociaciones personales con lotes o servicios de la compañía; L) Enajenar a terceros uno o varios de los lotes o servicios adquiridos por el trabajador a la compañía, antes de cumplirse dos años de la negociación; M) Dar propinas o comisiones al personal de empleados vinculados a la organización directa o indirectamente, o terceros, por informarlos o conectarlos por posibles compradores de los servicios que se ofrecen sea que se lleve o no a cabo la negociación: N) No cumplir con los acompañamientos que ordena la empresa; Ñ) El mal uso que hiciere en cualquier sentido de la base de datos la información registrada puesto que este es propiedad exclusiva de la compañía; O) Su indebido comportamiento comprobado donde la compañía este haciendo presencia a través de usted; P) No presentar diariamente los informes de su gestión requeridos por la empresa; Q) Poner dinero por el cliente para el pago de cualquier cuota o instalamento; R) Adulterar o suplantar cualquier dato o firma del cliente; S) No dar trámite al negocio en la compañía con la debida oportunidad.

De lo anterior, es claro que ni el reglamento interno de trabajo ni el contrato de trabajo estipuló un procedimiento previo al despido referente a las imputaciones realizadas, concretadas "…*en fomentar entre los trabajadores la no realización y el no cumplimiento de sus obligaciones para pretender mediante mecanismos de esa naturaleza, presionar a la empresa para que modifique y baje los precios de sus productos, violando así gravemente sus obligaciones y prohibiciones contractuales y legales*…", de tal suerte y atendiendo que la terminación del contrato por justa causa no se equiparo por parte del empleador a una sanción disciplinaria, se acudirá a lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente, en concordancia con lo adoctrinado por la CSJ en la sentencia analizada en precedencia (radicado SL2351-2020), con el objeto de establecer si en el sub-examine, y tratándose de la causal prevista en el **numeral 6º del art. 62 literal a) del CST,** se garantizó a la trabajadora su derecho de defensa y debido proceso, con la previa comunicación, la exposición detallada, clara y concreta de los motivos, la efectiva notificación, la inmediatez, **y la garantía de controvertir las acusaciones realizadas por cualquier medio.**

Así las cosas, la Organización la Esperanza el día 14 de mayo de 2015 a las 2:30 p.m. levantó un acta de descargos suscrita por la gerente la Doctora Carolina Cuadros y la demandante Nohora Durán (folios 8-9), la cual se desarrolló en los siguientes términos:

> "*Diga o explique el motivo por el cual usted en estos días anteriores se ha dedicado a increpar a sus compañeros de labores incitándolos a que suspendan sus actividades y que no cumplan con sus obligaciones contractuales y legales "vender*"".
>
> **Contestó:** "*Desde que yo entré a la compañía dicen lo mismo, a mi cada vez me llaman a actas de descargos, y no tengo el poder para convocar a 90 personas, trabajo sola, no tengo amigos, yo lo que digo lo digo de frente, lo que yo dije y se lo dije a usted Dra*.

Carolina es que los precios están muy altos, esto para mí no es justo".

A la pregunta: "*Manifieste si es cierto que gran parte de las ventas que usted realiza han sido objeto de desistimientos, explique*".

Contestó: "…*yo me hago un promedio de 70-80 mensuales al año eso cuanto da? Y en desistimientos por ejemplo Alba me dice que tuve 250 millones de desistimientos, los desistimientos son un tema tan complicado, incluso el manejo de cartera tampoco es el mejor, por ejemplo, una clienta en Ocaña hizo un pago DE $450.000 en diciembre, y pidió que le dieran el saldo y en cartera le dicen que debe millones y la clienta se enoja porque ella había pagado*, *entonces, ella le toca buscar la consignación para demostrar en cartera que sí había pagado, el pago no aparecía y mandaban carta cobrando y cobrando…A mí me pueden hace auditoria de mis desistimientos sin ningún problema….Hay muchas cosas detrás de los desistimientos."*

De otro lado, advierte la Sala, que ese mismo día (14 de mayo de 2015) pero sin presencia de la trabajadora Nohora Durán y sin constancia de citación, la empresa levantó un ACTA DE VERIFICACIÓN DE INFORMACIÓN, suscrita por la gerente Carolina Cuadros y las señoras Mary Vega, Shirley Jhohanna Carrillo, Viviana Cárdenas Rangel y el señor Jorge Valencia quienes aseguran de forma concurrente, que la señora Nohora Aceneth Durán Suárez había propuesto al personal, que no vendieran los productos de la empresa para obligarlos a bajas los precios, que su actitud era agresiva con las personas que no estaban de acuerdo con su postura, además se sentían amenazados, que lo pretendido por la señora Durán era manipularlos para ir en contra de las políticas de la empresa; aseguran que fue una conducta desleal y atentaba contra los intereses de la empresa y de sus trabajos, que la intención de la trabajadora era generar conflictos internos entre los compañeros y la empresa.

Posterior a ello, el día 02 de junio de 2015, la empresa demandada entregó la carta de terminación del contrato, presentando las motivaciones anteriormente descritas.

Siguiendo los precedentes derroteros, en el presente asunto no hay duda que la finalización de la relación laboral por parte del empleador ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA no cumplió cabalmente los criterios jurisprudenciales anteriormente relacionados, para ser exonerada de la indemnización por despido sin justa causa, pues tal como lo aseguró el Juez A quo, a la señora Nohora Durán no se le permitió ejercer el derecho de defensa en la diligencia llamada ACTA DE VERIFICACIÓN DE INFORMACIÓN, que por su nombre, se realizó posterior al acta de descargos rendida por la demandante, es decir, las declaraciones dadas por sus compañeros de trabajo, se recibieron en reunión privada con la gerente de la empresa, sin que la trabajadora tuviera la oportunidad de refutar lo expuesto o presentar elementos para controvertir la prueba de cargo imputada, concluyéndose así que la empresa vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de la trabajadora, en primer lugar, porque las preguntas planteadas en la diligencia de descargos, fueron generales y abiertas, sin especificarse que se encontraba en curso una investigación para fulminar su vínculo laboral y en segundo lugar poque como ya se explicó, la demandante no solo no fue citada a la aludida diligencia de verificación, sino que además se le impidió exponer sus motivos o razones de la presunta causa que se le imputaba o por la que, era acusada por sus compañeros de trabajo.

En ese orden de ideas, concluye la Sala, que a pesar de que la demandante fue citada a una diligencia de descargos, como se indicó, dicho mecanismo en modo alguno garantizó de manera efectiva el derecho a la defensa y contradicción de la trabajadora demandante, al privarla de la oportunidad para controvertir la prueba de cargo sobre la cual recae la falta imputada, de tal suerte y a pesar de la facultad que tiene el empleador de terminar de forma unilateral la relación laboral, la norma y la jurisprudencia vigente exigen garantías mínimas para hacer efectivo el derecho al debido proceso y el derecho de defensa, que le permitan a la trabajadora, conocer, exponer, y contradecir las acusaciones por las cuales se encuentra en tela de juicio su labor, como también, que la conducta este tipificada antes de su ejecución como grave y su consecuencia sea el despido con justa causa.

Bajo estas consideraciones, el primer problema jurídico se resuelve en forma desfavorable a los intereses de la empresa, avalándose la decisión en ese sentido adoptada por el Juzgador de primer nivel.

En cuanto a la excepción de compensación propuesta por la empresa al momento de la contestación de la demanda, se analizará posterior a resolver el segundo y tercer problema jurídico planteado.

Solución del Segundo Problema Jurídico.

Descuentos en las comisiones y carácter de las bonificaciones y/o premios recibidos por el trabajador.

El Juez A quo absolvió a la empresa demandanda del reajuste salarial sobre los descuentos en las comisiones cuando los clientes desistían del negocio, argumentando que en el contrato de trabajo se pactó que la trabajadora recibiría una retribución económica consistente en comisiones por "*ventas netas efectivas*" y, mientras esté pendiente de pago alguna parte de la comisión, la venta se considera como provisional y condicional, sobre las cuales, podrán ser afectadas con los desistimientos producidos por los compradores o por las rescisiones, por esta razón, consideró que *de haberse cancelado de manera anticipada la Comisión, es innegable que ha de devolverse los dineros que se han recibido de tal forma, dado que la Comisión está afectada por ello,* además, contrario a lo alegado por la parte activa, al trabajador le corresponde realizar seguimiento a las ventas según lo establece la cláusula novena literal "*L) descuidar los negocios de ventas realizadas, en forma tal que por su desatención los cliente no cumplan los compromisos adquiridos*".

Así mismo, fundamentó el juez de primer grado, que las declaraciones rendidas por las señoras Ruby Tarazona, Cenobia Rojas, Ligia Chinchilla y Sofia Chaves ratifican que los asesores debían realizar el seguimiento a las ventas provisionales, por lo que, la responsabilidad en los desistimientos era del trabajador y los descuentos habían sido previamente establecidos; que la señora Nohora Durán en el interrogatorio, manifestó que en nada afectaba al asesor los desistimientos; por último, el juez sostuvo que no

existe imparcialidad en las declaraciones del señor Henry Abozaglo y la señora Isabel Cristina Rincón, quienes fueron antiguos trabajadores de la empresa.

El apoderado judicial de la demandante, solicitó condenar a la empresa demandanda a devolver los descuentos realizados sobre las comisiones por los desistimientos y/o rescisiones de los negocios realizados, al considerar que dicho trámite es ilegal y atenta contra los derechos de los trabajadores; que las declaraciones rendidas por los testigos, son concordantes en manifestar que la señora Ruby era la jefe de cartera y la encargada de realizar el cobro a los clientes de las ventas provisionales, y en los casos en que un comprador desista del negocio, la empresa nunca devuelve el dinero sino que les hace efectiva la cláusula penal del 25% del valor pagado y lo que sobra se le abona a otro producto, por tal razón, asegura que la actuación de la empresa sobre los descuentos es "reprochable", al desconocer principios fundamentales del derecho al trabajo.

Que el Juez A quo no podía rechazar las declaraciones rendidas por la señora Isabel Cristina Rincón y el señor Henry Abozaglo, porque estas concuerdan con el dictamen rendido por el perito, donde claramente se demostró que los denominados AJUSTES DE COMISIÓN, son descuentos salariales ilegales, prohibidos por el CST y el Reglamento interno de trabajo en su art. 55.

En lo que respecta a las bonificaciones, dice que dicha estrategia fue puesta en conocimiento por la empresa a través del PLAN DE MERCADEO establecido como un apéndice al contrato, y la demandante recibió de forma habitual, mensualmente y durante todos los años en que prestó el servicio para la empresa, según se constata en las pruebas aportadas dentro de las cuales está la certificación laboral, que la suma percibida por estas bonificaciones supera el salario básico por comisiones, que la demandante hace parte de la "categoría profesional" y por cada venta recibía un porcentaje determinado y pagado de forma trimestral, semestral o anual, todo eso hace parte de la productividad y tiene relación directa con la labor desempeñada como vendedora. Igual sucede con los *"premios" o "incentivos"* que constituyen salario en especie, por cuanto son parte del objetivo de los presupuestos en ventas, es una retribución directa del servicio.

Adicionalmente, aseguró que las cláusulas de desalarización establecidas por la empresa son generales y no cumple con los requisitos previstos en el art. 128 del CST, que la Corte Suprema de Justicia determinó que esas cláusulas deben declararse ineficaces, sentencias de radicado 40509 del 3 de julio de 2013 y 37469 del 27 de abril de 2010, por lo que, solicita sean reliquidadas las prestaciones sociales y sea condena a la indemnización moratoria por el pago tardío.

De lo expuesto, pasa la Sala a verificar las pruebas documentales y las declaraciones rendidas en audiencia, con el fin de establecer si los descuentos en las comisiones se ajustan a la normatividad laboral vigente y si las bonificaciones pactadas constituyen factor salarial, en caso positivo, será procedente reajustar el pago de las prestaciones sociales como lo aseguró el apoderado judicial de la demandante en el recurso de alzada.

DESCUENTOS REALIZADOS POR CONCEPTO DE DEVOLUCION DE VENTAS

En primer lugar, se hace importante resaltar que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, sobre la interpretación de los acuerdos suscritos entre los sujetos de una relación de trabajo, puntualizó:

> *No hay que olvidar que los acuerdos y contratos suscritos entre los sujetos de la relación de trabajo, deben analizarse a la luz de elementos pragmáticos-contextuales que permitan desentrañar la intención de las partes. Por este motivo, para descifrar adecuadamente sus intenciones y propósitos es imprescindible el contexto, así como los sobreentendidos, presuposiciones e inferencias razonables que dan por sentadas las partes al emitir los actos jurídicos.*

Igualmente, es importante recalcar que, son las partes que suscriben el contrato de trabajo, las llamadas en primer término a establecer su sentido y alcance, que prevalece a la formalidad que tiene el contenido del documento, dicha interpretación acoge la regla prevista en el art. 1618 del CC en armonía con lo señalado en el art- 61 del CPT y SS., que faculta a los jueces laborales para que en las instancias aprecien libremente las pruebas

Bajo este panorama, se tiene que a folios 5-6 se aportó el contrato de trabajo, que en lo pertinente señala:

> "(…) **TERCERA:** Por sus servicios **EL TRABAJADOR** recibirá periódicamente la siguiente retribución económica, consistente en comisiones sobre las ventas netas efectivas. Para las ventas de servicios temporales de Parque se cancelará una comisión del diez por ciento (10%). Para los demás bienes y servicios el once, seis por ciento (11,6%) por todas las ventas mensuales efectuadas a plazos superiores a los seis meses del quince por ciento (15%) por ventas de tres a seis meses de plazo (semicontado) y del dieciocho por ciento (18%) por venta de estricto contado. Para el producto presencial las comisiones son del seis, cinco por ciento (6.5%) por ventas de mensuales efectuadas a plazos superiores a los seis meses; del once por ciento (11%) por ventas de cuatro a seis meses de plazo (semicontado) y del doce, cinco por ciento (12.5%) por ventas entre 0 y 3 meses (contado). Para efectos de este contrato, "venta neta efectiva" es la cifra en ventas sobre la cual se halla pagado la comisión total al vendedor, ya que mientas esté pendiente de pago alguna parte de la comisión, la venta se considera como provisional y condicional, **razón por la cual podrá ser afectada con los desistimientos producidos por los compradores o por las rescisiones de ofertas determinadas por la compañía**. **Parágrafo 1:** las partes convienen que todo pago adicional al salario mensual, diferente a comisiones sobre ventas netas efectivas, no constituye salario al terno de lo establecido en el Artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, (modificación Ley 50/90 ART. 15)., a) El empleador desde la fecha podrá cancelar o reconocer bonificaciones no habituales al empleado, por cumplimiento de sus objetivos o metas, suma que se pagarán ocasionalmente o por mera liberalidad del empleador, b) Premios en efectivo o en especie que se establecen mediante concursos, ya sean mensuales, trimestrales o anuales, para garantizar determinadas metas de ventas. , c) El beneficio económico establecido por referir negociaciones en Directo a Casa de Funerales. **CUARTA:** Las comisiones se liquidarán con base a los precios de Contado para los productos y servicios de la Compañía exceptuando los servicios del Plan Exequial. **LA EMPRESA** deducirá el cincuenta por ciento

(50%) de los pagos periódicos hechos por la clientela en cada operación de venta, a abonar a las comisiones que se causen a favor de **EL TRABAJADOR** en la respectiva negociación en las ventas no efectuadas de estricto contado. En las ventas realizadas de estricto contado se abonarán de inmediato el total de la comisión que se causa a favor de **EL TRABAJADOR** en la respectiva negociación. Los servicios de Plan Exequial se cancelarán sobre el valor de los recaudos mensuales con una comisión del ocho por ciento (8%), las cuales pueden ser modificadas anualmente de acuerdo al Plan Estratégico de Mercadeo que adopte la Compañía, el cual será comunicado mediante circular interna. Como el pago de la comisión se causa por recaudo, en caso de retiro del vendedor, por cualquier motivo cesará el pago de dichas comisiones al asesor. **QUINTA: EL TRABAJADOR** recibirá durante los dos (2) primeros meses un salario a destajo que es comprendido por el equivalente al 50% del salario mínimo legal mensual vigente, mas el monto de las comisiones efectivas devengadas en el mes, calculadas con base en lo preceptuado en las clausulas que anteceden. Vale aclarar que las labores a realizar por el trabajador son labores a destajo; es decir, por unidad de obra y no por unidad de tiempo y que su salario dependerá de la labor que este realice como vendedor de calle. Vencidos los dos primeros meses **EL TRABAJADOR** en razón a la labor a destajo contratado, el salario está compuesto únicamente por las comisiones. A partir del tercer mes el trabajador se obliga a vender un mínimo de cuatro (4) unidades mensuales. **LA EMPRESA** podrá modificar dicho mínimo de acuerdo a la clasificación de categoría de cada vendedor establecidas por la **EMPRESA,** de la siguiente manera: **MASTER** ocho unidades, **SENIOR** seis, punto cinco unidades, **JUNIOR** cinco unidades, **NOVATO** cuatro unidades y **ENTRENAMIENTO** dos, punto ocho (2.8) unidades…**SEXTA:** las comisiones que no se establecen para ventas de contado corresponden para ventas a plazos y se excluyen con aquellas…**DECIMA:** Queda expresamente autorizada la EMPRESA para compensar con las sumas adeudadas al TRABAJADOR por cualquier concepto, tales como salarios, comisiones, prestaciones sociales etc., cualquier saldo que este llegare a tener a su cargo y a favor de la EMPRESA el momento de su retiro… ”.

Igualmente, al plenario se allegaron los siguientes elementos:

-Pagos de nómina, donde consta las comisiones y las bonificaciones durante los años 2011-2012-2013-2014 y 2015 (fls.18-284).

-Certificación expedida por la Organización la Esperanza respecto a las bonificaciones percibidas por la demandante en los años, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 (fls.285-288).

-El plan de PROCESOS ESTRATÉGICOS-GESTIÓN GERENCIAL-DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO, programa de ventas para el año 2015 donde se presenta el presupuesto a cumplir en el año 2015 por equipos de ventas, sedes y total de la organización, autorizado por la Gerencia Comercial Nacional, el Gerente de la Sucursal y los Directores y se establecían el porcentaje previsto para las BONIFICACIONES; De igual forma, para la ciudad de Cúcuta, los asesores comerciales se dividen en 6 grupos: Champions, Diamantes, Exitosos, Poderosos, Progresistas y Emprendedores y para el grupo al que pertenecía la demandante, el promedio de venta mensual era de $350’000.000. (fls.289-307).

Se definieron 6 categorías de asesores de ventas: Entrenamiento, Novato, Junior, Senior, Master y Profesional, este último al que pertenecía la demandante, con un promedio de venta mensual de $32’000.000.

Las Bonificaciones establecidas fueron:

Los incentivos ascenso categoría, para el nivel PROFESIONAL, el factor de liquidación es del 1.38% sobre el 160% de ventas.

Un incentivo Cupón la Esperanza, para la categoría profesional la suma de $120.000.

Una Bonificación por Cumplimiento, para el nivel profesional, el valor a cumplir mensual era de $32’000.000, con un factor de liquidación del 100% en las ventas 1.30% y del 160% de 1.38%.

Una Bonificación de Repechaje, para el nivel profesional el valor a cumplir mensual era de $32’000.000, con un factor de liquidación del 100% en las ventas 1.16% y del 120% de 1.24%.

Un incentivo trimestral, semestral y anual, para el nivel profesional, los factores de liquidación eran el 0.63%, 0.64% y 0.60%.

-A folios 316 está la certificación de ventas anuales y la reliquidación anual por desistimientos, desde el 2011-2015.

A folio 322 se aportó la liquidación del contrato de trabajo por la suma de $5’505.994.

Mediante la prueba solicitada por el apoderado judicial de la demandante y decretada por el Juez, se nombró al perito contador de la lista de auxiliares de la justicia, quien analizó la documentación aportada y determinó el valor de las ventas de bienes y servicios realizadas por la demandante durante la relación laboral, el valor real de las comisiones, el valor de los desistimientos o rescisiones, el valor de las bonificaciones y llegó a la siguiente conclusión:

a) Que el término valor **“venta neta”** hace referencia al monto de las ventas que se reporta que efectuó la demandante en cada caso; en tanto que **Desistimiento** se refiere a los negocios o ventas que no se concretaron, o no continuaron y **ARRASTRE** es lo negocios o ventas que continuaron reportando ingresos.

b) Se diferencia en el concepto desistimiento al contabilizar los valores pagados mes a mes, frente a los cuadros de ventas semestrales y anuales, en consecuencia, el valor de las ventas mensuales es inferiores al reportado en el consolidado de ventas netas anuales, el cual de 504 se incrementa en 523.

c) Al momento de calcular el valor neto que se utiliza como base para liquidar las bonificaciones e incentivos, del valor de la venta mensual se deducía el total

de los desistimientos sin tener en cuenta los valores cancelados por los clientes.

PERITAZGO-CONTADOR AUXILIAR DE JUSTICIA (fls.488-501)					
AÑO	**VENTAS**	**DESISTIMIENTOS DE LAS VENTAS ANUALES**	**VALOR NETO-VENTAS**	**VALORES RECIBIDOS POR LA DEMANDANTE SIN DESISTIMIENTOS**	**DESCUENTOS DESISTIMIENTOS SOBRE LAS COMISIONES**
2011	$75’859.100	-	$75’859.100	$2’714.844	
2012	$361’361.000	$64’068.500	$297.292.500	$37’685.510	$1’986.844
2013	$427’043.000	$92’759.500	$334’283.500	$37’874.481	$3’627.500
2014	$734’402.000	$178’842.680	$555’559.320	$54’852.493	$6’005.500
2015	$256.449.000	$73’699.000	$182’750.000	$20’150.857	$3’407.639
TOTALES	$1’855.144.100	$409’369.680	$1’445.744.420	$153’271.915	$15’027.483
				VALOR NETO RECIBIDO: $138’244.432 desde el mes de septiembre 2011 hasta el 2 junio 2015	

BONIFICACIONES RECIBIDAS POR LA DEMANDANTE (PERITO JUDICIAL) folios 488-501	
AÑO	**BONIFICACIÓN E INCENTIVOS Y BONIFICACIÓN EN GRUPO**
2011	$598.082
2012	$13’583.083
2013	$17’573.121
2014	$31’910.601
2015	$13’395.194
TOTAL	**$77’060.081**

INCENTIVO POR CUMPLIMIENTO DE METAS DENOMINADO GRAN CONVENCIÓN DE VENTAS Folios 653-654 aclaración del dictamen pericial		
AÑO	**GRAN CONVENCIÓN DE VENTAS**	**VALOR**
2012	Convención de ventas- La Guajira 1 persona	$575.000
2013	Convención de ventas- crucero por el Caribe 1 persona	$2’511.728
2013	Viaje mejor asesor- 2 personas	$1’529.240
2014	Convención de Ventas a Cancún-2 personas	$3’794.112
2015	Convención a Cuba, 3 personas	$8’578.947
TOTAL	**5 incentivos**	**$19’989.027**

<u>Aunado a lo anterior, se recibieron las siguientes declaraciones:</u>

Mediante interrogatorio de parte, la señora Nohora Acenet Durán Suárez manifestó bajo la gravedad de juramento que actualmente no está trabajando, que trabajó con la empresa demandada en calidad de asesor comercial, que la función era vender los productos, el cliente les entregaba la inicial y ellos lo ingresaban a la base de datos, luego se encargaba el área de recaudo de cobrar las cuotas mensuales; aseguró que durante los 3 años y 9 meses que trabajó en la empresa, nunca tuvo inconvenientes, fue una de las mejores vendedoras; que la cliente llamada Gloria Stella Jurado era una compradora antigua de la empresa y quien le pidió que le prestara la cuota inicial, pero que la queja recibida es mentira, en ningún momento le aseguró, que le conseguiría

trabajo en la empresa; aceptó que después de la terminación del contrato, recibió de parte de la demandada la suma de $7´888.415 por concepto de remanente de comisiones, pero que hacían falta la liquidación de las bonificaciones. Que pertenecía al grupo de asesores comerciales de PRE-NECESIDAD, y no de planes exequiales. Que durante toda la relación laboral recibió el pago de las prestaciones sociales, que no estuvo de acuerdo con la liquidación final porque faltaban incluir las bonificaciones; que no está segura sobre el porcentaje de los desistimientos de sus negocios, pero que no superaba el 20 del 100% de ventas. Aseguró que los descuentos en nómina por los desistimientos son ilegales, que, en la reunión de descargos, lo mencionó, que la empresa no podía descontar ese dinero, que les quitaban el dinero incluso por las cuotas canceladas, así mismo, para las primas, vacaciones, cesantías.

Los testigos Isabel Cristina Rincón Rodríguez y Henry Abozaglo traídos por la parte actora fueron tachados por el apoderado judicial de la empresa demandada y el juez a quo les restó credibilidad, sin embargo, en esta instancia, deberán ser valorados con el fin de establecer las presuntas incongruencias o los posibles aciertos según la valoración integral de las pruebas, luego entonces se tiene que:

La señora Isabel Cristina Rincón Rodríguez manifestó que trabajo en la empresa demandada durante 4 años hasta el mes de marzo de 2015, que conoció a la demandante, pero no tuvo conocimiento de su terminación laboral, no sabe cómo sucedieron las circunstancias de su retiro; señaló que los desistimientos es anular el negocio, que lo hace el área de recaudo, que afecta las comisiones de los asesores comerciales porque les descuentan de lo devengado, que dicha situación generaba malestar en los asesores, que ella lo comentaba a la Junta Directiva pero que esa era la estrategia que se aplicaba desde hace muchos años. Dice que la política de la empresa era no devolver el dinero pagado por el comprador, por lo que, se trataba de ofrecerle otro producto en caso de desistir del negocio inicial. Que las comisiones eran descontadas en su totalidad en caso de desistimientos. Que las bonificaciones se pagaban sobre lo que vendió y si se desistía del negocio se lo descontaba sobre la venta, que para esta remuneración existían categorías y la demandante estaba en la profesional que es la de más alto nivel. Que la liquidación de las comisiones pasaba por varios jefes y directores de áreas, el director comercial, el gerente comercial, el jefe de recursos humanos. Que la empresa contrato a un abogado para desmontar las bonificaciones, pero no lograron hacer nada porque era un derecho adquirido del trabajador. Aseguro que el índice de desistimientos en su gerencia los disminuyó del 40% al 20% nunca superior.

El señor Henry Abozaglo González manifestó bajo la gravedad de juramento que trabajó para la empresa durante 2 años desde el 2013 hasta el 2015 en el cargo de director comercial, que conoció a la demandante pero no tiene conocimiento de su despido porque salió de la empresa meses antes, asegura que la demandante era una de las mejores vendedoras de la época, que ganaba por comisiones de ventas y adicional existía un plan de mercadeo sujeto al presupuesto de la empresa y era designado por la Gerente y el Director General, aseguro que los llamados “desistimientos” eran causados por la mala atención de la empresa, por retiro voluntario de los clientes o muchas veces era manipulado por la jefe de cartera la señora Ruby Cuberos, quien debía demostrar unos indicadores de gestión y efectividad, y para ésa época, los vendedores junto a la

dirección comercial, pasaron de realizar 90 ventas a 430 al mes, aumentando el nivel de operatividad, luego entonces, la empresa se encargaba de llamar a los clientes e incitarlos a desistir del negocio con el fin de disminuir la cartera, situación que asegura, perjudicaba la comisión del asesor, porque se le descontaba esa base presupuestal de ventas a los quince día o al mes, "…*y entonces a nosotros nos pagaban hoy 1 millón de pesos, se caían $500.000 el otro mes y al otro mes nos descontaban esos $500.000; lo que la empresa le debía al asesor por Comisión se lo pagaba a 6 meses, a 6 meses dependiendo de muchos planes y de muchas cosas, pero al momento de desistir el negocio si se lo quitaban de un solo tajo*…"; aseguró que en algunas ocasiones tenían conocimiento de los clientes que desistían y los asesores renegociaban la deuda para que no perder la comisión, pero en la mayoría, los clientes eran manejados por la empresa e incitados a desistir, sin embargo, el dinero no era devuelto sino que cambiaban de producto de menor valor y hacían efectiva una cláusula penal por incumplimiento; que la empresa ofrecía una serie de reconocimientos en dinero mensual, trimestral, semestral o anual y a fin de año un viaje por el cumplimiento de ventas, de acuerdo con el plan estratégico de la compañía con el fin de impulsar las ventas; que sobre este plan, se generaban unas bonificaciones para los asesores comerciales sujeto al cumplimiento de metas y se recibía el porcentaje según la categoría del asesor; aseveró que sobre esas comisiones a partir de las trimestrales se restaban los desistimientos; que los asesores y el directos comercial ganaba todas las quincenas comisión por venta y bonificación adicional, sobre el valor total de estas sumas, se restaba lo correspondiente a los desistimientos.

Durante la recepción de esta declaración, el apoderado judicial de la empresa demandada, manifestó que el testigo presentó una demanda contra la empresa y la demandante en este asunto, era testigo, además, aseguró que durante el ejercicio del cargo como director comercial, modificó el plan de mercadeo que contenía las bonificaciones adicionales, a lo que el testigo respondió no recordar pues para la época, dicho plan era revisado por él y autorizado por la gerente; respecto al caso de la señora Nohora Durán, manifestó que para el tiempo en que el testigo ejerció el cargo, las bonificaciones fueron de 600 millones sobre negocios que no existían y que como director comercial fue autorizado ese valor.

Por último, el señor Henry Abozaglo González aseguró que durante la época en que ejerció como director comercial, hubo comisiones por ventas donde no se recibía cuota inicial y que esta decisión era siempre autorizada por la gerencia.

La señora Nasly Yiset Culchac Lizarazo bajo la gravedad de juramento manifestó que la demandante es la madrastra, que cuando la empresa la despidió, se alteró, que no tenía amigos en la empresa, que no la querían, que la mayoría de compañeros la "detestaban", que estuvo con depresión afectando al grupo familiar, estuvo muy enferma, con tratamiento con psicólogo, que la afectó las mentiras que decían sus compañeros, que ella no se metía con nadie; aseguró que en los viajes de CONVENCIONES DE VENTAS iban familiares de otros vendedores, que ella también estuvo en la de Ocaña y Cuba donde se hacían actividades para el grupo; que después del despido no pudo seguir trabajando y en la actualidad está en la casa.

Por parte de la pasiva se practicaron los siguientes testimonios:

Las señoras **(**1) Ruby Cuberos Tarazona, (2) Diana Sofía Chávez Gutiérrez, (3) Ligia Chichilla Rueda, (4) Alba Cenobia Rojas Machuca y (5) Beatriz Carrillo Barón, bajo la gravedad de juramento manifestaron que trabajan actualmente en la empresa demandada, la primera que trabaja en la empresa desde hace 29 años en el cargo de jefe de recaudo, la segunda como auditora y luego como coordinadora de calidad, la tercera es la directora de mercadeo, la cuarta como auditor general y la quinta como asesor comercial, todas con más de 10 años de antigüedad.

Aseguran que conocen a la demandante, que la relación con la señora Nohora siempre fue conflictiva porque una vez se realizaba la venta, el departamento de recaudo debía hacer los cobros mensuales, tener todos los datos del cliente y la asesora no los suministraba de forma completa, se molestaba cuando se le preguntaba y era muy complicado mantener una comunicación. Que la demandante fue despedida porque faltó al reglamento interno de trabajo; escucharon que varios compañeros se quejaron con la gerente porque ésta estaba incitándolos a no laborar y a no vender para la organización siendo esa la naturaleza del cargo.

Que la función del asesor consiste en hacer un seguimiento posventa a los clientes, previo a una buena labor de prospección, donde se verifique que el cliente tiene capacidad de pagar lo que compró, que en este asunto, el problema con la señora Nohora Durán era que le vendía a personas con poca capacidad de pago o engañaba a los clientes, porque cuando se les cobrara la cuota, decían que solo habían comprado un producto y el contrato decía dos, entonces se trataba de renegociar, el contrato inicial quedaba desistido y se firmaba otro contrato. Que la cuota inicial del negocio siempre la recibe el asesor, luego comunica a la empresa el contrato y el pago, a partir de la primera cuota del crédito inicia el área de recaudos.

Respecto a las comisiones, descuentos y desistimientos aseguraron que la nueva administración rediseñó el plan comercial, se estableció que no podía ingresar negocios con cuota inicial inferior a cierto porcentaje, no se permitieron plazos tan amplios, los controles en las ventas eran mayores y se eliminó el “todo vale”; Que las comisiones se pagan de forma anticipada, por ejemplo, si el cliente entrega una cuota inicial, del 50% de esa cuota y de una vez, se le paga parte de la comisión al asesor y después el restante del 50% de la comisión de acuerdo con las cuotas del recaudo, pero si el cliente no paga las cuotas, lo que ha recibido el asesor es un anticipo, por lo tanto, se reliquida y se afecta la comisión, caso contrario sería si el asesor ya recibió la totalidad de la comisión y el cliente decide no continuar con el negocio, donde la empresa aplica la cláusula penal y renegocia con el comprador o termina con el negocio.

Respecto a las ventas provisionales, explicaron que si un cliente compra un producto a crédito, la venta no se concreta hasta que se pague totalmente y se expide la factura, pero para el caso de los asesores como que se les anticipa el pago de la Comisión y se concreta hasta que la venta es neta efectiva, es decir hasta que se le pague la totalidad la Comisión, en ese momento para el asesor se concretó la venta y para la empresa hasta cuando el cliente termina de pagar, si el cliente desistiera después de que le pagó la Comisión al asesor eso lo asume es la empresa y el asesor no se afecta, y si el cliente

desiste, se le aplica la cláusula penal, que en muchas oportunidades esos negocios que entraron con cuota iniciales tan bajas o sin cuota inicial, no se les podría aplicar la cláusula penal.

Que las bonificaciones por ventas también las recibía los directores comerciales, el gerente comercial y en alguna oportunidad la gerencia general tenía beneficios por esas ventas. Que el plan de incentivos siempre es aprobado por la Junta Directiva y se realiza de forma anual, sin embargo, aseguró que cuando el señor Henry Abozaglo reemplazó al gerente, modificó dicho plan, pero desconoce las razones, solo tiene conocimiento que el cambio beneficiaba a los asesores comerciales porque a las ventas no se les contempló el "menos desistimientos", entonces el vendedor recibía la bonificación y si el negocio se caía, no se descontaba.

Respecto a la comisión y desistimientos, manifestaron que las primeras se pagan por ventas netas efectivas, es decir, cuando un cliente ha dado el dinero que le puede cubrir la comisión al asesor, cuando el desistimiento se da antes de esto, la comisión que se le ha pagado al vendedor se debe reliquidar, ejemplo: el negocio fue de 5 millones, la comisión del 11.6% es de $580.000, el cliente dio una inicial de $300.000 y el restante en cuotas, sobre la inicial se entrega $150.000 al asesor y el restante de la comisión que es $430.000 se va entregando según la cuota del cliente mensual, si el comprador paga este valor, la comisión la recibe completa pero si desiste ante de pagarla, se reliquida la comisión, porque el negocio ya no es por el 11.6% de 5 millones.

Que la anterior administración aplicaba la política de los desistimientos de una manera que perjudicaba a la organización, puesto que el plazo para dar de baja la negociación la manejaban a largo plazo, es decir, el cliente no pagaba durante un año y el negocio continuaba vigente, por lo que, se decidió ponerle un límite de cuatro (4) meses para declarar la deserción.

Que las bonificaciones recibidas nunca fueron afectadas por las reliquidaciones ante los desistimientos, solo las comisiones, porque las bonificaciones era un premio, un incentivo, que pueden ser mensuales, en el cual, el asesor recibe la bonificación total, si es trimestral, se revisa en los 3 meses si alcanzó la meta junto con los desistimientos, si fue inferior a lo que se programó como incentivo, no se le paga la bonificación y así mismo sucede con las semestrales y anuales. Que las bonificaciones son metas que establece la empresa, según el porcentaje de ventas, si el asesor lo supera gana la bonificación, es un incentivo que la empresa otorga por mera liberalidad y no constituye salario.

La señora Beatriz Carrillo Barón aseguró que en la empresa existe varios grupos de asesores de ventas: los poderosos, champion, exitosos, diamantes y progresistas; la demandante era del grupo exitosos. Que generalmente los créditos para los clientes son a 36 meses y la comisión se va pagando mensualmente, en seis meses más o menos se alcanza a pagar la comisión, si pasa el mes siete, octavo y en el noveno el cliente se retracta, la comisión del asesor no se toca, pero si el cliente se retracta antes de que el asesor reciba el cincuenta por ciento restante de la comisión, ésta se reliquida se

descuenta el valor por nómina; que estas reglas están estipuladas en el contrato; que el comprador que desista del negocio después de estar pagando a crédito durante 10 meses por un contrato de 36 meses, ya sea, por falta de capacidad en el pago o por decisión del cliente, la empresa le ofrece otro producto que se ajusta a lo pagado y le anula el contrato inicial y se inicia uno nuevo.

Que en la empresa se manejan varias clases de bonificaciones o inventivos que es proyectado por el área de mercadeo y autorizado por la gerencia, unos mensuales que depende de la categoría en que se encuentre el asesor; que si el presupuesto de ventas se cumple, por ejemplo de vender 25 millones, recibe esa bonificación mensual; otro anual, esto es, que en a inicio de año la empresa fija un monto ejemplo de 285 millones, el asesor que venda en el año esa cifra, se gana el viaje de la CONVENCIÓN DE VENTAS; Aseveró que en la actualidad, las bonificaciones están sometidas a un riguroso estudio, a pesar de que el trabajador las gana mensual, el pago de hace efectivo a los 3 meses. Aseguró que esas bonificaciones no hacían parte de la liquidación de prestaciones sociales, porque eran premios, incentivos que daba la empresa, que no todos los asesores lo recibían porque tenían que cumplir el presupuesto. Que en la empresa de manejan dos grupos de ventas, uno llamado PLAN EXEQUIAL que lo conforman 10 trabajadores que ganan un salario mínimo y una pequeña comisión ellos sólo venden pólizas, y el grupo llamado de PRE-NECESIDAD, que es el más grande, vende todos los productos, lotes, osarios, pólizas, y ganan más dinero.

Finalmente el art. 55 del reglamento de trabajo interno señala (fls-352-374) establece: “se prohíbe al empleador: 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 estos para cada caso o sin mandamiento judicial, con excepción de los siguientes: a) Respecto de salarios pueden hacerse deducciones, retenciones o compensaciones en los casos autorizados por los artículos 113, 150, 151, 152 y 400 del CST…”.

Análisis Integral de las Pruebas - **Descuento de las comisiones por ventas por desistimientos-**

A juicio de la Sala, del análisis integral de las pruebas, se concluye que:

(1) la demandante fue contratada para atender el INCREMENTO EN LAS VENTAS, en el cargo de vendedor de bienes y servicios ofrecidos por la empresa.

(2) La retribución económica pactada por las partes, fue mediante COMISIÓN por la VENTA NETA EFECTIVA, esto es, lo que el vendedor recibe como resultado de un pago total del producto, ya que, si está pendiente dicho pago, la venta se considera PROVISIONAL y es CONDICIONAL, por lo que, la comisión pendiente de pago, puede ser afectada por los desistimientos o rescisiones del negocio.

(3) Que las partes acordaron que la liquidación de las comisiones sería, de la siguiente forma: si la venta se realiza a contado, la comisión entra al patrimonio real del vendedor, es decir, en un 100%; sin embargo, conforme a lo relatado por los testigos, la mayoría

de negocios se realizan a crédito y al comparar lo declarado con los soportes allegados, los plazos de ventas generalmente son a 36 meses, lo que permitía condicionar la COMISIÓN, ya que el valor total de la venta no ha sido recibida por la empresa, entonces, cuando se realiza el negocio inicial y el comprador entrega la cuota inicial, el 50% de esa cuota, lo recibe el vendedor como **ANTICIPO** y el 50% restante se pagará mensualmente conforme el cliente pague las cuotas y la condición establecida, se ejecutaba cuando el comprador desistía del negocio por diferentes motivos o se retrasaba en más de 4 cuotas y para el momento de dicho acontecimiento, el trabajador no había recibido el total de la COMISIÓN, luego entonces, el acuerdo establece que la comisión pagada como anticipo debía ser RELIQUIDADA, tal como se verificó en los soportes aportados.

(4) Contrario a lo anterior, si las cuotas pagadas por los compradores pagaban el total de la comisión, que según la declaración de la señora **Beatriz Carrillo Barón,** generalmente sucedía después de los 6 meses de recobro o pago por cuotas, y el cliente desistía del negocio, la COMISIÓN no podía ser afectada y no se reliquidaba.

(5) Lo anterior tiene sustento en el dictamen pericial, que, por las ventas anuales para el 2011 no hubo descuentos por desistimientos, en el año 2012 los descuentos por desistimientos mensual aproximado es de $165.570 y el salario devengado mensual con el descuesto es de $2’974.888, para el 2013 de $302.291 y el salario devengado mensual con el descuesto es de $2’853.915, para el año 2014 de $500.458 y el salario devengado mensual con el descuesto es de $4’070.582,75 los 5 meses de 2015 $283.969 y el salario devengado mensual con el descuesto es de $3’348.643; dichos descuentos tienen relación directa con las sumas recibidas, entre mayor sean las ventas, la posibilidad de rescisión de los negocios aumenta.

AÑO	VALORES RECIBIDOS POR LA DEMANDANTE SIN DESISTIMIENTOS	DESCUENTOS DESISTIMIENTOS SOBRE LAS COMISIONES	VALOR NETO RECIBIDO
2011	$2’714.844		$2’714.844
2012	$37’685.510	$1’986.844	$35’698.666
2013	$37’874.481	$3’627.500	$34’246.981
2014	$54’852.493	$6’005.500	$48’846.993
2015	$20’150.857	$3’407.639	$16’743.218
TOTAL	**$153’271.915**	**$15’027.483**	
VALOR NETO RECIBIDO: $138’244.432 desde el mes de septiembre 2011 hasta el 2 junio 2015			

(6) De conformidad con lo expuesto, la comisión o retribución mensual se hace efectiva cuando la VENTA ES TOTAL O A CONTADO y la suma ANTICIPADA que recibe el vendedor por las ventas **provisionales**, están sujetas a la **condición** del pago total del bien o servicio, por lo que, el acuerdo entre las partes suscrito en el contrato de trabajo sobre los descuentos y/o reliquidación del anticipo en caso de presentarse los desistimientos y/o rescisiones de la venta, es legal y la empresa se encuentra en una condición legítima para realizar el descuento respectivo o la reliquidación del anticipo, ya que el negocio jurídico de la venta del producto no culminó, con la renuencia expresa del trabajador, en consideración a lo señalado en el art. 149 del CST ya que el descuesto tal como se analizó en renglones anteriores, no afectó el salario mínimo legal.

Aunado a lo anterior, se extrae para el caso analizado, el objeto del contrato suscrito entre las partes, es INCREMENTAR LAS VENTAS, la demandante en calidad de trabajadora, tenía la función de vender bienes y servicios ofrecidos por la empresa, y la causación de la comisión, solo se hacía efectiva cuando el hecho generador de la remuneración cumplía su objetivo, esto es, cuando el negocio jurídico se cumplía con el pago total de la venta; luego entonces, los descuentos de los mencionados anticipos o la reliquidación de la comisión, que pactaron las partes, se ajusta con lo establecido en la normatividad vigente y el reglamento interno de trabajo, por lo que, la decisión proferida por el Juez A quo referente a la absolución de la demandada en devolver los descuentos y/o las reliquidaciones de las comisiones provisionales, se encuentra ajustada a derecho, motivo por el cual se CONFIRMARÁ la decisión en ese sentido proferida.

NATURALEZA SALARIAL DE LAS BONIFICACIONES y/o INCENTIVOS PERCIBIDOS POR LA TRABAJADORA.

Sobre el particular, la parte demandante en su recurso de apelación solicita a esta Corporación revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar declarar que las bonificaciones devengadas constituyen factor salarial por haberse pagado de forma habitual y ser mayor al 40% del total de lo percibido como salario mensual, demandando la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones junto con el pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST.

Descendiendo al análisis del aludido problema jurídico, debe advertir la Sala que tal situación en la legislación laboral está relacionada con la llamada desalarización, la cual fue objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral **en sentencia SL 17998 de 2018**, en la cual precisó que, por regla general los pagos realizados al trabajador por su actividad subordinada corresponden a pagos salariales, a menos que correspondan a: (1) prestaciones sociales, (2) las sumas pagadas al trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones, (3) sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador, (4) pagos que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, tales como subsidio familiar, indemnizaciones, viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación, (5) beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario, tales como alimentación o vestuario, las primas extralegales de vacaciones, los de servicios o de navidad, presupuestos establecidos en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (CST).

Para que sea válido el pacto encaminado a determinar que ciertos beneficios o auxilios extralegales o contractuales no tendrán incidencia salarial, explicó la Corte, debe ser expreso, claro, preciso y deben detallarse los rubros cobijados en él, no siendo posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas. Indicó igualmente que la duda en

torno a la naturaleza de los pagos realizados, debe resolverse a favor del trabajador, esto es, que para todos los efectos el pago tendrá naturaleza salarial. Finalmente, el órgano de cierre puntualizó que la facultad consagrada en el artículo 128 del CST, no permite despojar de su naturaleza salarial, un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, reiterando que "la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo".

Así lo advierte el alto Tribunal al descender como juez de instancia en la aludida providencia:

> *En sede de instancia, es necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012). Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es.*
>
> *En el sub examine, la Sala advierte que en el transcurso de su relación laboral, el demandante devengó las denominadas «bonificaciones» en los siguientes periodos: febrero a diciembre de 2006; febrero a diciembre de 2007; enero, febrero, abril, mayo, junio, septiembre y diciembre de 2008, y enero a septiembre de 2009. De lo anterior se observa fácilmente que, tal como lo determinó el a quo, los pagos recibidos por el demandante eran habituales, periódicos y permanentes, pues fueron percibidos casi en todos los meses de los años 2006 a 2009.*
>
> *Adicionalmente, la Corte advierte que las denominadas bonificaciones en realidad eran comisiones; es decir, pagos correlacionados con el cumplimiento de determinadas metas a cargo de los analistas de crédito de la Fundación Mundo Mujer. En otros términos, son remuneraciones ligadas al desempeño o la actividad del trabajador, que, por tanto, son claramente retributivos.*

Caso concreto

Del dictamen pericial suscrito por el contador auxiliar de la justicia, se tiene que las bonificaciones canceladas a la demandante, fueron diseñadas por la Gerencia Comercial Nacional, el Gerente de la Sucursal y los Directores comerciales, del cual se extrae que la demandante pertenecía a la categoría PROFESIONAL y al grupo de EXITOSOS, los cuales, manejaban ciertos presupuestos de ventas mensuales, un límite en suma de dinero que si lo superaban, tenían derecho a devengar la bonificación; igualmente, las Bonificaciones establecidas fueron: Los incentivos ascenso categoría, Un incentivo Cupón la Esperanza, Una Bonificación por Cumplimiento, Una Bonificación de Repechaje y Un incentivo trimestral, semestral y anual.

BONIFICACIONES RECIBIDAS POR LA DEMANDANTE (PERITO JUDICIAL) folios 488-501	
AÑO	**BONIFICACIÓN E INCENTIVOS Y BONIFICACIÓN EN GRUPO**
2011	$598.082
2012	$13’583.083
2013	$17’573.121
2014	$31’910.601
2015	$13’395.194
TOTAL	**$77’060.081**

INCENTIVO POR CUMPLIMIENTO DE METAS DENOMINADO GRAN CONVENCIÓN DE VENTAS Folios 653-654 aclaración del dictamen pericial		
AÑO	**GRAN CONVENCIÓN DE VENTAS**	**VALOR**
2012	Convención de ventas- La Guajira 1 persona	$575.000
2013	Convención de ventas- crucero por el Caribe 1 persona	$2’511.728
2013	Viaje mejor asesor- 2 personas	$1’529.240
2014	Convención de Ventas a Cancún-2 personas	$3’794.112
2015	Convención a Cuba, 3 personas	$8’578.947
TOTAL	**5 incentivos**	**$19’989.027**

De esta manera se observa que, la demandante recibió lo correspondiente a la **bonificación e incentivos**, para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011, durante todos los meses del año 2012, 2013, 2014 y durante los meses de enero, febrero, marzo, mayo y junio de 2015, es decir, se demostró cabalmente que dichas erogaciones se constituían en un pago habitual (mensual) en cabeza de la trabajadora.

De la Bonificación o incentivo en Grupo, percibió: el 13 de diciembre de 2011 la suma de $15.000, el 13 de febrero de 2012 $16.445, el 8 de junio de 2012 $13.750, los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012, los meses de enero y febrero de 2013 y los meses de mayo y agosto de 2014.

La bonificación llamada “SUPERACIÓN DEL PRESUPUESTO DEL GRUPO EN UN PERIODO” mensual, consiste en el cumplimiento de un grupo de ventas en un mes de un porcentaje de cuotas iniciales específicas, equivalente a un 9% siempre y cuando se cumpla con los rangos de presupuesto que se especifican en el cuadro, en donde también se definen los premios (fls.584-585).

Bajo estas consideraciones, es necesario subrayar que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, **cuya causa directa es el servicio prestado,** pues como ya se indicó con anterioridad, la Jurisprudencia al respecto decantada por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha señalado que *“la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo”*.

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, establece como salario: *“todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio,*

sea cualquiera la forma o denominación que se adopte", sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. (sentencia Rad. 63998 SL1798-16 de mayo 2018 MP Dra. Clara Cecilia Dueñas).

Conforme a lo expuesto y teniendo en cuenta las pruebas obrantes al plenario, se observa fácilmente que, tal como lo alega el apoderado judicial de la demandante, los pagos recibidos por el concepto de BONIFICACIONES (ascenso categoría, bonificación por cumplimiento, de repechaje) fueron percibidos por la demandante de manera habitual y periódica (mensualmente) durante los años 2011-2015, de tal suerte que dichos emolumentos en realidad eran **comisiones por ventas realizadas**; es decir, pagos correlacionados con el cumplimiento de determinadas metas a cargo de los asesores de ventas de la Organización la Esperanza y que se constituyen en remuneraciones ligadas al desempeño o la actividad del trabajador, que, por tanto, son claramente retributivo de la actividad desarrollada que ostentan naturaleza salarial.

En efecto, del material probatorio allegado y a pesar de la insistencia de la parte demandada en cuanto a que las bonificaciones no constituían salario, dicha suma corresponde al cumplimiento de metas propuestas en las estrategias comerciales anuales que autoriza la empresa, las cuales no tienen la calidad de "premios" o "incentivos", sino que eran sustancialmente comisiones programadas para compensar el cumplimiento de las metas mínimas por los asesores de ventas y por tanto emolumentos constitutivos de salario e integrantes de las correspondientes liquidaciones de prestaciones sociales de la demandante.

Ahora, si bien en este asunto, las partes pactaron que "…***Parágrafo 1:*** *las partes convienen que todo pago adicional al salario mensual, diferente a comisiones sobre ventas netas efectivas, no constituye salario al terno de lo establecido en el Artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, (modificación Ley 50/90 ART. 15)., a) El empleador desde la fecha podrá cancelar o reconocer bonificaciones no habituales al empleado, por cumplimiento de sus objetivos o metas, suma que se pagarán ocasionalmente o por mera liberalidad del empleador…"*, tal convenio carece de plena validez, en la medida en que, como se indicó, las partes no podrán modificar en virtud de lo dispuesto en los art 127 y 128. Del C.S.T., conceptos cuya naturaleza es salarial, y, en efecto, lo percibido por la actora a título de "BONIFICACIÓN DE ASCENSO CATEGORÍA, BONIFICACIÓN POR CUMPLIMIENTO, DE REPECHAJE", tenía causa directa en los servicios que le prestaba a la compañía, como lo prevé el art. 128 del C.S.T. Nótese como en el parágrafo trascrito del contrato de trabajo, se estipuló que tales bonificaciones tenían relación con el cumplimiento de metas. Incluso, en el PLAN ESTRATEGICO DE VENTAS analizado en precedencia.

Bajo los anteriores argumentos, no es posible darle validez y por ende eficacia al pacto de desalarización contenido en el contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 43

del C. S. del T., en la medida en que, se desnaturalizó la incidencia salarial, de pagos que en esencia retribuyeron el servicio prestado por la actora, y, tales pagos lejos de ser esporádicos, fueron efectuados de forma regular como lo denotan los desprendibles de nómina y el dictamen pericial que gozan de plena validez al no estar tachados de falsedad.

Ahora bien, respecto a los llamados "SUPERACIÓN DEL PRESUPUESTO DEL GRUPO EN UN PERIODO" y el incentivo por cumplimiento de metas denominado GRAN CONVENCIÓN DE VENTAS, que, de acuerdo con su objeto y la periodicidad del mismo, se entregan premiando a un grupo de vendedores por superar una meta o como recompensa anual por cumplir una meta, considera la Sala, que a diferencia de las bonificaciones devengadas mensualmente por la trabajadora, estos no tienen naturaleza salarial, como quiera que, una cosa es premiar a un trabajar por su alto desempeño en comparación con otros, y otra -bien distinta- es establecer condiciones generales y uniformes de pago por porcentajes en ventas, colocación de servicios o por el importe de una operación; por lo que, esta clase de incentivos, como las BONIFICACIONES en GRUPO y la CONVENCIÓN DE VENTAS, no hacen parte del salario, ya que no dependen de forma directa de la actividad ejercida por la actora.

Reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones.

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que las bonificaciones mensuales, devengadas por la demandante como compensación directa sus actividades, entregada en proporción a su cantidad de trabajo, se constituye en **factor salarial**, funge procedente entonces, el reajuste de sus prestaciones sociales y vacaciones de la demandante siempre y cuando no se encuentren afectadas del fenómeno prescriptivo de la acción judicial, formulada como excepción por parte de la pasiva.

Teniendo en cuenta lo anterior, la relación contractual se dio desde el 14 de septiembre de 2011 hasta el 02 de junio de 2015, primero mediante contrato a término fijo por tres meses desde el 14 de septiembre de 2011 hasta el 13 de septiembre de 2013, luego desde el 14 de septiembre de 2013 a término indefinido hasta el 2 de junio de 2015.

AÑO	Comisión recibida promedio mensual	Bonificación Individual Promedio mensual	Salario con el Reajuste Salarial Salario real	Prima con el reajuste	Vacaciones con el reajuste	Intereses Cesantías con el reajuste	Cesantías con el reajuste	Cesantías pagadas	Intereses Cesantía pagados	Prima pagada	Vacaciones pagadas
2011	$761.171	$163.481	$924.652	$277.396	**2011-2012** $2'072.861	$9.986	$277.396	$310.077	$11.059	$299.297	$2'147.572
2012	$2'974.888	$1'125.270	$4'100.158	$4'100.158		$492.019	$4'100.158	$3'161.378	$374.096	$2'947.801	

2013	$2'853.915	$1'463.226	$4'317.141	$4'317.141	**2012-2013** $ 2,182,559 **2013-2014** $3'363.931	$518.057	$4'317.141	$4'390.639	$526.877	$4'879.569	**2012-2013** $2'979.831 **2013-2014** $3'196.668
2014	$4'070.582	$2'657.279	$6'727.861	$6'727.861		$ 807,343	$6'727.861	$5'035.800	$604.296	$5'154.306	
2015	$3'348.643	$2'679.039	$6'027.682	$2'545.021	$2'126.432	$128.948	$2'545.021	$1'952.930	$98.948	$1'952.930	$1'631.724

Conforme al cuadro anterior, la prima del año 2011 y primer semestre de 2012 se encuentran prescritas, las cesantías del año 2011 junto con los intereses de las mismas en los años 2011 y 2013 fueron pagadas en su totalidad por el empleador, en igual sentido, las vacaciones del 2011-2012 y prima del 2013, por lo que, la empresa demandada deberá pagar las siguientes sumas:

1. Cesantías de los años 2012 $938.780, 2014: $1'692.061 y 2015: $592.091, para un total adeudado **de $3'222.932.oo.**

2. Intereses de las cesantías: 2012: $117.923, 2014: $203.047 y 2015: $30.000, para un total adeudado de **$350.970.**

3. Prima de Servicios: segundo semestre de 2012: $576.178, 2014: $1'573.555 y 2015: $592.091 para un total adeudado de **$2.741.824**.

4. Vacaciones: 2013-2014 $167.263 y 2015: $494.708, para un total adeudado de **$661.971.oo**

Total adeudado por concepto de prestaciones sociales y vacaciones $6'977.697.

Reliquidación indemnización por despido sin Justa Causa.

Teniendo en cuenta la unicidad del contrato desde el 14 de septiembre de 2011 hasta el 02 de junio de 2015, tal como lo calculo el Juez A quo, los días promedio de los 3 años y los 258 días laborados arroja conforme al art 64 del CST literal a), 84 días de indemnización que multiplicado por los días de salario correspondiente al año 2015 ($6'027.682/30: $200.922 diarios), arroja un total de $16'877.509.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la organización la esperanza propuso como excepción la COMPENSACIÓN por la suma recibida por la demandante de $7'888.415.oo, y en especial, respecto a la pretensión de la indemnización por despido

injusto conforme lo argumentó en el recurso de alzada, hecho que pese a no ser aportado documento alguno que lo acredite, fue aceptado por la activa en el interrogatorio de parte; luego entonces, se compensará dicha suma al valor correspondiente, quedando resuelta parcialmente la apelación presentada por la demandada a su favor, quedando un restante de obligación de pagar en la suma de $8’999.812, razón por la que, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primera instancia, declarándose parcialmente demostrada la excepción de compensación propuesta por la demandada.

INDEMNIZACIONES MORATORIAS ARTICULO 65 DEL CST Y ARTICULO 99 DE LA LEY 50 DE 1.990

Con relación al pago de la sanción moratoria, debe indicar la Sala que en el sub-examine atendiendo que las bonificaciones por ventas percibidas por la demandante se constituían en un pago habitual, relacionado directamente con la actividad desarrollada, es evidente la mala fe de la sociedad demandada, al intentar disfrazar el carácter retributivo de dichos emolumentos, mediante maniobras o denominaciones diferentes, cuyo fin era ocultar la connotación salarial de dichas bonificaciones, motivo por el cual funge procedente las condenas en ese sentido solicitadas.

Sobre la procedencia de la indemnización moratoria, cuando el empleador no liquida las prestaciones sociales del trabajador, conforme al salario real devengado derivado de emolumentos que ostentan dicho carácter, la Jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha sido reiterativa en avalar la imposición de dichas sanciones. Así por ejemplo en Sentencia SL 3479 de 2018, rad. 57903 del 14 de agosto de 2018 se indicó:

> *Las razones expuestas son suficientes para concluir que la sentencia censurada conserva la presunción de legalidad y acierto, en tanto que no incurrió en los desatinos fácticos endilgados por la recurrente al considerar que las comisiones recibidas eran salario, y por lo tanto, debían ser tenidas en cuenta tanto para la liquidación de las prestaciones sociales, como para el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones.*
>
> *Tampoco se evidencia despropósito alguno en la condena por indemnización moratoria, puesto que, se itera, las pruebas que el Tribunal no apreció y las que valoró erradamente, según la casacionista, en realidad no tienen el alcance de demostrar fehacientemente (i) que los pagos bajo examen no eran comisiones propiamente dichas, y (ii) que las partes hubieran pactado expresamente su exclusión salarial.*
>
> *Corolario de lo anterior, no tenía la enjuiciada ninguna razón atendible para negar el evidente carácter salarial de las comisiones, afectando de esa manera los derechos mínimos de la demandante al pagarle deficitariamente sus prestaciones sociales. Es por eso que ningún reproche cabe hacerle a la decisión gravada, al concluir que la demandada no estuvo amparada en una causal eximente de responsabilidad.*

Y así mismo, en la Sentencia SL8216-2016, la Corte se pronunció en el siguiente sentido: ***"la práctica de entregar sumas de dinero al abrigo de figuras de desalarización o exclusión salarial, en fraude a la Ley y con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza salarial, y a la postre, liquidar sobre ellas prestaciones sociales, que luego son entregadas al trabajador con otros nombres o bajo otras denominaciones, evidencia un acto desprovisto de buena fe...".***

Pronunciamiento que ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1798 del 16 de mayo de 2018 M.P. doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que indicó: "*La conducta deliberada del empleador de usar etiquetas, nombres u otras estrategias lingüísticas para desorientar, ocultar o esconder la verdad del desarrollo de las actividades de la relación laboral, no puede ser considerada de buena fe - denominar comisiones como bonificaciones…(…) Así entonces, se condenará a la demandada al pago de las sanciones moratorias del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990."*

Descendiendo al caso estudiado, teniendo en cuenta lo analizado en los arts. 127 y 128 del CST, evidencia la Sala que ningún asomo de buena fe se vislumbra en la demandada Organización la Esperanza, toda vez que desde el momento en que se firmó el contrato de trabajo con la demandante Nohora Durán, tenía conocimiento previo de la verdadera naturaleza de las "bonificaciones", esto es, retribuir el servicio prestado y gozar de carácter salarial, que al obtener provecho la pasiva de la actividad realizada por la activa, privó y disminuyó las sumas de las prestaciones sociales a las que tenía derecho junto con el salario real devengado, una posición en contrario, sería permitirle al empleador, sin justificación alguna, vulnerar los derechos mínimos e irrenunciables, como lo son, el pago del monto real de las cesantías entre otras.

Por lo anterior, se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, por el equivalente a un día de salario por cada día de retardo equivalente a la suma de $200.922. pesos diarios, desde el 02 de junio de 2015, hasta el día 1º de Junio del año 2017, teniendo en cuenta que el último salario devengado asciende a la suma de $6'027.682,30, para un total de **$144.663.840.oo** y a reconocer intereses moratorios a partir del 02 de junio de 2017 sobre las diferencias prestacionales adeudadas hasta el pago total de la obligación, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera.

Sanción por no consignación de Cesantías.

Igualmente, resulta atendible condenar a la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por el pago deficitario de las cesantías, con base en los salarios anuales determinados anteriormente, teniendo en cuenta que la terminación del contrato fue el 2 de junio de 2015 y la demanda fue presentada el 01 de octubre de 2015, la cual se calculara de la siguiente manera:

1. El 14 de febrero de 2012 se vencía el plazo para consignar en forma total el auxilio de las cesantías del 2011, pero como se observó en el cuadro anterior, el empleador pagó en forma total las cesantías de este periodo (11 de septiembre de 2011 hasta el 14 de febrero de 2012).

2. El 14 de febrero de 2013, se vencía el plazo para el depósito completo de las cesantías del 2012, y la organización la Esperanza no lo llevó acabo, sin acreditar una razón atendible para abstenerse de cancelar el saldo adeudado por valor de $938.780, motivo por el cual deberá reconocer a la demandante la suma diaria de $224.262, a partir del 15 de febrero de 2013 hasta el 14 de febrero de 2014, para un total de **$80’734.332**.

3. El 14 de febrero de 2014 se vencía el plazo para el depósito completo de las cesantías del 2013, y la organización la Esperanza pagó en su totalidad las cesantías durante este periodo, tal y como se acreditó con anterioridad (15 de febrero de 2014-14 febrero de 2015), por lo tanto la demandada no será acreedora de dicha sanción durante la aludida anualidad

4. Y finalmente, con relación al déficit del pago en las cesantías correspondientes al año 2014, adeudándose la suma de $1’692.061, la sanción moratoria se calculará desde el día 15 de febrero de 2015 hasta la terminación del contrato el 2 de junio de 2015 (108 días), con un salario diario de o $200.922 para un total de **$21’699.655**.

Para un total de $102´433.987, por concepto de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990.

Solución del Tercer Problema Jurídico

Perjuicios Morales.

El Juez A quo decidió absolver a la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA de la indemnización por los perjuicios morales, ante la ausencia falta de prueba por parte de la demandante, en demostrar que el despido trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales en su vida.

El apoderado judicial recurrente, arguye que el perjuicio moral se demostró mediante la declaración de la señora Nancy Lizarazo el sufrimiento que padeció la demandante cuando fue terminado su contrato de trabajo sin justa causa como consecuencia de una vulneración al debido proceso, de la misma forma, la testigo dio fe de las constantes discriminaciones a las que era sometida por parte de sus compañeros de trabajo y la persecución por parte de los directivos, además, aseguró que los testigos traídos por la

parte pasiva, expresaron sentimientos de “odio” hacia la demandante, razones por las cuales, considera que es procedente la condena al pago de los perjuicios morales.

Al respecto, la Sala considera conveniente recordar que la procedencia de la condena por perjuicios morales según la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4570-2019 se encuentra supeditada a los siguientes aspectos:

> Si bien el daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Para ello, es pertinente referir lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL 32720, 15 oct. 2008, que se reiteró en el fallo CSJ SL4665-2018, en cuanto a que la tasación del *pretium doloris* o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, en esa misma decisión, «para ello deberán evaluarse las consecuencias sicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño».

En ese orden, conforme lo expuso el Juez A quo, no se demostraron los perjuicios consagrados en el artículo 476 del CST; el recurrente solamente dijo en forma general sobre la declaración rendida por su hijastra, sin señalar qué pruebas podían demostrar los mismos, ni su afectación en la calidad de vida y menos de su núcleo familiar, lo que no daba lugar a configurar dicha condena.

Respecto de los aportes a la seguridad social en pensión, se condenará a la pasiva al pago de las diferencias del IBC generadas entre el valor cotizado por la Organización la Esperanza y el indicado en la tabla anterior de salarios para cada mensualidad, las cuales deberán consignarse en el fondo de pensiones en el que se encuentre afiliada la señora Nohora Acenet Durán Suárez.

Así las cosas, la demandante no cumplió con el deber de demostrar la incidencia que tuvo el despido injusto o indirecto, posterior a la desvinculación, por lo que, se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

No se condenará en costas de segunda instancia a las partes, por haberles prosperado parcialmente los recursos de alzada.

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia apelada, y en su lugar **DECLARAR** que la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA debía reajustar las prestaciones sociales a favor de la señora NOHORA ACENET DURAN SUAREZ, por

tenerse como factor salarial las llamadas BONIFICACIONES individuales, en la suma total de **$6’977.697,** discriminados de la siguiente manera:

1. Cesantías de los años 2012, 2014 y 2015 por la suma de **$3’222.932.**
2. Intereses de las cesantías de los años 2012, 2014 y 2015, por la suma de **$350.970**
3. Prima de Servicios: segundo semestre de 2012, 2014 y 2015, por la suma de **$2’741.824**
4. Vacaciones por la suma de **$661.971**.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia apelada en el ORDINAL SEGUNDO proferida por el JUEZ SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 27 de febrero de 2018, en el sentido de CONDENAR a la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA al reconocimiento y pago de la INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA a favor de la señora NOHORA ACENET DURAN SUAREZ en la suma de **$8’999.812** por haberse demostrado parcialmente la excepción de COMPENSACIÓN propuesta por la demandada.

TERCERO: CONDENAR a la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA a pagar a favor de la señora NOHORA ACENET DURAN SUAREZ, los siguientes conceptos:

1) **Indemnización moratoria del art 65 CST** equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el 02 de junio de 2015 al día 01 de junio de 2017 a razón de $200.922. pesos diarios, para un total de **$144.663.840.oo**, y a partir de allí a reconocer intereses moratorios sobre las diferencias prestacionales adeudadas hasta el pago total de la obligación, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera.

2) Sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por el pago deficitario de las cesantías, en la suma total de **$102´433.987.**

CUARTO: CONDENAR a la ORGANIZACIÓN LA ESPERANZA a reajustar el pago de las cotizaciones al fondo de pensiones en el que se encuentre afiliada la demandante NOHORA ACENET DURÁN SUAREZ del IBC conforme a la tabla de salarios para cada mensualidad.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

SEXTO: SIN condena en costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

(Salvamento Parcial)
NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVEZ
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

Secretario

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

Radicado No. 2015-00568
Partida Tribunal No 18.047

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros de Sala, les manifiesto que salvo parcialmente mi voto respecto de la decisión de la Sala Mayoritaria de revocar los numerales segundo y tercero de la Sentencia del 27 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, que accedió a las pretensiones de ordenar reajustar las prestaciones sociales a favor de la señora NOHORA ACENET DURAN SUAREZ, por aceptarse como factor salarial las llamadas BONIFICACIONES individuales, reajustando las prestaciones e indemnizaciones, y adicionando la condena por indemnización moratoria. Estando inconforme exclusivamente con la imposición de esta última sanción.

Para llegar a esta conclusión, la Sala Mayoritaria estableció respecto del problema jurídico planteado sobre la naturaleza salarial de las bonificaciones e incentivos percibidos por la trabajadora, que lo percibido por ella a título de "BONIFICACIÓN DE ASCENSO CATEGORÍA, BONIFICACIÓN POR CUMPLIMIENTO, DE REPECHAJE", tenía causa directa en los servicios que le prestaba a la compañía y por ende, debían tener incidencia salarial, mientras que otras remuneraciones como los llamados "SUPERACIÓN DEL PRESUPUESTO DEL GRUPO EN UN PERIODO" y el incentivo por cumplimiento de metas denominado GRAN CONVENCIÓN DE VENTAS, sí eran válidos sin incidencia por premiar el desempeño en comparación con otro. Indicando, que era evidente la mala fe de la sociedad demandada, al intentar disfrazar el carácter retributivo de dichos emolumentos, por lo que era procedente además de reliquidar las prestaciones, condenar por la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y la sanción por no consignación de las cesantías por su pago deficitario.

No concuerdo con el análisis por el cual se determinó la existencia de mala fe para acceder a las sanciones moratorias, pues la mera determinación de un pacto de desalarización ineficaz no es suficiente para concluir que hubo una intención defraudatoria del empleador.

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

de las cesantías, indicando la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que "*para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago*".

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

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

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

Algunos elementos a tener en cuenta son la conducta del empleador, tanto en el desarrollo de la relación como con su finalización, esto es, "*en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder*", recordando que en decisiones previas se dieron algunos parámetros como la necesidad de evaluar "*si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos*", también si "*éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento*".

En el presente caso se tiene que, durante el transcurso de la relación laboral, el empleador siempre garantizó a la trabajadora el cumplimiento pleno de sus derechos prestacionales, cancelando cumplidamente los salarios, primas, vacaciones, intereses a cesantías, consignando cesantías y el debate se suscitó por la incidencia salarial de algunas comisiones en concreto. Sobre lo cual, se accedió a dar esa connotación solo parcialmente a algunos pagos y no a la totalidad de ellos. Lo que permite establecer, que no era una situación clara y determinada para las partes.

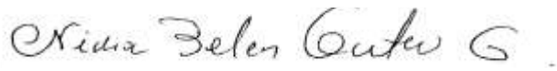
Además, estas bonificaciones y comisiones estuvieron vigentes desde el comienzo de la relación laboral, fueron aceptadas por el trabajador y solo fueron demandadas al finalizar la misma; no evidenciándose que las diferencias resultantes de la reliquidación implicaran un saldo que ameritara para el empleador, desplegar una

actuación defraudatoria interesada comparado con las consecuencias negativas que hubieran generado y el debido cumplimiento de las demás obligaciones laborales a su cargo.

Indica la Sala de Casación Laboral en providencia SL4056 de 2021, al resolver un caso parecido, que en casos donde el empleador propone pacto de desalarización puede haber buena fe cuando se desprende que "*actuó bajo la creencia de que el acuerdo de desalarización que se consignó en el contrato de trabajo suscrito entre las partes, tenía plena validez*"; lo que estimo sucedió en este caso, al evidenciar que cumplió con todas las demás obligaciones prestacionales en el curso de la relación y que finalmente no todas las bonificaciones tenían incidencia laboral, lo que supone indicios de convencimiento en su creencia de que todas eran válidas.

No comparto así la decisión de la Sala Mayoritaria de imponer las sanciones moratorias al empleador, pues un análisis integral de su actuación en la relación laboral con el actor no da lugar a evidenciar totalmente la mala fe que se requiere para su imposición, por lo que estimo debió absolverse por este concepto.

Atentamente.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 5 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-002-2017-00062-00 promovido por **Wilson Ramón Guerrero Parada, Elder Enrique Peñaloza Ramírez, José Benjamín Pacheco y Lenin Alfonso Miranda Rolón** contra **ADM Global Coal SAS, Montgomery Coal Ltda., Henry Harold Cubides, Eliecer Peñaranda Zuluaga y Luis Arnoldo Zuluaga Zuluaga.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (Fls. 59 a 83) Deprecan los actores se declare que entre ellos y Global Coal SAS existieron contratos individuales de trabajo a término fijo inferior a un año, los cuales fueron prorrogados en forma automática por el mismo periodo y luego renovados por el término de un año, tomando como referencia los siguientes extremos temporales:

Demandante	Fecha de inicio	Fecha de finalización	Salarios promedio
Wilson Ramón Guerrero	14 de enero de 2016	16 de diciembre de 2016	$1.705.799

.uis Enrique Guerrero Parada	de enero le 2016	.6 de liciembre de 2016	2.003.443
Elder Peñaloza Ramírez	.7 de ebrero de 2016	.6 de liciembre de 2016	1.661.802
osé Bejamín Pacheco Ortega	.3 de enero le 2016	.6 de liciembre de 2016	1.780.520
.enin Alfonso Miranda	0 de mayo le 2016	.6 de liciembre de 2016	1.765.230

Como consecuencia de lo anterior, solicitan se declarare que Global Coal SAS y Montgonery Coal Ltda., son solidariamente responsables del pago de los salarios, cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, ropa y calzado de labor, la sanción del artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990, aportes al sistema de seguridad social integral, sanción de que trata el artículo 91 numeral 2° del Decreto 1295 de 1994 – por no haber aplicado las instrucciones, reglamentos y determinaciones de prevención de riesgos laborales-. Igualmente piden que se declare que los demandados no implementaron legalmente el correspondiente sistema de seguridad y salud en el trabajo en la Mina Montgomery o en el centro de trabajo donde laboraron desde el 1° de septiembre de 2016 hasta la finalización de los contratos.

Adujeron para ello: **1) Que** firmaron contratos de trabajo a término fijo inferior a un año con ADM Global Coal SAS, desempeñándose como mineros en la Mina Montgomery de propiedad de Montgomery Coal Ltda., devengado salarios variables **2) Que** a finales de octubre de 2016 junto con los demás mineros que laboraban para la empresa ADM Global Coal SAS, se les prohibió el ingreso a su sitio de trabajo, bajo el argumento de que los socios de la empresa Montgomery Coal Ltda., habían discutido entre ellos, por lo que bloquearon el ingreso a la mina Montgomery donde operaba ADM Global Coal SAS. **3) Que** se les adeudan salarios correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016. **4) Que** no les fue socializado ni entregado el reglamento interno de trabajo de ADM Global Coal SAS con quien se vincularon para desarrollar las actividades en la mina

Montgomery y demás centros de trabajo donde debían prestar sus servicios. **5) Que** no fueron capacitados ni instruidos sobre los riesgos y peligros a los que se verían expuestos al desempeñar su cargo como mineros, ni les fueron facilitados los elementos de protección social, encontrándose expuestos al riesgo de sufrir algún accidente de trabajo o de adquirir alguna enfermedad laboral. **6) Que** no fue implementado el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo para la mina Montgomery y demás sitios de trabajo. **7) Que** la demandada Montgomery Coal Ltda., fue beneficiaria de los servicios prestados por ellos, lo que establece la solidaridad laboral respecto al reconocimiento y pago de los derechos laborales y seguridad social.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA (fl 142 al 149) **ADM Global Coal SAS, Montgomery Coal Ltda., Henry Harold Cubides, y Luis Arnoldo Zuluaga Zuluaga**, estuvieron representados por curador ad litem, quien se opuso a las peticiones. Manifestaron que los hechos esbozados se contradicen con los medios de prueba solicitados, puesto que se anexó el contrato y a la vez se pretende probar con testimonios. Sostienen que no son suficientes las pruebas documentales aportadas para probar que los demandantes les prestaron los servicios. Indican que no existen documentos que demuestren que los demandantes pertenecían a su nómina, tampoco que se les adeuden salarios, prestaciones laborales y mucho menos que se les haya prohibido el ingreso a trabajar. Esgrimieron las excepciones que denominaron inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones reclamadas y falta de derecho por la no existencia de la relación laboral.

Jorge Eliecer Peñaranda Zuluaga, igualmente se opuso a las pretensiones. Indicó que el contrato celebrado entre las empresas ADN Global SAS y Montgomery Coal Ltda., lo fue en realidad con Luis Arnoldo Zuluaga y Henry Harold Cubides, como personas naturales, no en calidad de representantes de las referidas empresas. Precisó que Zuluaga, aunque es socio de Montgomery Coal Ltda. no está autorizado ni facultado para celebrar contratos en representación de la misma, razón por la que no tiene ningún tipo de relación

comercial, ni laboral con los actores. Dice que es él quien tiene la facultad para contratar en nombre de Montgomery Coal Ltda. Alega que al no haber suscrito contrato alguno con los demandantes, no es posible declarar la solidaridad laboral en los asuntos celebrados por Luis Arnoldo Zuluaga. Formuló las excepciones que denominó: inexistencia de la causa para demandar, inexistencia de la obligación demandadas e imposibilidad jurídica de deducir obligaciones, inexistencia de los hechos alegados por los demandantes, mala fe e indebida representación para contratar.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el 5 de marzo de la calenda que avanza, declaró que entre ADM Global Coal SAS y los demandantes existió un contrato de trabajo, en los siguientes extremos temporales:

Demandante	Extremos temporales	Modalidad contractual	Despido
Wilson Ramón Guerrero	4/01/2016 hasta el 7/10/2016	érmino fijo	in justa ausa
uis Enrique Guerrero Parada	/05/2016 hasta el 27/10/2016	érmino ndefinido	in justa ausa
lder Peñaloza Ramírez	7/01/2016 hasta el 7/10/2016	érmino fijo	in justa ausa
osé Benjamín Pacheco Ortega	3/01/2016 hasta el 7/10/2016	érmino fijo	in justa ausa
enin Alfonso Miranda	0/05/2016 hasta el 7/10/2016	érmino fijo	in justa ausa

En consecuencia, condenó a la sociedad por acciones simplificada a pagar a cada uno de los ex empleados, salarios adeudados, prestaciones sociales, vacaciones no canceladas, indemnización por despido injusto, debidamente indexadas. También la gravó en costas.

Reflexionó no estar acreditado que Montgomery Coal Ltda., Eliécer Peñaranda Zuluaga, Luis Arnoldo Zuluaga Zuluaga y Harold Zuluaga les dieran instrucciones a los demandantes, en tanto dijo, ninguna prueba permite evidenciar algún tipo de subordinación, por lo que se abstuvo de imponer condenas en su contra. Precisó que entre ADM Global Coal SAS y Montgomery Coal Ltda., se suscribió un contrato de mandato mediante el cual

la primera funge en calidad de delegada sin representación (fl 579), y en cuyo objeto, el mandante Montgomery Coal Ltda. le confiere autorización para realizar labores de administración, como celebrar contratos laborales a término fijo inferiores a un año, bajo modalidad indefinida y de naturaleza civil, que considerara pertinentes para la debida gestión. Razón por cual, infirió, a ADM Global Coal SAS se le encomendó la administración en concesión de la Mina, existiendo un vínculo de carácter privado entre las demandadas bajo las previsiones de dicho contrato. Concluye así que ADM Global Coal SAS fue la empresa que procedió a la vinculación de los actores, utilizando la figura de la tercerización laboral, vinculándolos como mineros para que prestaran sus servicios en la Mina Montgomery Ltda.

Adujo que para declarar un contrato realidad con la empresa usuaria -Montgomery Coal Ltda.-, debía acreditarse que los demandantes eran sus subordinados, hecho que alude, no fue probado. Aseguro, sí ocurrió ello respecto de ADM Global Coal SAS, quien liquidó a los actores. Acotó que la tercerización fue simulada, pues no vio que esta última fuese independiente y autónoma por el mandato que le fue conferido, empero, la consideró legal. Reiteró que la empresa beneficiaria no vinculó personal. Mencionó lo dispuesto en el artículo 34 CST, cual establece la responsabilidad solidaria entre la empresa tercerizadora y la usuaria, sin embargo, se abstuvo de estudiarlo al resaltar que tal circunstancia fáctica no fue invocada o debatida por los demandantes.

RECURSO DE APELACIÓN: Los demandantes aspiran a que se acceda a la totalidad de las súplicas. Manifiestan que la providencia contiene yerros que los lesionan pues no se tuvo en cuenta la manifestación hecha por Luis Arnoldo Zuluaga -socio de Montgomery Ltda.- en la audiencia del 29 de agosto de 2018, ni la confesión de Henry Harold Cubides Rojas, en calidad de representante legal de ADM Global Coal SAS. Señalan que se desconoció que de manera clara y expresa se aceptó que fueron vinculados por la demandada Montgomery Limitada.

Solicitaron también, se tenga por nula la suspensión de la audiencia celebrada por el *a-quo* el 3 de marzo de 2021, porque éste se excedió en sus facultades legales. Consideran que "*obligó y sometió a los demandantes a suspender la audiencia que el mismo había iniciado cuando el apoderado Fabián Humberto Corzo Meléndez, lanzaba insinuaciones de que iba a salir corriendo de la audiencia y así lo hizo*, *ese comportamiento es un fraude procesal, porque entorpeció la audiencia de trámite y le quitó el derecho de interrogar a los testigos Jorge Eliécer Peñaranda Zuluaga, Luis Arnoldo Zuluaga Zuluaga, y al demandado Henry Harold Cubides Rosas*." Manifiestan que los efectos jurídicos de la suspensión de la diligencia cambiaron el rumbo del proceso. Estiman que se debió declarar la confesión ficta del artículo 205 del CGP al ser aplicable al caso concreto y, practicar los testimonios. Insisten en que el comportamiento del apoderado Fabián Humberto Corzo Meléndez fue una prueba de que los demandados fueron renuentes porque nunca se presentaron.

Arguyen que del contenido del documento que milita en el proceso (fls. 312 a 331), se colige que su verdadero empleador es Montgomery Ltda., pues allí, Henry Cubides, confesó bajo gravedad de juramento, que Montgomery Ltda., Luis Arnoldo Zuluaga y Jorge Eliécer los llamaron y contrataron para crear la empresa ADM Global SAS con el objeto de explotar el carbón de la mina y que, con la venta del mismo, recibirían pagos para cancelar los salarios de los trabajadores. Consideran que fue mal interpretado por el juzgador de primer grado el artículo 46 CST.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Los demandantes replicaron los argumentos expuestos en su apelación. La pasiva no alegó.

3o. CONSIDERACIONES

Al evidenciarse que aun cuando en gran parte de los argumentos expuestos en la alzada se sostiene que quien fungió como verdadero empleador fue

Montgomery Coal Ltda., el extremo activo insiste en que ésta última ha de responder por la totalidad de emolumentos laborales deprecados *"por beneficiarse directamente del servicio prestado", d*áfano deviene que habiéndose declarado la existencia de contrato de trabajo entre los demandantes y la empresa ADM Global Coal SAS, sin que tal aspecto fuese cuestionado por dicha sociedad, el problema jurídico consiste en determinar si se cumplen o no los presupuestos exigidos en la normatividad vigente para la declaratoria de responsabilidad solidaria de Montgomery Coal Ltda. frente a las condenas impuestas por el juez *A Quo*.

Lo anterior, porque aun cuando discuten los recurrentes que se encuentra plenamente acreditado que su verdadero empleador fue Montgomery Coal Ltda., ha de advertirse desde ya, resulta inviable emitir pronunciamiento al respecto porque tal aspecto no fue objeto de la controversia. Mírese como desde la formulación del petitum el extremo activo direccionó y limitó las súplicas a la declaratoria de solidaridad de Global Coal SAS y Montgomery Coal Ltda. frente al pago de los salarios, cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, ropa y calzado de labor, la sanción del artículo 99 numeral 3° de la Ley 50 de 1990, aportes al sistema de seguridad social integral; asimismo, los hechos se orientaron a la demostración de la prestación del servicio de los actores a las demandadas; sin que en manera alguna se hiciera siquiera mención a la existencia de relación laboral directa con Montgomery Coal Ltda. como el único y verdadero empleador.

Admitir lo contrario, dígase, resolver de fondo la pretensión de contrato realidad de cara a la sociedad limitada, se traduce en la transgresión de las garantías superiores de defensa y debido proceso que también le asisten a las enjuiciadas, puesto que no tuvieron oportunidad de plantear estrategia de defensa frente a tal pedimento porque naturalmente, se trata de un hecho nuevo, ajeno a la fijación del litigio, que con apego en las posturas jurisprudenciales del órgano de cierre, resulta imposible respaldar (Ver sentencia SL602 de 2013).

En tal línea, para resolver, resulta oportuno precisar, que para determinar la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 34 del CST, debe haber una correspondencia entre las actividades ejecutadas por el trabajador y la empresa beneficiaria de la obra, ya que, como se dijo, el objetivo de la figura legal en comento es que la empresa no evada la vinculación directa de los trabajadores necesarios para explotar su objeto social o económico. En esa medida, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 30997 del 17 de junio de 2008, precisó que no todas las actividades prestadas por los trabajadores de los contratistas, hacen que surja la solidaridad para la beneficiaria, pues solo ocurre ello cuando se trata de aquellas labores propias o esenciales de esta última.

En el mismo sendero, el órgano de cúspide de la jurisdicción ordinaria, en sentencia reciente SL 334 de 2020, dispuso que para el establecimiento de la mencionada solidaridad, debe analizarse la labor individualmente desarrollada por el trabajador, para determinar si ella se corresponde con las actividades inherentes o esenciales al giro ordinario de la empresa usuaria.

El precepto en mención, tiene un alcance de vital importancia, toda vez que pretende la protección de los trabajadores frente a la posibilidad de que el empresario quiera desarrollar su explotación económica por conducto de contratistas con el propósito fraudulento de evadir su responsabilidad laboral, como lo indicó la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 9881 del 10 de septiembre de 1997.

En el sub judice, del contenido del certificado de existencia y representación de la sociedad Montgomery Coal Ltda. (fls. 13 a 17), se observa que la misma tiene por objeto social "(…)*efectuar operaciones de comercio exterior y principalmente, orientada sus actividades hacia la promoción y comercialización de productos colombianos en los mercados externos, así, como la importación de bienes e insumos para abastecer el mercado interno o para la elaboración de bienes que posteriormente serán exportados y acogerse a los beneficios que otorga la Ley 677 de 2001 … en desarrollo a esta objeto social y en forma adicional la sociedad cumplirá con las siguientes actividades:* ***1. La***

prospección, exploración, explotación, extracción, beneficio, transporte, transformación, acopio, compra, venta, comercialización, compensaciones y exportaciones de carbón todos los minerales derivados de este y otros minerales metálicos o no metálicos. 2. Exploración y explotación de yacimientos mineros y canteras. 3. Desarrollar todas las actividades relacionadas con la industria minera y demás recursos naturales no renovables y renovables, minerales metálicos y no metálicos.” **.** De lo expuesto se extrae que la actividad relacionada con la minería se encuentra dentro del objeto social de Montgomery Coal Ltda., como un ejercicio adicional que puede ejecutar, pero fue utilizada como actividad comercial principal en la celebración del contrato de concesión EI5-151, otorgado de acuerdo al programa de trabajo e inversiones aprobado por la Agencia Nacional de Minería. Siendo que en dicho acuerdo se estipuló con suficiente claridad que la codemandada tendría por única finalidad desarrollar las labores relacionadas con la minería (fl 287).

En tal escenario, resulta evidente la configuración del presupuesto legal exigido por el artículo 34 del CST para declarar la solidaridad perseguida por la parte activa, habida cuenta que, las actividades propiamente ejecutadas por los trabajadores, exactamente, la de mineros, se encuentran directamente vinculadas con el objeto económico que para ese momento aquélla debía desarrollar, que se itera, se relacionan con la industria minera y demás recursos naturales no renovables y renovables, minerales metálicos y no metálicos.

En otras palabras, resulta procedente la solidaridad reclamada, esto es, que la labor ejecutada por los demandantes sea inherente o propia a la actividad que desarrolla a quien se le está prestando el servicio o ejecutando la obra, tal y como lo indicó la CSJ en sentencia con radicado 30.997 del 17 de junio de 2008 y en las providencias citadas anteriormente. No asiste entonces razón al juez *a quo* cuando indica que no fue probada la relación de subordinación

entre los demandantes y Montgomery Coal Ltda., pues, tal tópico no constituye requisito sine qua non para la declaratoria de la solidaridad perseguida. Recuérdese que no se trata de otorgarle la calidad de empleador al beneficiario del servicio, sino de prever una garantía frente a los trabajadores, ya que, es claro que el empleador es la sociedad independiente, y el dueño de la obra tan solo funge como garante de éste para efectos laborales (SL3774-2021). Por tanto, se revocará parcialmente la decisión apelada en cuanto tuvo se abstuvo de declarar la solidaridad aquí demostrada.

Ahora, en lo que atañe al segundo aspecto de descontento de los demandantes, respecto a que el sentenciador de primer grado incurrió en yerros que lesionan sus intereses, por no haber tenido en cuenta la manifestación hecha por el codemandado Luis Arnoldo Zuluaga -socio de Montgomery Ltda.- en audiencia del 29 de agosto de 2018 y la confesión emanada del también enjuiciado Henry Harold Cubides Rojas - Representante Legal de Global Coal SAS, debe decirse que en el acta de la diligencia atacada (fl. 284) quedó constancia de que el demandado Luis Arnoldo Zuluaga se hizo presente al proceso como representante legal de Montgomery Coal Ltda. y manifestó ignorar la existencia del proceso en curso por residir fuera del país, pese a lo cual dio a conocer su ánimo conciliatorio. Fue así cuando los extremos solicitaron suspender el proceso por el término de un mes en aras de materializar tal posibilidad.

En tal línea, se observa que ninguna manifestación relevante para las resultas del proceso fue realizada por Zuluaga y pasada por alto el sentenciador de primer grado, pues si los apelantes pretendían demostrar con ello la calidad de socio de aquel, se precisa que tal prueba ya es verificable de cara al contenido del certificado de existencia y representación legal de Montgomery Ltda., porque allí funge como presidente de la sociedad (fls. 13 al 17).
Otra de las inconformidades de la parte demandante se circunscribe a que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que la curadora ad litem de los demandados aceptó de manera clara y expresa que sus representados fueron

vinculados con la demandada Montgomery Limitada. Del presente reproche debe advertirse que incurre en error el apelante puesto que en principio y de conformidad con el artículo 56 del CGP aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPT, es claro que a dicho auxiliar de la justicia le está vedado el disponer de los derechos en litigio, esto es, todos aquellos aspectos sobre los que existe controversia entre las partes, incluido el hecho de que los actores *"se encontraban vinculados a la demandada Montgomery Ltda."*. Aclárese que, aunque existe una delimitación legal respecto a las facultades de la referida profesional del derecho, en la realidad tampoco ocurrió lo señalado por el inconforme pues de acuerdo a lo revisado en la contestación de la demanda allegada al proceso, contrario a lo señalado, lo que se indicó por ella fue que *"no es suficiente las documentales aportadas para probar que los demandados prestaron los servicios para la parte pasiva generando dudas respecto a si los actores fueron o no contratados"* (fls. 142 al 149).

También se persigue con la alzada, la declaratoria de nulidad de la suspensión de la audiencia celebrada por el *a-quo* el 3 de marzo de 2021, porque para los actores, el director del proceso se excedió en sus facultades legales. Frente a este planteamiento ha de precisarse que no es la segunda instancia el escenario idóneo para su formulación en tanto que al presentarse dicha irregularidad en la etapa primigenia, es al operador judicial de primer grado a quien le compete resolverla luego de surtido el traslado correspondiente, no siendo viable pretermitir tal procedimiento.

Ahora, vale acotar que, para invocar las nulidades procesales dentro de un trámite en específico, se requiere esbozar alguna de las causales legales contempladas en el artículo 133 del CGP, aplicables al rito laboral por analogía dispuesta en el 145 del CPT y de la SS. En ese orden, no solo basta con plantear los hechos en que se fundamenta, sino también la de invocar la causal que se tipifica y aportar la prueba que pretenda hacer valer, requisitos indispensables para alegarla, so pena de que sea rechazada de plano cuando

se funda en una causal distinta a las reguladas taxativamente (artículo 135 CGP). Así, también se despachará desfavorablemente tal crítica.

En cuanto a la conducta presenciada en la audiencia de trámite por el apoderado Fabián Humberto Corzo Meléndez, esto es, haberse desconectado en medio de la diligencia, no se equivocó el juez de conocimiento al suspender la diligencia programada, pues se observó que en la misma fecha fue allegado por parte del apoderado prueba sumaria que justificó su desconexión de la audiencia virtual por problemas eléctricos dentro de las instalaciones de la empresa. Debe recordarse que por mandato del artículo 83 de la Carta Magna, *"(…) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.(…)"* En este sentido la Corte Constitucional ha señalado que la buena fe es un principio que "*de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume, y dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente(…)* (C-1194-2008), a la luz de dicho postulado, no se configura los presupuestos para que sea aplicable los efectos del artículo 205 del CGP.

Por último, consideran los demandantes, fue mal interpretado por el juez de primera instancia el artículo 46 del CST. Sobre el particular se debe señalar que ningún equívoco le es achacable de cara a la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y la empresa ADM Global SAS hasta el 26 de octubre de 2016, pues los mismos protagonistas procesales confesaron al absolver interrogatorios de partes, que dejaron de laborar para esa fecha, razón por la cual no pueden operar las prórrogas automáticas que persiguen, toda vez que resulta determinante para ello que hubieren continuado con la prestación del servicio, lo que naturalmente no ocurrió. Entonces, en acertada deviene la intelección del juez cuando fijó como extremo temporal final de los vínculos laborales, el 26 de octubre de 2016.

En síntesis, como quedó demostrada la prestación del servicio en beneficio de ADM Global Coal SAS se confirmará la decisión de primer grado, en

tanto declaró la existencia del contrato trabajo entre los demandantes y la sociedad por acciones simplificada, y ordenó el pago de las acreencias laborales causadas. Se revocará parcialmente, para hacer extensiva la condena a Montgomery Coal Ltda., quien deberá responder solidariamente por hallarse configurado el presupuesto legal del artículo 34 del CST.

Se declarará no probado el medio exceptivo que en dicha línea formuló la sociedad limitada, denominado *"inexistencia de las obligaciones reclamadas"*.

No se impondrán costas por prosperar parcialmente la alzada.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia del 5 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta. En su lugar, declarar extensiva la condena en forma solidaria frente a la codemandada Montgomery Coal Ltda; y **DECLARAR IMPRÓSPERAS** la excepción de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas"*.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Devuélvase al despacho de origen.

NOTIFIQUESE.

Los Magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Melissa M.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 4 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-002-2018-00275-00 promovido por **Miguel Alberto Ramírez, Jean Carlos Flórez Galeano, Juan Carlos Arteaga Contrera y Edgar Reinaldo Nieto Jaimes contra Gaat Security Group Ltda.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (Fl 52 al 75) Deprecan los actores se declare que sostuvieron con la pasiva relaciones laborales bajo la modalidad de contratos de trabajo por obra labor, así: **Miguel Alberto Ramírez Pabón** desde el 25 de julio del 2017 hasta el 27 de enero de 2018. **Jean Carlos Flores Galeano** desde el 7 de junio del 2017 hasta el 2 de abril de 2018, **Juan Carlos Arteaga Contreras** desde el 2 de septiembre de 2017 hasta el 2 de febrero de 2018 y **Edgar Reinaldo Nieto Jaimes** desde el 15 de septiembre de 2017 hasta el 28 de diciembre del mismo año. Como consecuencia de lo anterior, solicitan se condene al pago de primas de servicios, vacaciones, intereses a las cesantías, cesantías, salarios dejados de percibir por concepto de horas extras diurnas y nocturnas, dominicales, festivos, el pago de la sanción de que trata el articulo

65 CST y la sanción por el no pago de cesantías de conformidad con el artículo 99 numeral 6 de la Ley 50 de 1990.

Adujeron para ello: **1) Que** suscribieron contratos de obra labor con la demandada y durante la vigencia de los mismos estuvieron bajo la continuada subordinación y dependencia de Freddy Conde, Luis Balaguera y Osman Lizarazo, quienes eran los supervisores y trabajadores directos de Gaat Security Group Ltda. **2) Que** dentro de sus funciones se encontraban la de supervisar y autorizar desde portería el ingreso de residentes y visitantes en un conjunto cerrado, vigilar y custodiar mediante la modalidad de rondero las viviendas del conjunto, consignar a diario por escrito en el libro de minutas las novedades durante el turno como guarda de seguridad, prestar vigilancia y seguridad a las viviendas del complejo residencial, laborando en turnos de 6 am a 6 pm en semana intermedia y de 6 pm a 6 am en semana intermedia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl 98 al 107) **Gaat Security Group Ltda.,** se opuso a las pretensiones condenatorias y manifestó que se atiene a lo que resulte probado en el proceso. Adujo que Miguel Alberto Ramírez, Jean Carlos Flores Galeano, Juan Carlos Arteaga Contreras y Edgar Reinaldo Nieto Jaimes no aportaron prueba del contrato que dé cuenta de la prestación del servicio a su favor, que tampoco existe prueba de los extremos de la relación laboral ni de la existencia del contrato de trabajo. Manifestó que le corresponde a los actores acreditar la vigencia del contrato, la subordinación, los horarios en los cuales afirman se prestó el servicio y los cargos junto con las funciones alegadas. Indica que no le consta que se haya dado el impago de las acreencias laborales pretendidas.

Esgrimió las excepciones que denominó inexistencia de la obligación de pago de trabajo dominical, horas extras diurnas y nocturnas, trabajo festivo en la vigencia del año 2017 y 2018 de los trabajadores demandantes, falta de poder para demandar, inexistencia de la obligación de consignación de las cesantías

de los trabajadores a fondo de cesantías y consecuencialmente es inexistente la sanción prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el 4 de mayo de la calenda que avanza, declaró la existencia de contratos de trabajo entre los demandantes y Gaat Security Ltda., condenando a la referida al pago parcial de prestaciones sociales, cesantías, intereses de las mismas, vacaciones, la indemnización moratoria del articulo 65 CST, y a las costas del proceso.

Consideró que no existía controversia respecto de la existencia de los contratos de trabajo de obra o labor alegados por los actores. Indicó que la demandada no logró probar el pago de la totalidad de los derechos laborales tales como prestaciones sociales, cesantías, y vacaciones, pero si se evidencio unos pagos parciales. Explicó que los demandantes no acreditaron con exactitud qué días y qué horarios cumplieron en beneficio de la pasiva; refiere que la manifestación que hacen al respecto no permite la realización de un cálculo por concepto de horas extras, y en general por el trabajo suplementario deprecado. Finalmente adujo que tampoco se encontró demostrada la buena fe en el proceder de la entidad enjuiciada.

RECURSO DE APELACIÓN: La pasiva aspira a que se revoque la decisión en cuanto a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST. Manifestó que su actuar si fue revestido de buena fe. Argumenta que los pagos extemporáneos realizados a los trabajadores se dieron porque los clientes de la empresa demoraban los pagos, hecho que dice, reconocen aquéllos y, que sin embargo, procuró la cancelación de los emolumentos debidos que resultaron probados durante el proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La activa manifestó que la consideración expresada por la demandada en el recurso de apelación, no tiene la entidad probatoria, legal y jurisprudencial de controvertir lo decidido por el juez de primera instancia, por lo que solicita se confirme la sentencia impugnada. Indicó que aunque la empresa insiste en que hubo buena fe en su actuar porque los condominios donde prestaba el servicio de seguridad privada le adeudaban cuentas de cobro, ello no le exime de pagar de manera oportuna los salarios y prestaciones sociales de sus trabajadores, y tampoco la excusa de su actuar doloso, ya que, quedó demostrado que a la terminación del contrato no se pagó lo correspondiente a primas de servicios, cesantías e intereses y vacaciones, y también la no cancelación oportuna de los salarios.

La pasiva, pese al traslado concedido, no alegó de conclusión.

3o. CONSIDERACIONES

Como en el libelo introductor se anuncia que los litigantes en la realidad estuvieron atados por un contrato de trabajo de obra o labor, a lo cual finalmente accedió la primera instancia cuando declaró la existencia de un convenio de esta índole, y que la pasiva no manifestó desacuerdo respecto a dicha determinación, en consonancia con la apelación el problema jurídico consiste en determinar si la empresa enjuiciada tuvo o no una conducta revestida de buena fe frente al impago de las acreencias laborales adeudadas a los demandantes.

Como se recuerda, la demandada manifestó inconformidad respecto a la decisión de primer grado en tanto el *a-quo* consideró que en el incumplimiento del pago de las acreencias laborales adeudadas a los demandantes no hubo una conducta provista de buena fe.

De cara a la **indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del CST**, debe memorarse que no es de aplicación automática, pues a la luz de la jurisprudencia como fuente de derecho, dicha sanción es procedente **si**

el empleador no suministra elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe. En otras palabras, la indemnización opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, que respalden un comportamiento asistido de buena fe. A título de ejemplo se tienen las sentencias SL15.507-2015, SL8216-2016 y SL6621-2017. Buena fe que es la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude, es decir, obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe.

Como para controvertir la condena impuesta (artículo 65 CST) discute la encartada haber actuado de buena fe pues los pagos extemporáneos realizados a los trabajadores se dieron porque sus clientes, esto es, los condominios residenciales que recibían el servicio de vigilancia, demoraban los pagos, hecho que dice reconocen los mismos y que sin embargo, procuró la cancelación de los emolumentos debidos que resultaron probados durante el proceso, necesario resulta auscultar el acervo probatorio para verificar la verdad o no de tal aserto.

En cuanto al dicho de que el no pago de las acreencias laborales se debió al incumplimiento por parte de los contratantes del servicio de vigilancia (condominios), desde ya, cabe señalar que tal afirmación no encuentra respaldo alguno en los medios de convicción obrantes. En efecto, véase que del interrogatorio de parte practicado a cada uno de los trabajadores, se extrae que existía un rumor del referido incumplimiento para con la pasiva, pero, ello, no era una situación conocida por los prestadores de laborío porque la empresa se lo hubiere hecho saber; así, Juan Carlos Arteaga Contreras precisó que "*cuando me pagaron el $1.200.000 pregunté por mi liquidación y me respondieron que después me pagaban y cuando iba a cobrarles me contestaban que no tenían la plata y a la fecha ni si quiera me han llamado, nada de nada.*" De otro lado, Jean Carlos Flores Galeano, indicó "*no continué laborando porque nos demoraban mucho los pagos, no nos daban descanso*" "*Según ellos decían que no nos pagaban porque el condominio donde laboraba les adeudaba plata, y nosotros hablábamos con la*

administradora y ella le tenía los cheques al día y ellos siempre nos demoraban los pagos" por su parte Miguel Alberto Ramírez Pabón, indicó que "*salió por Facebook, por noticias de unos compañeros que trabajaron con ellos donde hicieron manifestaciones y plantones por el no pago de las liquidaciones ya prestadas cuando ellos se retiraron.".* *D*eclaraciones sobre las que guardó silencio Gaat Security Group Ltda., denotando el reiterado incumplimiento de los pagos y el desconocimiento de los trabajadores sobre las razones reales de dicha conducta.

A partir de lo expuesto, dable es pregonar que no existió un actuar provisto de buena fe en tal situación, como lo quiere hacer ver la encartada, pues, las razones que fundamenta para tal no se encuentran acompañadas de ningún medio de prueba que así lo respalde. Lo que sí se evidencia, es la falta de pago de los salarios y acreencias laborales deprecadas.

Cabe señalar que no debe perderse de vista que el empleador, como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N., artículo 333). Igualmente que no basta afirmar la presencia de determinada circunstancia arropada de un actuar recto, acomodado a la legalidad, lleno de probidad, sino que, el empleador debe suministrar los elementos de persuasión que acrediten el mismo, lo cual evidentemente en el caso presente no ocurre.

Bajo los anteriores parámetros le asiste razón al operador judicial de primera instancia al considerar procedente la condena por concepto de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST.

En síntesis, como quedaron demostrados los vínculos laborales que se dieron a través de contratos de trabajo por obra o labor entre Miguel Alberto Ramírez, Jean Carlos Flórez Galeano, Juan Carlos Arteaga Contreras y Edgar Reinaldo Nieto Jaimes y Gaat Security Group Ltda., se confirmará la decisión

de primer grado, en tanto declaró la existencia de tales, ordenando en consecuencia el pago de las acreencias laborales causadas y dispuso la condena de indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas a la demandada Gaat Security Group Ltda., por no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada $200.000 a favor de cada uno de los actores. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 4 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta. S**EGUNDO.- COSTAS** a cargo de la pasiva. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de $200.000 a favor de cada uno de los actores. Liquídense de manera concentrada en el Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Melissa M.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____

Secretario

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

Treinta (30) de Septiembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	**54-001-31-05-002-2019-00036-00**
RADICADO INTERNO:	19.354
DEMANDANTE:	GUSTAVO NUMA JACOME y MARÍA EUGENIA RAAD
DEMANDADO:	PORVENIR S.A

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor GUSTAVO NUMA JACOME y MARÍA EUGENIA RAAD contra PORVENIR S.A Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2019-00036-00, y Radicación Interna No 19.354 de este Tribunal Superior, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 19 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

Los señores GUSTAVO NUMA JACOME y MARÍA EUGENIA RAAD, mediante apoderado judicial, presentaron demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A para que se le ordene reconocer y pagar la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de su hijo CARLOS ANDRES NUMA RAAD desde su muerte ocurrida el 4 de enero de 2017, junto con el retroactivo pensional y las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como por los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 causados desde la fecha en cita hasta el pago efectivo de la mesada.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que el señor CARLOS ANDRES NUMA RAAD era hijo de los demandantes GUSTAVO NUMA JACOME y MARÍA EUGENIA RAAD DE NUMA, y dependían económicamente del causante pues el causante realizaba transacciones a la cuenta de su abuela porque los accionantes no contaban con cuenta bancaria, y adicionalmente era el encargado de realizar los pagos de salud de su señora madre, y los aportes de pila desde la cuenta bancaria del causante.

Que en contestación del 27 de septiembre de 2017 y 6 de octubre de 2017, PORVENIR S.A., indicó a los demandantes que no acreditan la condición de beneficiarios teniendo en cuenta que al momento del fallecimiento del señor CARLOS ANDRES NUMA RAAD no dependían económicamente de él.
Admitida la demanda en auto del 19 de febrero de 2019, y notificada personalmente, la demandada AFP PORVENIR S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones por cuanto es requisito *sine qua non* para que los padres del afiliado fallecido sean beneficiarios de la pensión de sobrevivientes que exista dependencia económica del padre y/o madre del hijo fallecido,

situación que no está plenamente probada, propone como excepciones INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, e INNOMINADA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia del 19 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió lo siguiente:

> *"**PRIMERO:** DECLARAR que los señores GUSTAVO NUMA JÁCOME y MARÍA EUGENIA RAAD, tiene derecho en un 50% cada uno, a la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su hijo CARLOS ANDRÉS NUMA RAAD, el día 4 de enero de 2017, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.*
>
> ***SEGUNDO:** CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a favor de los demandantes los siguientes conceptos:*
>
> *a. El retroactivo pensional causado desde el día 5 de enero de 2017 correspondiente a las mesadas pensionales que han transcurrido hasta la fecha en que se profiera esta providencia, y que asciende a la suma de $71.016.129.*
>
> *b. Las mesadas pensionales que se causen con posterioridad a esta decisión.*
>
> *c. Los intereses moratorios, dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas pensionales que se hayan causado, desde el mes de enero del año 2017, hasta cuando se efectué su pago.*
>
> ***TERCERO:** CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada AFP PORVENIR S.A., Fijar como agencias en derecho en favor de los demandantes en la suma de DOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES."*

2.2. Fundamentos de la Decisión de Primera Instancia

El Juez *a quo* fundamentó su decisión en los siguientes aspectos:

- Que para resolver el problema jurídico respecto a si el causante CARLOS ANDRES NUMA RAAD, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, se hacía necesario analizar los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que el señor CARLOS ANDRES NUMA RAAD falleció el 4 de enero de 2017.
- Que la norma anteriormente citada establece en su numeral segundo que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca siempre y cuando este hubiere cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al fallecimiento, situación que en el presente caso se logró acreditar como quiera que el señor CARLOS ANDRES NUMA RAAD, en calidad de afiliado, y al momento de su muerte el día 4 de enero de 2017, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes algunos de sus beneficiarios, pues de conformidad con la historia laboral o reporte de ahorro en el régimen de ahorro individual con solidaridad se

advierte que con creces el causante cotizó más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento del causante.

- Que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cual establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de conformidad con el literal d), a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, los padres del causante que dependan económicamente de éste.

- Que en el presente caso se encuentra acreditado el parentesco entre los demandante y el causante, y en cuanto a la dependencia económica de los beneficiarios respecto al causante señaló que está se encuentra acreditada con las pruebas documentales y los testigos GLADYS LEMUS, RENZO PORTILLO y ANA MILENA NUMA, pues en dichas declaraciones de manera clara y precisa permiten evidenciar que efectivamente al momento del fallecimiento del señor CARLOS ANDRES NUMA RAAD, los demandantes dependían económicamente de él, pues el señor GUSTAVO NUMA tan pronto quebró en su negocio de venta de repuestos, su hijo CARLOS ANDRES empezó apoyar económicamente en el sostenimiento de sus padres, entregando una ayuda periódica y constante, que fue incrementándose después de cierto tiempo y destinada a cubrir los gastos de arriendo, salud y alimentación de sus progenitores, y también el pago de ciertos servicios.

- Que la ayuda económica era entregada a través de transferencias que el causante hacia a la cuenta de ahorro de su abuela porque sus padres nunca manejaron cuenta de ahorros, y que según los testigos esta suma era de aproximadamente $2.000.000 mensuales, los cuales si bien no se encuentran acreditados al interior del plenario, lo cierto es que el dinero que mensualmente transfería el causante era representativo para advertir que existía una dependencia económica.

- Lo anterior, se corroboró con las documentales allegadas al proceso por parte de los demandantes, y particularmente con las transferencias, y movimientos bancarios de las cuentas de la señora GLADYS LEMUS y del causante CARLOS ANDRES, de los cuales se evidenció que por lo menos un año antes al fallecimiento era constante las transferencias del señor CARLOS ANDRES en favor de sus padres a través de la cuenta de la señora GLADYS LEMUS

- Por lo anterior, declaró que a los demandantes les asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y por ende no son de recibo los argumentos expuestos por la parte demandada para advertir que no se encontraba acreditada la dependencia económica.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1 A.F.P. PORVENIR S.A

El apoderado de la demanda sustentó el recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Considera que la dependencia económica no fue acreditada en este proceso por cuanto no se precisó el monto o valor de la ayuda económica que presuntamente el afiliado fallecido daba a sus padres, pues las pruebas obrantes en el expediente son contradictorias, explica al respecto, que en el testimonio rendido por el Señor Renzo Portillo Páez no se precisa cifra alguna; en caso de la hermana Ana Milena, se habla de una cifra de $2.000.000 pero que en el análisis que hizo el *a quo* de las pruebas

documentales, como extractos bancarios, el juzgado expresó que los mismos ascienden a la suma de $500.000, por lo que no se tiene probado el valor del aporte.

- Que además de lo anterior, tampoco se acredita en debida forma las condiciones mínimas de subsistencia del hogar de los demandantes, pues la hija quien fue testigo enlistó una serie de gastos de manutención a los cuales el señor Juez le dio credibilidad pero descartó lo dicho por ella en cuanto a que el valor de la ayuda que daba su hermano a sus padres era de $2.000.000, frente a lo cual consideró que el Juez *a quo* dividió la prueba, y con ello vulnera el principio de inescindibilidad de la prueba, pues la misma se debe valorar en su integridad, y al presentarse dicha falencia, el testimonio de la señora Ana Milena ha sido sobre valorado por el juzgado.

- De igual manera, señaló que a nadie se le es posible preconstituir su prueba, y ello tiene una incidencia en los interrogatorios de parte debido que este tiene relevancia es cuando se profieren una serie de confesiones, y en este caso no se puede tomar como un hecho probado lo manifestado por la demandante en cuanto al valor de sus gastos pues es lo que ella misma señala; además indicó que su declaración es contradictoria con la del demandante pues este manifiesta desconocer cuanto era el aporte y cuanto eran los gastos del hogar.

- En cuanto a los testimonios del señor RENZO PORTILLO y GLADYS LEMUS manifestó que el primero simplemente se limitó a decir que era muy amigo del afiliado fallecido, pero no ofrece mayores datos precisos para establecer los hechos de la demanda; y la segunda testigo indicó que efectivamente tenía una cuenta bancaria, pero no sabia en cuanto ascendía los giros, es decir no tenía manejo de la cuenta bancaria, por lo que de poco o nada aporta al proceso.

- En conclusión, indicó que no se encuentra probado el valor del aporte, y tampoco se encuentran probados los gastos de manutención de la familia o del hogar y bajo estos dos entendidos no puede concluirse la existencia del derecho en favor de los demandantes, por cuanto no fue posible determinar la dependencia económica, la subordinación de los demandantes a esta presunta ayuda.

- Que cuando se trata de testimonios rendidos por los familiares del actor del proceso, impide que puedan ser valorados con la misma imparcialidad que los de una persona ajena al hogar, por lo que las pruebas pertinentes para el presente caso deben ser las documentales para efectos de establecer en cuanto asciende esa ayuda.

- Otra inconformidad radica en la forma como se calcula el retroactivo, pues dice que según el señor Juez este se realizó con fundamento en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, por lo que fijó un posible monto de la pensión, pero el la demandada considera que las pruebas documentales específicamente el estado de cuentas que reposa en el expediente no permite determinar cuanto seria el valor de la mesada pensional y cuando sería el valor del retroactivo, las semanas que se encuentran aportadas tampoco se ajustan a la realidad debido a que es un reporte con una fecha anterior al fallecimiento del causante y por ende no contempla la totalidad de las mesadas para así establecer el valor de la mesada pensional.

- Tampoco comparte la condena al interés moratorio debido a que la convicción que obtuvo el señor Juez la obtuvo de los testimonios practicados los cuales no existían al momento de la reclamación en tal sentido considera que la misma no es procedente; y no comparte la condena en costas por considerarla excesivas.

4. ALEGATOS

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión.

- **Parte Demandante:**

El apoderado de la parte demandante, advierte que en el presente caso está demostrada la DEPENDENCIA ECONOMICA de los PADRES de forma fehaciente, por cuanto es claro que el Señor CARLOS ANDRES NUMA RAAD, le proveía a sus padres el dinero necesario para solventar la alimentación, vestuario, vivienda e inclusive facilitando un vehiculó adquirido por el para el transporte de sus padres, como lo ratifican las pruebas documentales aportadas y los testigos que declararon dentro del trámite del proceso de primera instancia.

Que por una situación familiar de quiebra de un negocio familiar desde hace años, los padres del causante CARLOS ANDRES NUMA RAAD, no efectuaban labor alguna de forma constante y formal por lo que este último veía de la congrua subsistencia y de la manutención de sus padres de forma total, como queda corroborado en Traslados Cuentas (Transferencia cuenta de ahorros causante a la cuenta de su abuela GLADIS LEMUS DE RAAD) con destino a los accionantes para alimentación, arriendo y vestuario. (Visto a Folio 09 y subsiguientes).

Aspecto que corrobora la SEÑORA GLADIS LEMUS DE RAAD en su declaración, con lo que sin atisbo de duda considera cimentada de forma fehaciente la DEPENDENCIA ECONOMICA, y que se itera en el expediente conforme EXTRACTOS BANCARIOS DE CUENTA DE AHORROS DE CARLOS ANDRES NUMA RAAD No. 20536043880 con permanentes transferencias a la cuenta de ahorros No. 31853125973 Bancolombia donde figura como cuentahabiente la señora GLADIS LEMUS DE RAAD. TRANSFERENCIAS dirigidas a sus padres lo corrobora la mencionada señora LEMUS en su declaración como testigo.

Concluyó señalando que no existe AUTOSUFICIENCIA FINANCIERA de sus clientes, siendo evidente que mientras estuvo en vida el afiliado CARLOS ANDRES NUMA RAAD, era quien veía de la subsistencia digna de sus padres, es INHUMANO que pese a la claridad de los hechos y la probanza la demanda FONDO DE PENSIONES PORVENIR, niegue el reconocimiento pensional en lo referente a la PENSION DE SOBREVIVIENTES y persista de forma briosa en la oposición e impresión de oposición y defensa en este aspecto en donde resalta con claridad la existencia del derecho.

- **Parte Demandada:**

El apoderado de la parte demandada solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a Porvenir S.A. señalando que dentro del expediente no obra prueba documental, tales como recibos o facturas, que son las pruebas pertinentes para establecer los gastos de los señores demandantes y determinar las condiciones mínimas de subsistencia. Tal falencia se trata de suplir vía pruebas testimoniales, pero analizadas la mismas en la gran mayoría de las declaraciones no fue objeto de pronunciamiento por los testigos, y quienes se pronunciaron no fueron coincidentes en este punto, mucho menos se logró probar cuales de esas necesidades quedaron descubiertas con la ausencia del presunto auxilio brindado por el hijo de los señores demandantes.

Respecto a la cuantía y periodicidad del presunto auxilio recibido, de igual forma se allega una única prueba documental que resulta confusa e inteligible, consistente en extractos bancarios de una cuenta ajena a los

señores demandantes, donde la titular de la misma, no dio explicaciones o precisiones acerca del monto y periodicidad de la presunta ayuda que a través suyo se entregaba presuntamente a los señores demandantes.

Agregó que, en los interrogatorios de parte, el señor demandante Numa Jácome, no preciso la cuantía y periodicidad de la presunta ayuda económica y la señora demandante fue un poco más explícita, pero sin dar certeza de este tópico.

Que durante el proceso se logró establecer que los demandantes recibían ayuda de su otra hija y que la señora demandante realizaba actividades laborales que le generaban ingresos.

Lo anterior permite concluir que la parte demandante NO cumplió con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del CGP consistente en acreditar la hipótesis de hecho contenida en el literal d) del art. 47 de la Ley 100/1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que fue objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante sentencia C 111/2006, lo que amerita se revoque la sentencia en su integridad.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. DEL PROBLEMA JURÍDICO

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

1. Si los señores GUSTAVO NUMA JACOME y MARÍA EUGENIA RAAD tienen derecho a que la AFP PORVENIR S.A., les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes como consecuencia del fallecimiento de su hijo CARLOS ANDRES NUMA RAAD, así como también el retroactivo pensional y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

7. CONSIDERACIONES

7.1 Premisas Jurídicas

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

- Artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

7.2 Decisión de Fondo

En el presente caso, los señores GUSTAVO NUMA JACOME y MARÍA EUGENIA RAAD, solicitan que la AFP PORVENIR S.A les reconozca y pague la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de su hijo CARLOS ANDRES NUMA RAAD, el 4 de enero de 2017, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 causados desde la fecha en cita hasta el pago efectivo de la mesada.

El Juez *a quo,* concluyó con fundamento en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, norma que regula la situación jurídica discutida y sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que los demandantes demostraron la dependencia económica en relación con su hijo CARLOS ANDRES NUMA RAAD, toda vez que dedujo de las pruebas documentales obrantes al proceso, junto con el testimonio de Renzo Portillo Paez, Ana Milena Numa RAAD que efectivamente los padres de CARLOS ANDRES NUMA RAAD dependían económicamente de él, pues la ayuda económica que les brindaba a sus padres previo a su fallecimiento, era significativa, preponderante y constante, porque el dinero que ganaba producto de su trabajo, lo destinaba entre otras cosas para el sostenimiento del hogar, y para el pago de la seguridad social de su señora madre.

Inconforme con las anteriores conclusiones, la parte demandada expone que no se encuentra probado el valor del aporte, y tampoco se encuentran probados los gastos de manutención de la familia o del hogar, por lo que no puede concluirse la existencia del derecho en favor de los demandantes, por cuanto no fue posible determinar la dependencia económica, es decir, la subordinación de los demandantes a esta presunta ayuda; no está de acuerdo con el calculo del retroactivo y con la condena al pago de los intereses moratorios.

De acuerdo a lo anterior, no es objeto de controversia en el presente asunto, lo siguiente: (i) que los demandantes son los padres del causante CARLOS ANDRES NUMA RAAD (Folio 81 del expediente digital); (ii) que este falleció el 4 de enero de 2017 (Folio 83); (iii) que, dentro de los tres años anteriores, cotizó al sistema en pensión a través de la AFP accionada mas de 50 semanas (reporte de pagos de expediente administrativo); y, (iv) que realizaba aportes al hogar (estados de cuenta bancaria, testimonios, e interrogatorios de parte).

Por ende, el objeto de la controversia que la sociedad recurrente le propone a la Sala consiste en dilucidar si se equivocó el Juez *a quo* al dar por acreditada la dependencia económica de los actores respecto de su hijo fallecido, toda vez que la parte demandada alega en el recurso, que no puede concluirse la existencia del derecho en favor de los demandantes, por cuanto no fue posible probar la dependencia económica, por cuanto no se precisó el monto o valor de la ayuda económica

Para resolver lo anterior, cabe recordar que, en cuanto a la subordinación económica de los padres respecto de su hijo fallecido, exigida en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia indicó en sentencia SL14539 – 2016:

> *"De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe contar cuando menos con los siguientes elementos: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario; iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en*

> *función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia.*
>
> *"Así, la dependencia económica tiene como rasgo fundamental el hecho de que, una vez fallecido el causante y, por lo mismo, extinguida la relación de contribución económica hacia el presunto beneficiario, la solvencia de éste último se ve amenazada en importante nivel, de manera que pone en riesgo sus condiciones dignas de vida. Esto es, una persona es dependiente cuando no cuenta con grados suficientes de autonomía económica y su nivel de vida digna y decorosa está subordinada a los recursos provenientes del que fallece."*

De manera más reciente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3164 – 2021, indicó en cuanto a la subordinación económica de los padres respecto de su hijo fallecido: "*que no tiene que ser total y absoluta, por lo que la existencia de otros ingresos, rentas o recursos propios no conllevan, por sí solos, una total autonomía financiera por parte de los presuntos beneficiarios, pues, como ya se ha reiterado por esta corporación, no es necesario que se acredite un estado de mendicidad o indigencia para acceder así a la pensión de sobrevivientes. Sin embargo, esta Sala también ha enseñado que lo anterior no implica que cualquier contribución o estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser decisivo para acceder al derecho pensional*:

> *[…] pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas (CSJ SL4811-2014).*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala debe examinar si, a la luz de las pruebas obrantes al expediente, resulta equivocada o no la conclusión del *a quo*, en cuanto halló acreditada, la existencia de la dependencia económica de los padres demandantes respecto de su hijo fallecido, la cual, junto con la satisfacción de las semanas de cotización, que no son objeto de controversia en el presente asunto, son los presupuestos esenciales para hacerlos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes reclamada.

Al respecto, obran como pruebas las siguientes:

- Declaración extraprocesal rendida bajo la gravedad del juramento por la Señora MARÍA EUGENIA RAAD DE NUMA, y el Señor GUSTAVO NUMA JACOME en donde manifestaron que no cotizan pensión, no tienen trabajo fijo, no perciben pensión o sueldo y que dependían económicamente de su hijo CARLOS ANDRES NUMA RAAD, quien giraba a la cuenta de la señora madre de la declarante Gladis Lemus de Radd, porque no tienen cuentas bancarias. (folio 7 del expediente digital)

Respecto a las declaraciones extrajuicio recibidas para fines no judiciales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 de marzo de 2007, radicación 27593, indicó: "*las declaraciones extrajuicio recibidas para fines no judiciales, pueden tomarse "(…) como documentos declarativos provenientes de terceros, para cuya valoración, según el artículo 277 del C. P. C. (Mod. Art. 27, Ley 794/2003), no necesitan ratificación, salvo que la parte contraria lo solicite.", está acorde con la especial situación que se presenta en esta clase de procesos, porque equiparar el documento simplemente declarativo emanado de un tercero, que no es elaborado ni suscrito ante un Notario, con la declaración que ese mismo*

tercero realiza ante este funcionario público, que cuenta con el atributo de ser depositario de la fe pública, es perfectamente válido, en la medida en que, por lo menos, igual poder de convicción tienen estos dos medios de prueba, y no guardaría ninguna lógica, eximir de ratificación al primero, al paso que del segundo se exija el adelantamiento de tal formalidad dentro del proceso, siendo que, además, las declaraciones extrajuicio fueron rendidas bajo la gravedad del juramento".

Entonces, al ser las declaraciones extraproceso un documento perfectamente válido, para cuya valoración no necesitan ratificación y tampoco fue solicitada por la contraparte, la Sala las tendrá como prueba y valorará como documentos declarativos emanados de terceros.

De tal manera, al valorar el contenido de las referidas declaraciones extraprocesales, es preciso indicar que las declaraciones de MARÍA EUGENIA RAAD DE NUMA, y GUSTAVO NUMA JACOME, padres del causante, son claras y contundentes al manifestar que no perciben pensión o sueldo y que dependían económicamente de su hijo CARLOS ANDRES NUMA RAAD, quien giraba a la cuenta de la señora Gladis Lemus de Radd madre de la declarante, el dinero correspondiente para su sustento.

- Resumen de semanas cotizadas a Colpensiones por parte del causante CARLOS ANDRES NUMA RAAD, del periodo comprendido desde el 9 de febrero de 1994 hasta el 31 de agosto de 1999, donde en los últimos dos años de ese periodo cotizó sobre un salario de $472.000. (folio 13 del expediente digital)

- Estados de cuenta de ahorro de la Señora GALDIS LEMUS DE RAAD del 31 de diciembre de 2015 al 31 de marzo de 2017, donde se observan distintos traslados de dinero por diferentes valores, de la cuenta Bancolombia del causante a otra cuenta Bancolombia, sin especificarse el numero de cuenta de destino. (folio 19 a 43)

- Traslado al Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE BBVA del señor CARLOS ANDRES NUMA RAAD el 29 de junio de 2004, y a PORVENIR S.A de fecha 28 de noviembre de 2006. (folio 135, 137).

- Relación de aportes a la AFP PORVENIR S.A de julio de 2004 hasta junio de 2016 donde se registra un IBL para el 2007 de $1.700.000, 2008 de $1.260.000, 2009 de $1.323.000, 2010 $1.363.000, 2011 de $1.380.000, 2012 de $1.935.000, 2013 de $2.746.000, 2014 de $2.830.000, 2015 de $2.969.000, y 2016 de $2.969.000. (folio 161 a 173)

- Comunicación de fecha 1º de febrero de 2018, mediante la cual PORVENIR S.A le informa a los demandantes MARÍA EUGENIA RAAD DE NUMA, y GUSTAVO NUMA JACOME, que no cumple con los requisitos establecidos para su aprobación, teniendo en cuenta que no dependía económica de su hijo CARLOS ANDRES NUMA RAAD al momento del fallecimiento de él. (folio 211 y 213)

- Registro Civil de Defunción de CARLOS ANDRES NUMA RAAD de fecha 4 de enero de 2017. (folio 357)

- Testimonio del señor RENZO PORTILLO PÁEZ, indicó que es administrador de un parqueadero en la ciudad de Ocaña, que es amigo de la familia desde hace 30 años, porque llegaron a vivir al barrio donde el testigo vivía en esa época, que estudió con CARLOS ANDRES en el mismo colegio, y posteriormente mantuvo la amistad con el causante en la ciudad de Bogotá; explicó que el causante vivía con su pareja en la ciudad de Bogotá, que los padres siempre vivieron juntos en Ocaña,

e indicó que el demandante GUSTAVO NUMA JACOME desde hace más de 15 o 20 años no tiene trabajo debido a que tiene problemas con el alcohol, que en la época de estudio de CARLOS ANDRES el causante acudió a la ayuda de familiares para cubrir sus gastos de estudio ya que su padre por los problemas de alcohol no trabajaba; que la demandante era ama de casa; indicó además que los ingresos para el sostenimiento de los demandantes los obtenían en gran medida de la ayudaba que le brindaba CARLOS ANDRES y su hermana ANA MILENA, en cuanto al valor del aporte o ayudaba que brindaba CARLOS ANDRES a sus padres, contestó que no tiene conocimiento de la cifra exacta a pesar de la cercanía con la familia y especialmente con CARLOS ANDRES, porque nunca se atrevió hacerle ese tipo de pregunta a su amigo, pero que sí sabía que el aporte era significativo, porque los padres no recibían ningún ingreso, que el testigo da fe del esfuerzo y sacrificio con el que el causante trabajaba para sostener a sus padres incluso ayudaba a su hermana menor; indicó que no tuvo conocimiento de la forma como el testigo enviaba el dinero porque nunca le pregunto al causante; Señaló además, que la familia vivió inicialmente en casa propia y posteriormente por el problema de alcohol, el demandante tuvo en crisis económica y tuvieron que vender la casa y luego vivieron en arriendo; que la demandante hacía tortas por encargo y después de la muerte de CARLOS ANDRES desempeño está labor de manera mas continua.

- La testigo ANA MILENA NUMA RAAD, es hija de los demandantes, e indicó que su padre GUSTAVO NUMA JACOME laboró hasta 1996, tenia un almacén de repuestos pero por problemas económicos lo cerraron y desde ahí no ha vuelto a laborar debido al problema de alcoholismo que presenta su padre; explicó que su señora madre siempre se desempeñó como ama de casa y se defiende haciendo tortas pero que la venta era esporádica sobre pedido y que con eso pagaba el gas, pero que los demás gastos de la casa de sus padres los asumía su hermano mayor, él era el que pagaba los servicios, la alimentación, la ropa, y pagaba la salud de su señora madre; indicó que el causante tenia una novia por muchos años y en ocasiones los fines de semana se quedaba con él en su apartamento en Bogotá pero que cuando fallece él ya la pareja había terminado; indicó que con su hermano tomaron la decisión de vincular a su señora madre como cotizante en salud para que su padre fuera el beneficiario y el hermano era quien hacia el pago de la salud; Señaló que su hermano hacia el aporte a través de la cuenta bancaria de su abuela porque su señora madre no quería abrirla, que el valor del aporte era de $2.000.000 aproximadamente que a veces podían ser más o menos, dependiendo de la situaciones que se presentara porque también había unas deudas que cubrir, que con ese aporte se cancelaba el arriendo, gastos de servicios, la alimentación, se pagaba algunas deudas que se tenían; que los aportes de su hermano eran mensuales desde hace muchos años lo hacía desde que él empezó a trabajar, pues la testigo no puede hacerlo porque en su hogar su esposo es el que trabajaba; agregó que sin la ayuda de su hermano no podía cubrirse los gastos de la casa porque las tortas que hace su señora madre no alcanzan ni para el arriendo solo para el pago del gas.

  Agregó que el valor del arriendo donde vivían sus padres oscilaba entre $1.000.000 o $1.200.000, el mercado era de $600.000, una deuda que cancelar por $360.000 que era de su padre; los servicios de agua eran como $120.000, la energía no recuerda, y los pagos de salud se hacían por aportes en línea o pagos automáticos; indicó que su señora abuela es pensionada, y no les proporcionaba ayuda a sus padres; que con posterioridad a la muerte de su hermano el esposo de la testigo es el que ayuda a sus padres.

- La testigo GLADIS LEMUS DE RAAD, señaló que es pensionada, que es madre de la demandante, que el Señor GUSTAVO hace mucho tiempo tenía un negocio de repuestos que era familiar; indicó que CARLOS ANDRES le enviaba dinero por medio de transferencia a la cuenta de ahorros de la testigo, para el sostenimiento de sus padres; explicó que la tarjeta era manejada por su hija MARÍA EUGENIA RAAD DE NUMA, pues ella la tenía todo el tiempo y era quien le manejaba el dinero a la testigo; explicó que su hija hace tortas por pedido pero no sabe cuanto recibe por esa actividad.

- En interrogatorio de parte, la señora MARÍA EUGENIA RAAD DE NUMA, señaló que es ama de casa; explicó que su hijo antes del fallecimiento trabajaba en el Ministerio de las TIC, y les cancelaba el arriendo, la alimentación y el resto de cosas, y ayudaba a su hija María Paula, que era el único que colaboraba en el hogar porque su otra hija no podía porque vive del salario de su esposo; Indicó que su esposo no trabaja, que tuvo hace como 20 años un almacén de repuestos pero quebró; explicó que su hijo CARLOS ANDRES ganaba como $6.000.000 y era el encargado de todo los gastos del hogar, que desde el año 2004 su hijo CARLOS ANDRES los ayudaba económicamente, y después del fallecimiento de él, su hija ANA MILENA se encarga de los gastos porque ya tiene mejores condiciones económicas, y la venta de las tortas también le ayuda.

- En interrogatorio de parte, el señor GUSTAVO NUMA JACOME, señaló que tuvo un almacén de repuestos y lo terminó; explicó que su hijo CARLOS ANDRES era el encargado del sostenimiento de él y de su esposa porque no tenían otro ingreso; que su esposa era la que tenia conocimiento cuanto enviaba su hijo y cuales eran los gastos de su hogar.

A la luz de las pruebas anteriormente señaladas, se advierte que los demandantes efectivamente dependían económicamente del Señor CARLOS ANDRES NUMA RAAD, pues si bien la actora era la única que generaba un ingreso con la elaboración de tortas sobre pedido, este no alcanzaba a cubrir ni una tercera parte de los gastos de su núcleo familiar; por ende, conforme se evidenció con los movimientos bancarios aportados al expediente digital, y las pruebas testimoniales, era su hijo fallecido quien mensualmente hacia transferencias a la cuenta de ahorros de su abuela GLADIS LEMUS DE RAAD, por valores representativos, que superaban en ocasiones los $500.000 mensuales, con los cuales solventaban la totalidad de los gastos que tenían sus padres para su sobrevivencia; como arriendo, alimentación, transporte, y servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, la AFP PORVENIR S.A., señala que no se encuentra acreditada la dependencia económica por cuanto no se precisó el valor de la ayuda que presuntamente brindaba CARLOS ANDRES NUMA RAAD a sus padres; señala que el Señor RENZO PORTILLO PÁEZ, en su declaración no hizo precisión a cifra alguna, y en el relato de la hermana ANA MILENA NUMA RAAD, si bien, se habla de una cifra de $2.000.000, en el análisis que hizo el *a quo* de las pruebas documentales, como extractos bancarios, se expresó que los mismos ascienden a la suma de $500.000, por lo que considera el recurrente que no se tiene probado el valor del aporte.

Al respecto, debe decirse que la acreditación del presupuesto de la dependencia económica exigida en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no está sometida al hecho de precisar el valor de la contribución o estipendió que el hijo fallecido le otorgue a sus padres, pues lo determinante para acceder al derecho pensional reclamado, *es demostrar el suministro regular y*

periódico de recursos significativos de la persona fallecida, respecto al total de ingresos de los beneficiarios, de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba para mantener unas condiciones de vida digna.

En el presente caso, conforme se indicó con anterioridad, al confrontar los estados de cuenta o movimientos bancarios aportados al expediente digital de la señora GLADIS LEMUS DE RAAD y el señor CARLOS ANDRES NUMA RAAD durante el periodo comprendido de diciembre de 2015 a diciembre de 2016, permiten constatar que mensualmente durante todo el periodo 2016, el causante giró a la cuenta de su abuela la siguientes sumas de dinero; $300.000 en el mes de enero de 2016, para febrero $1.900.000, en el mes de marzo $1.250.000, para abril $500.000, en mayo $1.800.000, junio $220.000, julio $740.000, agosto $220.000, septiembre $2.020.000, octubre $550.000, noviembre $220.000, y en diciembre de 2016 $6.500.000.

Para la Sala, estas contribuciones resultan representativas si se tiene en cuenta que el único ingreso de los padres del hijo fallecido era de $200.000 mensuales que provenía de la venta de tortas sobre pedido de su señora madre, además tenían a cargo obligaciones mensuales, las cuales según afirmó la testigo ANA MILENA NUMA RAAD, corresponden a pago de arriendo por valor del $1.000.000 o $1.200.000, alimentación por una suma alrededor de $600.000, una deuda que cancelar por $360.000 que fue adquirida por su padre, y los servicios públicos domiciliarios por poco más de $120.000.

Manifestaciones que para la Sala son de total credibilidad si se tiene en cuenta que, por lo general, los miembros del núcleo familiar son las personas más idóneas para declarar acerca de cuales son los gastos mensual de la familia, pues nadie mejor que ellos percibe o presencia las vicisitudes que surgen en el seno de la unión marital, además de tratarse de aspectos íntimos de la familia, que por lo general no suelen ser comentados a terceros.

Cabe precisar al respecto, que "la ley procesal no establece ninguna presunción de sospecha contra el testigo por el mero hecho de su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, o por sus antecedentes personales u otras causas, sino que deja tal valoración "*al concepto del juez*"; criterio que debe estar soportado en la coherencia de la declaración y en su correspondencia con el contexto de significado". (SC18595 de 2016)

Lo cual aconteció con la declaración de la señora ANA MILENA NUMA RAAD pues su exposición sobre la condición económica de sus padres fue clara, espontanea, y coherente, y se encuentra respaldada con las pruebas documentales aportadas al expediente, y con el testimonio del señor RENZO PORTILLO PAEZ cuando afirmó que la ayuda de su amigo fallecido hacia sus padres era vital para el sostenimiento de ellos, pues no recibían ningún otro ingreso; de manera que para la Sala la declaración de ANA MILENA no se puede inferir un motivo serio que afecte la versión de la deponente, por lo que no existen razones válidas para restarle credibilidad o tildarla de sospechosa.

Adicionalmente, de las respuestas dadas por los absolventes de los interrogatorios, no se advierte que haya contradicciones en los términos sugeridos por el recurrente, en la medida que si bien el señor GUSTAVO NUMA JACOME no preciso el monto que su hijo le enviaba mensualmente, ni tampoco identificó cuales eran los gastos de su hogar, si fue concordante con la señora MARÍA EUGENIA RAAD DE NUMA al señalar que dependían

económicamente de su hijo y que era él quien en vida se encargaba de girar a la cuenta de ahorros de su abuela, que era manejada por la actora, el aporte necesario para solventar la totalidad de los gastos de sus padres, lo cual resulta suficiente para acreditar la dependencia económica de estos respecto de su hijo fallecido.

Indica además el recurrente en cuanto a la valoración probatoria que hizo el Juez *a quo* al testimonio de la Señora ANA MILENA NUMA RAAD, que le dio credibilidad a su exposición sobre los gastos de sus padres, pero descartó lo dicho por ella en cuanto a que el valor de la ayuda que daba su hermano a sus padres era de $2.000.000, con lo cual considera la parte demandada se vulnera el principio de inescindibilidad de la prueba, pues la misma se debió valorar en su integridad.

Como primer aspecto debe decirse, que el principio de inescindibilidad se entiende respecto de la norma, y consiste en entender que las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden ser divididas para resolver con parte de ellas y parte de otras el caso que se trate.

Por otra parte, en cuanto a la apreciación de las pruebas, el artículo 176 del CGP señala que: "*Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.*

Así mismo, a la luz del artículo 61 del CPTSS, los jueces del trabajo y de la seguridad social gozan de la facultad de apreciar libremente los elementos probatorios para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en las pruebas que más los induzcan a hallar la verdad, exponiendo los motivos que le permitieron formar su convencimiento, que fue exactamente como procedió en este asunto el Juez *a quo* al sopesar las pruebas documentales y testimonios que demuestran que la contribución del hijo fallecido a sus padres era permanente y significativa frente a los gastos, e ingresos mensuales que tenían estos, pruebas que demuestra sin lugar a dudas la dependencia económica.

Adicionalmente, la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral, tiene adoctrinado que la carga de la prueba de la dependencia económica, «*corresponde a los padres-demandantes y, al demandado, el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas*» (CSJ SL6390-2016, rad. 48064), carga probatoria que fue atendida por los promotores del proceso, quienes demostraron la dependencia económica, pero no así por la demandada que no lograron acreditar que los progenitores del causante fueran autosuficientes económicamente.

Refiere también la demandada en el recurso, que las pruebas documentales, específicamente el estado de cuentas que reposa en el expediente no contempla la totalidad de las mesadas para así determinar cuanto sería el valor de la mesada pensional y cuando sería el valor del retroactivo; sin embargo, a folios 161 a 173 obra la relación de aportes a la AFP PORVENIR S.A de julio de 2004 hasta junio de 2016 donde se registra un IBL para el 2007 de $1.700.000, 2008 de $1.260.000, 2009 de $1.323.000, 2010 $1.363.000, 2011 de $1.380.000, 2012 de $1.935.000, 2013 de $2.746.000, 2014 de $2.830.000, 2015 de $2.969.000, y 2016 de $2.969.000, los cuales permiten determinar el valor de la mesada y el retroactivo a reconocer a los demandantes.

En consecuencia, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el IBL será el de los últimos 10 años, y teniendo en cuenta que en su historia laboral no cotizó más de 1.200 semanas, se le aplicará una tasa de remplazo del 45% más 2% por cada 50 adicionales a las primeras 500, por lo que al tener 870 semanas se adiciona 14% para una tasa de 59%, que arroja una mesada pensional de $ 1.569.438,23, correspondiéndole a cada demandante la suma de $784.719 y un retroactivo pensional de $50.181.501,60 para cada uno de los demandantes; tal y como se desprende a continuación:

TOTAL DIAS	3600
TOTAL SEMANAS	514,29

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	$ 2.660.064,79
SEMANAS COTIZADAS	514
PENSION A RECONOCER	$ 1.569.438,23
PORCENTAJE APLICADO	59%

Total semanas cotizadas 874.86 (610 en Porvenir y 264.86 en Colpensiones)

45% por las primeras 500 semanas, 2% por cada 50 adicionales. El rango 850-899 adiciona 14%.

Año	**Mesada**	**IPC**	**50% c/u**	**No. Mesada**	**Retroactivo padres**
2017	$1.569.438,23	4,09%	$784.719,12	12,9	$10.122.876,58
2018	$1.633.628,25	3,18%	$816.814,13	13	$10.618.583,65
2019	$1.685.577,63	3,80%	$842.788,82	13	$10.956.254,61
2020	$1.749.629,58	1,61%	$874.814,79	13	$11.372.592,28
2021	$1.777.798,62		$888.899,31	8	$7.111.194,47
					$50.181.501,60

En consecuencia, se advierte que es procedente modificar el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el sentido de identificar el valor de la mesada pensional total en $1.569.438,23, correspondiendo 50% a cada uno de los actores equivalente a la suma de $784.719,12 para el año 2017, reajustada anualmente conforme cuadro anterior. Así mismo, se modificará el retroactivo liquidado, que para agosto de 2021 asciende a un total de $50.181.501,60 a favor de cada demandante, y no en la suma imputada en primera instancia.

Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 vemos que, en atención a lo dispuesto en dicha norma, estos proceden cuando se presenta mora en el pago de las mesadas pensionales. De igual forma, al referirse a este articulo la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral en sentencia SL704-2013 del 2 de octubre de 2013, rad. 44.454 dijo:

En relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la doctrina tradicional de la Corte desde la sentencia de 23 de septiembre de 2002, rad. N° 18512, ha sido que deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trataba simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que producía al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tenían carácter resarcitorio y no sancionatorio.

De lo expuesto, se concluye que en el presente caso son procedentes los intereses moratorios reclamados por la parte actora, en atención a que el no reconocimiento de la prestación por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., obedeció al no acatamiento de la ley, pues como se evidenció los demandantes acreditaban los presupuesto de la dependencia económica y numero de semanas para la causación del derecho exigida en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y solo por la vía ordinaria es que se reconoce la pensión de sobrevivientes a los demandantes pudiendo la demandada adelantar la correspondiente investigación administrativa para corroborar que los reclamantes cumplían con las exigencias de la norma el reconocimiento de la prestación.

De igual forma, se autorizará el descuento de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, como disponen los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, 26 del Decreto 806 de 1998 y 2º del Decreto 4248 de 2007, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – *como la sentencia SL 7.061-2016.-*

Así mismo, en lo que respeta a las costas procesales, materia de inconformidad, 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 PORVENIR S.A, a cargo de esta deberá imponerse las costas; así mismo, en lo referente al monto es necesario agregar que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que "*la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*".

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 19 de mayo de 2021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la demandada PORVENIR S.A., al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la parte actora, por la segunda instancia, la suma de $250.000 a cargo de cada demandada.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia impugnada de fecha 19 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de identificar el valor de la mesada pensional total en $1.569.438,23, correspondiendo 50% a cada uno de los actores equivalente a la suma de $784.719,12 para el año 2017, reajustada anualmente conforme cuadro anterior. Así mismo, se modificará el retroactivo liquidado que para agosto de 2021 asciende a un total de $50.181.501,60 a favor de cada demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos impugnados la sentencia impugnada de fecha 19 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho la suma correspondiente a UN S.M.L.M.V, a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente

JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado

ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

Secretario

Rama Judicial del Poder Público
Consejo Seccional de la Judicatura – Norte de Santander y Arauca

Dirección Seccional Administración Judicial de Cúcuta

CALCULO IBL TODA LA VIDA LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE CÚCUTA - SALA LABORAL

F. INICIAL	1-ene-67	TOTAL DIAS	**3600**
F. FINAL	30-jun-21		

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-abr-06	30-abr-06	$ 1.019.000	6	$ 1.682.396	$ 2.804	2017	96,92	2005	58,70
1-may-06	31-may-06	$ 1.102.000	30	$ 1.819.431	$ 15.162	2017	96,92	2005	58,70
1-ago-06	31-ago-06	$ 656.000	19	$ 1.083.073	$ 5.716	2017	96,92	2005	58,70
1-sep-06	30-sep-06	$ 1.000.000	30	$ 1.651.027	$ 13.759	2017	96,92	2005	58,70
1-oct-06	31-oct-06	$ 1.176.000	29	$ 1.941.607	$ 15.641	2017	96,92	2005	58,70
1-nov-06	30-nov-06	$ 1.900.000	30	$ 3.136.950	$ 26.141	2017	96,92	2005	58,70
1-dic-06	31-dic-06	$ 1.520.000	24	$ 2.509.560	$ 16.730	2017	96,92	2005	58,70
1-feb-07	28-feb-07	$ 1.160.000	12	$ 1.833.106	$ 6.110	2017	96,92	2006	61,33
1-mar-07	31-mar-07	$ 2.900.000	30	$ 4.582.764	$ 38.190	2017	96,92	2006	61,33
1-abr-07	30-abr-07	$ 2.900.000	30	$ 4.582.764	$ 38.190	2017	96,92	2006	61,33
1-may-07	31-may-07	$ 2.900.000	30	$ 4.582.764	$ 38.190	2017	96,92	2006	61,33
1-sep-07	30-sep-07	$ 1.721.382	30	$ 2.720.237	$ 22.669	2017	96,92	2006	61,33
1-oct-07	31-oct-07	$ 1.700.000	30	$ 2.686.448	$ 22.387	2017	96,92	2006	61,33
1-nov-07	30-nov-07	$ 1.700.000	30	$ 2.686.448	$ 22.387	2017	96,92	2006	61,33
1-dic-07	31-dic-07	$ 1.700.000	30	$ 2.686.448	$ 22.387	2017	96,92	2006	61,33
1-ene-08	31-ene-08	$ 1.700.000	30	$ 2.541.721	$ 21.181	2017	96,92	2007	64,82
1-feb-08	29-feb-08	$ 1.643.000	30	$ 2.456.499	$ 20.471	2017	96,92	2007	64,82
1-mar-08	31-mar-08	$ 1.260.000	30	$ 1.883.864	$ 15.699	2017	96,92	2007	64,82
1-abr-08	30-abr-08	$ 1.260.000	30	$ 1.883.864	$ 15.699	2017	96,92	2007	64,82
1-may-08	31-may-08	$ 1.260.000	30	$ 1.883.864	$ 15.699	2017	96,92	2007	64,82
1-jun-08	30-jun-08	$ 1.260.000	30	$ 1.883.864	$ 15.699	2017	96,92	2007	64,82
1-jul-08	31-jul-08	$ 1.260.000	30	$ 1.883.864	$ 15.699	2017	96,92	2007	64,82
1-ago-08	31-ago-08	$ 1.260.000	30	$ 1.883.864	$ 15.699	2017	96,92	2007	64,82
1-sep-08	30-sep-08	$ 1.260.000	30	$ 1.883.864	$ 15.699	2017	96,92	2007	64,82
1-oct-08	31-oct-08	$ 1.260.000	30	$ 1.883.864	$ 15.699	2017	96,92	2007	64,82
1-nov-08	30-nov-08	$ 1.260.000	30	$ 1.883.864	$ 15.699	2017	96,92	2007	64,82
1-dic-08	31-dic-08	$ 1.260.000	30	$ 1.883.864	$ 15.699	2017	96,92	2007	64,82
1-ene-09	31-ene-09	$ 1.260.000	30	$ 1.749.587	$ 14.580	2017	96,92	2008	69,80
1-feb-09	28-feb-09	$ 1.323.000	30	$ 1.837.067	$ 15.309	2017	96,92	2008	69,80
1-mar-09	31-mar-09	$ 1.323.000	30	$ 1.837.067	$ 15.309	2017	96,92	2008	69,80
1-abr-09	30-abr-09	$ 1.323.000	30	$ 1.837.067	$ 15.309	2017	96,92	2008	69,80
1-may-09	31-may-09	$ 1.323.000	30	$ 1.837.067	$ 15.309	2017	96,92	2008	69,80
1-jun-09	30-jun-09	$ 1.323.000	30	$ 1.837.067	$ 15.309	2017	96,92	2008	69,80
1-jul-09	31-jul-09	$ 1.323.000	30	$ 1.837.067	$ 15.309	2017	96,92	2008	69,80
1-ago-09	31-ago-09	$ 1.323.000	30	$ 1.837.067	$ 15.309	2017	96,92	2008	69,80
1-sep-09	30-sep-09	$ 1.323.000	30	$ 1.837.067	$ 15.309	2017	96,92	2008	69,80
1-oct-09	31-oct-09	$ 1.323.000	30	$ 1.837.067	$ 15.309	2017	96,92	2008	69,80
1-nov-09	30-nov-09	$ 1.323.000	30	$ 1.837.067	$ 15.309	2017	96,92	2008	69,80
1-dic-09	31-dic-09	$ 1.323.000	30	$ 1.837.067	$ 15.309	2017	96,92	2008	69,80
1-ene-10	31-ene-10	$ 1.090.000	30	$ 1.483.828	$ 12.365	2017	96,92	2009	71,20
1-feb-10	28-feb-10	$ 1.363.000	30	$ 1.855.466	$ 15.462	2017	96,92	2009	71,20
1-mar-10	31-mar-10	$ 1.363.000	30	$ 1.855.466	$ 15.462	2017	96,92	2009	71,20
1-abr-10	30-abr-10	$ 1.363.000	30	$ 1.855.466	$ 15.462	2017	96,92	2009	71,20
1-may-10	31-may-10	$ 1.363.000	30	$ 1.855.466	$ 15.462	2017	96,92	2009	71,20
1-jun-10	30-jun-10	$ 1.363.000	30	$ 1.855.466	$ 15.462	2017	96,92	2009	71,20
1-jul-10	31-jul-10	$ 1.363.000	30	$ 1.855.466	$ 15.462	2017	96,92	2009	71,20

1-ago-10	31-ago-10	$ 1.363.000	30	$ 1.855.466	$ 15.462	2017	96,92	2009	71,20
1-sep-10	30-sep-10	$ 1.227.000	30	$ 1.670.328	$ 13.919	2017	96,92	2009	71,20
1-oct-10	31-oct-10	$ 1.499.000	30	$ 2.040.604	$ 17.005	2017	96,92	2009	71,20
1-nov-10	30-nov-10	$ 1.363.000	30	$ 1.855.466	$ 15.462	2017	96,92	2009	71,20
1-dic-10	31-dic-10	$ 1.363.000	30	$ 1.855.466	$ 15.462	2017	96,92	2009	71,20
1-feb-11	28-feb-11	$ 2.800.000	30	$ 3.694.508	$ 30.788	2017	96,92	2010	73,45
1-mar-11	31-mar-11	$ 1.360.000	30	$ 1.794.475	$ 14.954	2017	96,92	2010	73,45
1-abr-11	30-abr-11	$ 1.360.000	30	$ 1.794.475	$ 14.954	2017	96,92	2010	73,45
1-may-11	31-may-11	$ 1.360.000	30	$ 1.794.475	$ 14.954	2017	96,92	2010	73,45
1-jun-11	30-jun-11	$ 1.360.000	30	$ 1.794.475	$ 14.954	2017	96,92	2010	73,45
1-jul-11	31-jul-11	$ 1.360.000	30	$ 1.794.475	$ 14.954	2017	96,92	2010	73,45
1-ago-11	31-ago-11	$ 1.360.000	30	$ 1.794.475	$ 14.954	2017	96,92	2010	73,45
1-sep-11	30-sep-11	$ 1.360.000	30	$ 1.794.475	$ 14.954	2017	96,92	2010	73,45
1-oct-11	31-oct-11	$ 1.935.000	30	$ 2.553.169	$ 21.276	2017	96,92	2010	73,45
1-nov-11	30-nov-11	$ 1.709.000	30	$ 2.254.969	$ 18.791	2017	96,92	2010	73,45
1-dic-11	31-dic-11	$ 1.570.000	30	$ 2.071.564	$ 17.263	2017	96,92	2010	73,45
1-ene-12	31-ene-12	$ 1.815.000	30	$ 2.308.776	$ 19.240	2017	96,92	2011	76,19
1-feb-12	29-feb-12	$ 1.360.000	30	$ 1.729.992	$ 14.417	2017	96,92	2011	76,19
1-mar-12	31-mar-12	$ 1.885.000	30	$ 2.397.820	$ 19.982	2017	96,92	2011	76,19
1-abr-12	30-abr-12	$ 1.640.000	30	$ 2.086.167	$ 17.385	2017	96,92	2011	76,19
1-may-12	31-may-12	$ 1.920.000	30	$ 2.442.342	$ 20.353	2017	96,92	2011	76,19
1-jun-12	30-jun-12	$ 2.666.000	30	$ 3.391.293	$ 28.261	2017	96,92	2011	76,19
1-jul-12	31-jul-12	$ 2.666.000	30	$ 3.391.293	$ 28.261	2017	96,92	2011	76,19
1-ago-12	31-ago-12	$ 2.666.000	30	$ 3.391.293	$ 28.261	2017	96,92	2011	76,19
1-sep-12	30-sep-12	$ 2.666.000	30	$ 3.391.293	$ 28.261	2017	96,92	2011	76,19
1-oct-12	31-oct-12	$ 567.000	30	$ 721.254	$ 6.010	2017	96,92	2011	76,19
1-nov-12	30-nov-12	$ 2.666.000	30	$ 3.391.293	$ 28.261	2017	96,92	2011	76,19
1-dic-12	31-dic-12	$ 2.666.000	30	$ 3.391.293	$ 28.261	2017	96,92	2011	76,19
1-ene-13	31-ene-13	$ 2.666.000	30	$ 3.310.667	$ 27.589	2017	96,92	2012	78,05
1-feb-13	28-feb-13	$ 2.666.000	30	$ 3.310.667	$ 27.589	2017	96,92	2012	78,05
1-mar-13	31-mar-13	$ 590.000	30	$ 732.668	$ 6.106	2017	96,92	2012	78,05
1-abr-13	30-abr-13	$ 2.746.000	30	$ 3.410.012	$ 28.417	2017	96,92	2012	78,05
1-may-13	31-may-13	$ 2.746.000	30	$ 3.410.012	$ 28.417	2017	96,92	2012	78,05
1-jun-13	30-jun-13	$ 2.746.000	30	$ 3.410.012	$ 28.417	2017	96,92	2012	78,05
1-jul-13	31-jul-13	$ 2.746.000	30	$ 3.410.012	$ 28.417	2017	96,92	2012	78,05
1-ago-13	31-ago-13	$ 2.746.000	30	$ 3.410.012	$ 28.417	2017	96,92	2012	78,05
1-sep-13	30-sep-13	$ 2.746.000	30	$ 3.410.012	$ 28.417	2017	96,92	2012	78,05
1-oct-13	31-oct-13	$ 2.746.000	30	$ 3.410.012	$ 28.417	2017	96,92	2012	78,05
1-nov-13	30-nov-13	$ 2.746.000	30	$ 3.410.012	$ 28.417	2017	96,92	2012	78,05
1-dic-13	31-dic-13	$ 2.746.000	30	$ 3.410.012	$ 28.417	2017	96,92	2012	78,05
1-ene-14	31-ene-14	$ 2.355.900	30	$ 2.869.967	$ 23.916	2017	96,92	2013	79,56
1-feb-14	28-feb-14	$ 2.830.000	30	$ 3.447.517	$ 28.729	2017	96,92	2013	79,56
1-mar-14	31-mar-14	$ 2.830.000	30	$ 3.447.517	$ 28.729	2017	96,92	2013	79,56
1-abr-14	30-abr-14	$ 2.830.000	30	$ 3.447.517	$ 28.729	2017	96,92	2013	79,56
1-may-14	31-may-14	$ 2.830.000	30	$ 3.447.517	$ 28.729	2017	96,92	2013	79,56
1-jun-14	30-jun-14	$ 2.830.000	30	$ 3.447.517	$ 28.729	2017	96,92	2013	79,56
1-jul-14	31-jul-14	$ 2.830.000	30	$ 3.447.517	$ 28.729	2017	96,92	2013	79,56
1-ago-14	31-ago-14	$ 2.830.000	30	$ 3.447.517	$ 28.729	2017	96,92	2013	79,56
1-sep-14	30-sep-14	$ 2.830.000	30	$ 3.447.517	$ 28.729	2017	96,92	2013	79,56
1-oct-14	31-oct-14	$ 2.830.000	30	$ 3.447.517	$ 28.729	2017	96,92	2013	79,56
1-nov-14	30-nov-14	$ 2.830.000	30	$ 3.447.517	$ 28.729	2017	96,92	2013	79,56
1-dic-14	31-dic-14	$ 2.830.000	30	$ 3.447.517	$ 28.729	2017	96,92	2013	79,56
1-ene-15	31-ene-15	$ 2.672.000	30	$ 3.140.183	$ 26.168	2017	96,92	2014	82,47
1-feb-15	28-feb-15	$ 2.969.000	30	$ 3.489.223	$ 29.077	2017	96,92	2014	82,47
1-mar-15	31-mar-15	$ 2.969.000	30	$ 3.489.223	$ 29.077	2017	96,92	2014	82,47
1-abr-15	30-abr-15	$ 2.969.000	30	$ 3.489.223	$ 29.077	2017	96,92	2014	82,47
1-may-15	31-may-15	$ 2.969.000	30	$ 3.489.223	$ 29.077	2017	96,92	2014	82,47
1-jun-15	30-jun-15	$ 2.969.000	30	$ 3.489.223	$ 29.077	2017	96,92	2014	82,47
1-jul-15	31-jul-15	$ 2.969.000	30	$ 3.489.223	$ 29.077	2017	96,92	2014	82,47
1-ago-15	31-ago-15	$ 2.969.000	30	$ 3.489.223	$ 29.077	2017	96,92	2014	82,47
1-sep-15	30-sep-15	$ 2.969.000	30	$ 3.489.223	$ 29.077	2017	96,92	2014	82,47
1-oct-15	31-oct-15	$ 2.969.000	30	$ 3.489.223	$ 29.077	2017	96,92	2014	82,47
1-nov-15	30-nov-15	$ 2.969.000	30	$ 3.489.223	$ 29.077	2017	96,92	2014	82,47
1-dic-15	31-dic-15	$ 2.969.000	30	$ 3.489.223	$ 29.077	2017	96,92	2014	82,47
1-ene-16	31-ene-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05

1-feb-16	29-feb-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05
1-mar-16	31-mar-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05
1-abr-16	30-abr-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05
1-may-16	31-may-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05
1-jun-16	30-jun-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05
1-jul-16	31-jul-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05
1-ago-16	31-ago-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05
1-sep-16	30-sep-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05
1-oct-16	31-oct-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05
1-nov-16	30-nov-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05
1-dic-16	31-dic-16	$ 2.969.000	30	$ 3.268.009	$ 27.233	2017	96,92	2015	88,05

TOTAL DIAS	3600
TOTAL SEMANAS	514,29

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	$ 2.660.064,79
SEMANAS COTIZADAS	514
PENSION A RECONOCER	$ 1.569.438,23
PORCENTAJE APLICADO	59%

Total semanas cotizadas 874.86 (610 en Porvenir y 264.86 en Colpensiones)

45% por las primeras 500 semanas, 2% por cada 50 adicionales. El rango 850-899 adiciona 14%.

Retroactivo

Año	Mesada	IPC	50% c/u	No. Mesada	Retroactivo padres
2017	$1.569.438,23	4,09%	$784.719,12	12,9	$10.122.876,58
2018	$1.633.628,25	3,18%	$816.814,13	13	$10.618.583,65
2019	$1.685.577,63	3,80%	$842.788,82	13	$10.956.254,61
2020	$1.749.629,58	1,61%	$874.814,79	13	$11.372.592,28
2021	$1.777.798,62		$888.899,31	8	$7.111.194,47
					$50.181.501,60

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 Tercero Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-003-2016-00524-00
Partida Tribunal: 18425
Demandante: Oracio Chona Hernández y Olga Estupiñan Lázaro
Demandada (o): Cooprocarcegua Ltda.
Tema: CULPA PATRONAL
Ref.: APELACIÓN DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por el apoderado judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de diciembre de 2018, dentro del proceso ordinario laboral con radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-003-2016-00524-01 y Partida de este Tribunal Superior No. 18425 promovido por los señores ORACIO CHONA HERNÁNDEZ y OLGA ESTUPIÑÁN LÁZARO en nombre propio y en nombre de sus menores hijos contra COOPROCARCEGUA 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

La parte demandante interpuso demanda ordinaria laboral con el propósito de condene a la empresa COOPROCARCEGUA, LTDA., al pago a su favor, de la indemnización total y ordinaria de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, por la generación de las enfermedades laborales en un valor de $163.389.258, así como de los perjuicios morales, de manera indexada.

II. H E C H O S

El señor Oracio Chona Hernández fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que inició sus labores al servicio de la empresa COOPROCARCEGUA, LTDA. el día 28 de noviembre de 2013, el cual continuaba vigente al momento de presentación de la demanda.
2. Que se desempeñaba como minero de socavón, picador y luego, esencialmente latero, realizando actividades como devastar y transportar carbón, con un salario mensual de $1.995.000.
3. Que el 19 de septiembre de 2012, en medio de sus labores, al halar una lata llena de carbón, siente un dolor muy fuerte en la espalda que le impide continuar con su actividad.
4. Que su PCL ha sido calificada en diferentes oportunidades, siendo la última de ellas por la Junta Nacional de Calificación, mediante dictamen 726, determinando un 13.90% con fecha de estructuración 20 de abril de 2016.
5. Que en el inicio de su contrato, la empresa realizó una corta capacitación de salud ocupacional, genérica, sin especificar protocolos de seguridad, no realizó inducción ni reinducción, no concientizó eficazmente al trabajador sobre la enfermedad del sistema esquelético por halado, no se realizaban pautas activas durante la jornada laboral, no se ejecutó el comité de salud ocupacional, entre otras falencias por parte de la empleadora.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada COOPROCARCEGUA, LTDA, ésta dio formal contestación oponiéndose a la totalidad de pretensiones manifestando que la empresa cumplió con toda la normativa en salud ocupacional y riesgos laborales; que el accidente de trabajo sufrido por el actor no dejó secuelas en su cuerpo de acuerdo a las calificaciones que se han efectuado y las patologías calificadas en instancia de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como enfermedades profesionales no se desarrollaron en la empresa, toda vez que la vinculación del demandante es apenas de aproximadamente 2 años y 0 mees, al existir un primer contrato del 15 de enero de 2010 al 17 de diciembre de 2010, posteriormente del 07 de enero de 2011 al 17 de diciembre de 2011 y un tercer contrato desde el 06 de enero de 2012 con fecha de finalización 15 de diciembre de 2012, pero el trabajador se accidenta el 19 de septiembre de 2012 y desde esta fecha no ha trabajado en forma permanente.

Que antes de la vinculación con la empresa, el demandante laboró en el cargo de minero por 7 años y 10 años en agricultura.

Como excepciones previas propuso las de prescripción y no demandan a todos los litisconsorcios necesarios y como de fondo propuso las que denominó TRABAJO DEL ACTOR EN OTRAS EMPRESAS EN LABORES DE MINERÍA Y AGRICULTURA POR MÁS DE 16 AÑOS ANTES DE

VINCULARSE CON MI PODERDANTE CON QUIEN SOLO TRABAJA 2 AÑOS Y 9 MESES, ORIGEN COMÚN DE LA PATOLOGÍA DEL MANGUITO ROTADOR, RECALIFICACIÓN DE PATOLOGÍA TRASTORNOS NO COMPRESIVOS DE DISCO CERVICAL CIE-10 M500 POR LA ARL POSITIVA Y JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ CON 0.0% PCL, PAGO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL DEMANDANTE EN LAS CONDICIONES SEÑALADAS EN LA LEY, CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL, SALUD OCUPACIONAL, POR PARTE DE MI PODERDANTE, ACUMULACIÓN DE CALIFICACIONES DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE INVALIDEZ SOLICITADA EN LA PRESENTE DEMANDA, NO TENER CUIDADO EL DEMANDANTE EN PROCURAR POR SU SALUD AL CONDUCIR MOTOCICLETA EN FORMA DIARIA, COBRO DE LO NO DEBIDO y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 10 de diciembre de 2018, resolvió absolver a la pasiva de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que al examinar el material probatorio surtido en el proceso, se determinó que la empresa COOPROCARCEGUA LTDA cumplió con sus obligaciones de protección y seguridad para con el trabajador demandante, en razón a que lo capacitó e instruyó sobre los riesgos a los que estaba expuesto en el ejercicio de sus funciones, por lo que no puede predicarse que exista culpa suficientemente comprobada en las enfermedades profesionales que sufrió.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

La parte demandante no se encontró de acuerdo con la absolución que hiciere el A quo a la pasiva, manifestando que la juez A quo se refiere a un estudio de puesto de trabajo, pero sólo de manera fraccionada, ya que es un estudio del puesto de trabajo que se realizó posteriormente a las labores del trabajador y no desde el inicio de la relación laboral como lo tenía que probar la empresa; indicó que la empresa no probó que tuvieran un diseño del puesto de trabajo y en ese mismo diseño del puesto de trabajo se deben hacer análisis cuantitativos y cualitativos del peso que el trabajador utiliza y en ningún momento se mencionó esto.

Aclaró que sí se menciona supuestamente la altura del puesto de trabajo pero no se aplica el decreto 1335 del año 87 que establece que la altura mínima es de 1,80 metros para cualquier excavación, dándose una aplicación a normas en beneficio de la empresa demandada; que no se mencionó las

GATISO, cuando son normas de guías técnicas que tienen que ser de aplicación obligatoria por parte de la empresa.

Precisó que se indica en la sentencia que al trabajador se le capacitó y se le hizo inducción y entrenamiento y todos los procedimientos que se deben hacer y dice que se evaluó, pero la constancia lo que dice es que se dio una capacitación generalizada, no puede dársele más interpretación de lo que establece ahí

Alegó que no se analizó el peso de la lata, no se allega ningún programa de mantenimiento de la lata, no hay un diseño del puesto de trabajo de latero, que lo obliga la Resolución 1006 del año 1989 ni hay constancias de visitas de los puestos de trabajo; que los testigos dijeron que la lata era muy pesada, que se colocaba un bongo encima que aumentaba el peso.

Indicó que si la empresa hubiera dado cumplimiento de las normas de salud ocupacional que tiene que proteger, el trabajador no se hubiera enfermado; que la Resolución 1006 establece que se debe hacer capacitación y evaluación de esos procesos y la norma de riesgo psicosocial expedida por el Ministerio De Protección Social que es una norma de carácter nacional, establece que se debe hacer capacitación, inducción, reinducción, reentrenamiento, lo cual no se probó durante el proceso.

Precisó que no se analizó el programa de vigilancia epidemiológica que debe estar incorporados todos los trabajadores, que no se menciona nada de los exámenes médicos periódicos específicos, ni la falta de un programa de mantenimiento de cunetas que establece el decreto 1335.

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. El apoderado de la activa alegó que no existe constancia en el expediente de que se le hubiera impartido al trabajador, las capacitaciones o evaluaciones exigidas por la Ley, ni de entrega por escrito de manuales de procedimiento; que tampoco hay evidencia de la realización de visitas por parte del empleador, a los puestos de trabajo con el fin de verificar el cumplimiento de los procedimientos de seguridad; también indicó que la Juez A quo no le dio credibilidad a los testimonios recaudados relacionados con el sobreesfuerzo de la tarea de latero y debió tener en cuenta que dicho sobreesfuerzo se realizaba a una altura que no era la reglamentaria.

2. PARTE DEMANDADA. La pasiva indicó que se encuentra de acuerdo con el fallo emitido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Conforme a los argumentos sostenidos por la Juez A quo y las argumentaciones manifestadas por la parte demandante en su recurso de apelación, **los problemas jurídicos** que concitan la atención de la Sala se reducen a determinar, en primer lugar, si se configuró la culpa patronal en la enfermedad profesional padecida por el trabajador ORACHO CHONA HERNÁNDEZ y, en consecuencia, es procedente la condena por indemnización plena de perjuicios, tanto a su favor, como en cabeza de la señora OLGA ESTUPIÑÁN LÁZARO.

Sea lo primero aclarar que no existe disputa en el proceso respecto de la existencia de varios contratos de trabajo entre el señor CHONA HERNÀNDEZ y COOPRACORCEGUA, LTDA, desarrollados entre el 15 de enero y el 17 de diciembre de 2010, desde el 07 de enero y hasta el 17 de diciembre de 2011, desde el 6 de enero y hasta el 15 de diciembre de 2012 y el último de ellos, y que se encontraba vigente al momento de presentación de la demanda, inició en enero de 2013.

Así mismo, mediante comunicación electrónica allegada a esta Sala el día 31 de agosto de 2020, la cual fue trasladada a la demandada mediante auto de fecha 07 de mayo de 2021, e incorporada al expediente en virtud del artículo 83 del CPTYSS, se puso de presente que dicho vínculo finalizó el 21 de enero de 2020.

El artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que «Cuando exista culpa suficiente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo o en la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo».

Al respecto la HCSJ en su sentencia SL2206-2019 indicó lo siguiente:

> Recuerda esta Sala, que para el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de la ocurrencia del riesgo, accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe encontrarse la culpa suficientemente comprobada del empleador, responsabilidad de naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del

> trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y *especiales del trabajo*, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos laborales.
>
> Cuando el empleador incumple culposamente dichos deberes derivados del contrato de trabajo, se presenta la responsabilidad de indemnizar al trabajador que sufre el infortunio laboral o la enfermedad profesional, o a sus beneficiarios, respecto de los daños que le fueran ocasionados con ese proceder, que comprende toda clase de perjuicios, ya sean materiales o morales. En otras palabras, la abstención en el cumplimiento de la diligencia y cuidados debidos en las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige la citada normativa legal.

Así mismo, en su sentencia con Rad. 42532 de 2014, citada más recientemente en aquella de Rad. 37897 de 2017, lo siguiente:

> […] para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el lit. b), art. 12 de la Ley 6ª de 1945 (sector oficial) y en el Art. 216 CST (sector particular), debe encontrarse suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita, **además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo**, **la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia o efecto de la negligencia o culpa del empleador** en el acatamiento de los deberes que le corresponden de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores (num. 1º y 2º art. 26 Decreto 2127 de 1945)».
>
> **La causalidad**, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, además de ser un elemento sine qua non de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él. De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina causas ajenas), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa.

De conformidad con lo anterior, para que sea procedente reconocer la indemnización plena de perjuicios, la parte demandante tiene que acreditar los siguientes presupuestos:

1. El accidente de trabajo o la enfermedad profesional;
2. La culpa del patrono; y
3. Los perjuicios y su tasación.

Seguidamente, entra esta Sala a precisar si dentro del presente proceso se encuentran demostrados los anteriores elementos.

EL DAÑO -ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL-

Inicialmente de las pruebas obrantes al plenario, se tiene por demostrado que el actor sufrió un accidente de trabajo el día **19 de septiembre de 2012**, el cual fue reportado por su empleador mediante formato visto a folio 32 del expediente, el cual se narra que "el trabajador se encontraba transportando la lata llena de carbón en el tambor 4220W, en el momento que se desplaza halándola siente fuerte dolor en la espalda que le impide que continuara con su labor".

Sobre el particular, se tiene que a folio 89 una comunicación enviada por la ARL Positiva SA a la COOPERATIVA DE PRODUCTORES DE CARBON DE CERRO GUAYABO, LTDA **el 22 de enero de 2014,** en la que le notifican la valoración de la PCL del actor, estableciendo una calificación de 0% derivada del accidente de trabajo ocurrido el 19 de septiembre de 2012 con un diagnóstico de lumbago mecánico.

Así mismo, mediante **dictamen Nº77177658** visto a folios 82 a 86 del cuaderno Anexo N°2, emitido por la Junta Nacional el 22 de abril de 2014 como resolución del recurso de apelación presentado por el demandante frente al dictamen **N°5119 del 06 de febrero de 2014** proferido por la Junta Regional, se determinó que el actor tenía **una PCL del 0%** con un diagnóstico de lumbago no especificado, determinándose que "el lumbago agudo, como secuela del accidente de Trabajo del 19 de septiembre de 2012 **sin secuelas calificables PCL 0%** y demás patologías; no secuelas del accidente de trabajo calificado".

En ese orden de ideas, y descartada la existencia de alguna clase de perjuicio en cabeza del actor derivado del **accidente de trabajo ocurrido el día 19 de septiembre de 2012**, es menester por parte de la Sala establecer, como lo alega el apelante, si en transcurso de la relación laboral el actor sufrió una enfermedad de naturaleza profesional, estableciéndose además si existió una pérdida de su capacidad laboral y la fecha de estructuración de la misma, allegándose para tal efecto la siguiente prueba médica.

A folio 88 del cuaderno anexo Nº 2 se allega la notificación al actor de su PCL enviada por la ARL Positiva Compañía de Seguros SA el día 21 de junio de 2013 diagnosticándole una discopatía lumbar abombamiento L4-L5 y dolor lumbar por discopatía, calificada como de origen laboral y con un una pérdida de capacidad laboral del **12,83%** estructurada el **08 de marzo de 2013**; esta decisión fue apelada por el trabajador, recurso que fue resuelto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez **mediante el dictamen número 4655 del 12 agosto del 2013** visto a folios 97 a 99, entidad que estableció una pérdida de capacidad laboral del **21,42 %** originada en una enfermedad laboral de **discopatía lumbar L4-L5 y L5-S1 y lumbalgia secundaria.**

Por su parte, la ARL Positiva presentó un recurso de apelación frente a la anterior decisión, el cual fue resuelto por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a través de **dictamen Nº77176658 del 18 de noviembre del 2013**

visto a folios 101 a 104, en el cual se le diagnosticó con “otros trastornos especificados de los discos intervertebrales y lumbago no especificado”, con una pérdida de capacidad laboral del **15,83%** estructurada el **08 de marzo de 2013,** dolencias derivadas de una enfermedad profesional.

Posteriormente, el actor nuevamente solicita la calificación de sus dolencias, y mediante **dictamen N° 3069401 de fecha 24 de marzo de 2014** emitido por SALUDCOOP EPS (folios 218 a 222), y en el cual se le diagnostica una patología denominada “trastornos de los discos intervertebrales, calificada como una **enfermedad de origen laboral,** y a folios 210 a 214, se allega el **dictamen N° 443656 de fecha 21 de febrero de 2016**, expedido por CAFESALUD, en el cual se determinó el diagnóstico de M751 SÍNDROME DE MANGUITO ROTATORIO DERECHO, como de origen laboral, advirtiendo la Sala que en ninguno de dichos dictámenes se estableció la PCL del actor, ni su fecha de estructuración.

Ahora bien, a folios 223 a 226 y por petición de naturaleza JUDICIAL se practicó el **dictamen N° 949465 del 17 de junio de 2016** emitido por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS en el cual se determinó una PCL del **13,90 %** en cabeza del señor CHONA HERNÁDEZ por el diagnóstico de TRASTORNOS DE DISCOS INTERVERTEBRALES como enfermedad laboral, secuelas que se le atribuyen **“al evento del 24-03-2015”**, por lo que el porcentaje establecido se estructura en dicha fecha.

El anterior dictamen fue objeto de apelación, recurso que fue resuelto mediante dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander **N° 726 del 28 de julio de 2016** visto a folios 228 a 230 del cuaderno principal, el actor fue diagnosticado con una ENFERMEDAD PROFESIONAL denominada “TRASTORNO NO COMPRESIVO DE DISCO CERVICAL”, calificándose la misma como de origen profesional y con una **PCL de 13,90% estructurada el 20 de abril de 2016.**

Con posterioridad a la presentación de la demanda fue allegado el **dictamen N° 77177658-17740 del 14 de diciembre de 2016** (folios 318 a 322), a través del cual la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ resuelve la apelación presentada en contra del dictamen anterior, confirmando en su totalidad el mismo, es decir, estableciendo una PCL **de 13.90% estructurada el 20 de abril de 2016**. (Muere segunda valoración).

En audiencia de fecha 07 de abril de 2017 la Juez A quo decretó como prueba de oficio, la valoración del actor por parte de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, generándose el dictamen N° 77177658-9138 del 21 de septiembre del 2017 (folios 381 a 386), mediante el cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que el demandante Horacio Chona Hernández sufrió una **PCL del 17,50% ocasionado** por las enfermedades laborales de OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, LUMBAGO NO ESPECIFICADO Y TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON MIELOPATÍA, **estructurada el 20 de abril de 2016.**

Por último, el día 22 de enero de 2020 la parte demandada aportó el Dictamen N°77177658-826 de fecha 11 de julio de 2019 en el cual se calificó al actor con una PCL de 51.19% por **enfermedad común** estructurada el 09 de marzo de 2018; en el mismo, además de las enfermedades laborales de LUMBAGO NO ESPECIFICADO, SÍNDORME DEL MANGUITO ROTATORIO, TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON MIELIOPATÍA y TRASTORNO DE DISCOS INTERVERTEBRALES, por los cuales ya había sido calificado, se le diagnosticó con BURSITIS DEL HOMBRO, OTRAS BURSITIS DE LA RODILLA, **TRASTORNO DEPRESIVO DE LA CONDUCTA.**

En ese orden de ideas, y teniendo conforme al material probatorio allegado, que el trabajador demandante, dejó de ejecutar sus labores como minero desde el momento en que padeció el accidente de trabajo (**19 de septiembre del año 2012)**, esta Sala de decisión a efectos de determinar la concreta pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de la enfermedad laboral diagnosticada, acogerá el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez No **77176658 del 18 de noviembre del 2013** visto a folios 101 a 104 del expediente en el cual se le diagnosticó al actor los padecimientos de “otros trastornos especificados de los discos intervertebrales y lumbago no especificado”, con una pérdida de capacidad laboral del **15,83%** estructurada el **08 de marzo de 2013,** como quiera que dicho experticio, atendiendo la fecha de su práctica, ostenta un mayor grado de precisión en torno a los concretos padecimientos derivados en la actividad laboral del actor, pues de acogerse el último dictamen allegado (21 de Septiembre de 2017), se estaría contemplando la evaluación del concreto daño causado, cinco años después de la terminación de las actividades laborales del actor, contemplándose allí patologías que no derivan exclusivamente de las condiciones en que el demandante desarrollo su labor como minero a favor de la demandada.

CULPA DEL EMPLEADOR

En cuanto al segundo elemento, que lo es la culpa del patrono, en este caso la COOPERATIVA DE PRODUCTORES DE CARBÓN DE CERRO GUAYABO- COOPROCARCEGUA, LTDA., debe decirse que debe analizarse la injerencia de la empleadora, ya sea por acción o por omisión, en el daño sufrido por su trabajador, así como el nexo o relación de causalidad entre estos; configurado lo anterior, se determina la responsabilidad del empleador por los daños producidos.

Con respecto ***a la carga de la prueba en acciones derivadas de culpa patronal***, la HCSJ en sentencias tales como la SL 12707 de 2017 y SL5154 de 2020, ha indicado que, por regla general, esta debe ser atendida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, quienes deben probar los supuestos de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pudiendo este desligarse de la responsabilidad que se le endilga, demostrando el cuidado y diligencia en la realización del trabajo; y por excepción, cuando se le achaca a éste último una conducta omisiva en

las obligaciones de protección, en virtud del artículo 167 del CGP, se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole a la pasiva demostrar que en efecto actuó con la precaución exigida en las actividades realizadas.

NORMATIVA APLICABLE

Analizando la normativa aplicable, encontramos que los numerales 1 y 2 del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, establecen que los empleadores deben «Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores», y procurarles «locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».

De igual manera, el artículo 348 del mismo estatuto preceptúa que toda empresa está obligada a «suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores», y adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de «proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad» (art. 2 R. 2400/1979).

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).

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, y, por que, si ocurre un evento relacionado con ese factor de riesgo, debe responder por 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.

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*."

Ahora, se hace importante señalar que el Decreto 1335 de 1987 estuvo vigente hasta el 14 de septiembre de 2015 ya que a partir del día siguiente fue derogado por el Decreto 1886 de 2015, pero, para el caso analizado, la disposición aplicable es la primera, sin embargo, los artículos anteriores no fueron modificados en su contenido, pero sí es indispensable para mejor proveer, rescatar de la reglamentación del 2015 los siguientes conceptos:

Explotación Minera Bajo Tierra o de Socavón: Actividad minera encaminada a la extracción de minerales por medio de excavaciones subterráneas, que comprende etapas como: desarrollo y preparación de labores mineras subterráneas; operaciones unitarias de arranque, cargue y transporte; operaciones auxiliares de sostenimiento, ventilación, desagüe, iluminación, entre otras; extracción del mineral y estabilización de las áreas afectadas por la explotación.

Excavación: 1. Proceso de remoción de material de suelo o roca de un lugar para transportarlo a otro sitio. La excavación incluye operaciones de profundización, voladura, ruptura, cargue y transporte; en superficie o bajo tierra. 2. Pozo, fosa, hoyo o cualquier corte resultante de una excavación.

Labor (Industria Minera): Lugar (cavidad u otro sitio) dentro de una mina subterránea (galería, clavada, entre otros) de donde se extrae el material de mena, mineral o carbón.

Malacate (Industria Minera): Equipo utilizado para el ascenso o el descenso de materiales (mena, roca, carbón y otros) o suministros, en una mina (particularmente minas subterráneas) mediante un coche, jaula o skip. Está constituido por un tambor en el que se enrolla el cable de acero al que está unido el medio de transporte. También se emplea para el transporte de personal en jaula o skip, de acuerdo con lo definido en el presente Reglamento.

Perforación: 1. Acción o proceso de elaborar un orificio circular con un taladro (perforadora) manual o mecánico (eléctrico o hidráulico). 2. Apertura de galerías o cámaras de explotación con el uso de cualquier clase de equipo (neumático o mecánico).

Tambor: Pozo vertical o inclinado que se profundiza desde la superficie o un punto interno de una labor minera subterránea, que generalmente une dos niveles diferentes; si comunica con superficie, puede servir como vía de evacuación, acceso o ventilación y de servicios generales a la mina.

De conformidad con los anteriores conceptos, se entiende que la actividad minera

se desarrolla en diferentes etapas, tales como la exploración, construcción y montaje, explotación, transporte y promoción de los minerales que se encuentran en el suelo y el subsuelo, regulado por las normas anteriores en conjunto con el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, constituyéndose en el marco normativo que rige dicha actividad y de obligatorio cumplimiento para las partes.

Reglamentación Enfermedades Laborales

Por otra parte, según el artículo 4° de la Ley 1562 de 2012, "*Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes*".

El literal m) del artículo 1 de la Decisión 584 de 2004 del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones - CAN, define la enfermedad profesional como la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral.

El mecanismo tradicional de identificación de la **relación de causalidad** entre un trabajo y una enfermedad consiste en su inclusión en la tabla legal de enfermedades profesionales.

En principio, el Decreto 1832 de 1994 y posteriormente el Decreto 2566 de 2009 establece la Tabla de Enfermedades Profesionales que incluye 42 patologías taxativas y la posibilidad de que en los casos en que la enfermedad no figure en la tabla se deba determinar la relación de causalidad entre el factor de riesgo y la enfermedad. Finalmente, el Decreto Ley 1477 de 2014, vigente en la actualidad, adopta la nueva tabla de enfermedades laborales, basada en el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Riesgos Laborales, emitido en las sesiones 71 y 74 del 11 de junio y 20 de noviembre de 2013, respectivamente.

De otro lado, según el art. 1º de la Resolución No.2844 de 2007 del Ministerio de la Protección Social, las enfermedades laborales en mayor proporción son:

> a) Dolor lumbar inespecífico y enfermedad discal relacionados con la manipulación manual de cargas y otros factores de riesgo en el lugar de trabajo;
>
> b) Desórdenes músculo-esqueléticos relacionados con movimientos repetitivos de miembros superiores (Síndrome de Túnel Carpiano, Epicondilitis y Enfermedad de De Quervain);
>
> c) Hombro doloroso relacionado con factores de riesgo en el trabajo;

d) Neumoconiosis (silicosis, neumoconiosis del minero de carbón y asbestosis);

e) Hipoacusia neurosensorial inducida por ruido en el lugar de trabajo.

Parágrafo. Las Guías de Atención Integral de Salud Ocupacional que se adoptan mediante la presente resolución serán de obligatoria referencia por parte de las entidades promotoras de salud, administradoras de riesgos profesionales, prestadores de servicios de salud, prestadores de servicios de salud ocupacional y empleadores, en la prevención de los daños a la salud por causa o con ocasión del trabajo, la vigilancia de la salud, el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de los trabajadores en riesgo de sufrir o que padecen las mencionadas patologías ocupacionales.

Artículo 2°. Revisión y actualización. Las Guías de Atención Integral de Salud Ocupacional adoptadas mediante la presente resolución serán revisadas y actualizadas como mínimo cada cuatro (4) años.

De conformidad con lo anterior, el Ministerio de Trabajo expidió 10 Guías de Atención Integral en Seguridad y Salud en el Trabajo, que tienen como fin orientar a los diferentes actores del Sistema de Riesgos Laborales, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pacientes y ciudadanos para realizar actividades generales de prevención, vigilancia, diagnóstico e intervención ocupacional.

Las mencionadas guías, fueron elaboradas con el objetivo de realizar el diagnóstico precoz de la enfermedad laboral, para tratar y rehabilitar a los trabajadores que tienen el riego de padecerlas; así, se tiene que, para la patología que nos ocupa el interés, "*otros trastornos de los discos intervertebrales*", los factores de riesgo ocupacionales, son: trabajo físico pesado, levantamiento de cargas y postura forzada a nivel de la columna, movimientos de flexión y rotación de tronco, exposición a vibración del cuerpo entero, posturas estáticas, factores psicosociales y de organización del trabajo.

El dolor lumbar hace parte de los desórdenes musculoesqueléticos relacionados con el trabajo que incluyen alteraciones de músculos, tendones, vainas tendinosas, síndromes de atrapamientos nerviosos, alteraciones articulares y neurovasculares. La Organización Mundial de la Salud (OMS) lo incluye dentro del grupo de "*desordenes relacionados con el trabajo*", porque ellos pueden ser causados tanto por exposiciones ocupacionales como por exposiciones no ocupacionales.

De acuerdo con las Recomendaciones Guía de atención integral de Seguridad y Salud en el Trabajo para dolor lumbar inespecífico y enfermedad discal, los factores de riesgo son:

FACTORES BIOMECÁNICOS Trabajo físico pesado (levantar, empujar y manejo de materiales (pesado)) >12.5 kg > 25 kg Movimientos repetitivos (Jardinería, construcción, conducción)

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)

FACTORES FÍSICOS Actividades de vibración corporal en el trabajo Cuerpo completo (>10 horas por semana) Localizado

FACTORES PSICOSOCIALES Percepción del trabajo Apoyo social en el trabajo

HÁBITOS DE VIDA Consumo de cigarrillo y Obesidad

De la misma forma, se destaca de las recomendaciones generales, entre las cuales se encuentras, las de **(i)** realizar la identificación de peligros a través de la matriz de identificación de peligros y valoración de riesgos, auto reportes de condiciones de trabajo, inspecciones estructuradas de condiciones de trabajo con exposición a factores de riesgo de enfermedad dorso lumbar, **(ii)** realizar valoración de la carga física con herramientas validadas con el fin de establecer un inventario de riesgos, establecer prioridades de intervención y verificar el impacto de las acciones para el control. **(iii)** identificación, evaluación y control de los riesgos presentes en el puesto de trabajo (incluido el entorno), mediante la intervención ergonómica, incluyendo aspectos de diseño del puesto de trabajo, manejo de cargas, superficies de trabajo, dimensiones de los objetos manipulados, ayudas mecánicas, herramientas, materiales y equipos, organización del trabajo, aspectos psico laborales. **(iv)** promoción de estilos de vida y trabajo saludables, haciendo énfasis en la identificación y corrección de factores de riesgo modificables presentes en el **puesto de trabajo** (incluido el entorno), mediante la asesoría del sitio de trabajo**. (v)** desarrollo de programas ergonómicos permanentes en el trabajo, orientados en la identificación de situaciones de riesgo laborales para enfermedad dorso lumbar. No se recomienda el uso del soporte lumbar o cinturón ergonómico como intervención preventiva; entre otros.

CASO CONCRETO

Conforme a lo manifestado anteriormente, se tiene que el señor ORACIO CHONA HERNÁDEZ fue contratado para desempeñar labores como latero/picador a favor de la empresa COOPROCARCEGUA, LTDA., a través de varios contratos de trabajo que tuvieron lugar entre el 15 de enero y el 17 de diciembre de 2010, desde el 07 de enero y hasta el 17 de diciembre de 2011, desde el 6 de enero y hasta el 15 de diciembre de 2012 y el último de ellos, y que se encontraba vigente al momento de presentación de la demanda, inició en enero de 2013, habiendo finalizado el mismo por renuncia del actor, el día 21 de enero de 2020 en virtud al reconocimiento de su pensión de invalidez.

En ese orden de ideas, tal y como se analizó en precedencia, existe prueba médica que acredita la existencia de un daño en la humanidad del actor,

derivado de una ENFERMEDAD DE ORIGEN LABORAL, advierte la Sala que en el aludido dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se calificó al actor, con un **15.83% de PCL** con un diagnóstico de otros trastornos especificados de los discos intervertebrales y lumbago no especificado, **estructurada el 08 de marzo de 2013,** de tal suerte que, tal y como lo indica el apoderado del demandante en su recurso de apelación, es menester analizar, ante la existencia de dicha patología de origen profesional, si la misma tiene génesis en la omisión por parte del empleador en adoptar todas las medidas necesarias de prevención encaminadas a salvaguardar la salud de sus trabajadores.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha señalado:

> Frente a este aspecto puntual de la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, en sentencia de la CSJ SL13653-2015 del 7 oct. 2015, se puntualizó que «esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "…la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo…" (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, … ha dicho que a pesar de lo anterior "…**cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores" (CSJ SL7181-2015)»,** lo que quiere decir que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».

Conforme las pruebas anteriores, se acredita con certeza, que la patología "TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, LUMBAGO NO ESPECIFICADO Y TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON MIELOPATÍA", es de ORIGEN LABORAL, es decir, fue adquirida por el demandante por causa o con ocasión de las actividades desarrolladas con la empresa demandada COOPROCARCEGUA LTDA, patología que, según la SaludCoop EPS (folio 222), tiene su origen en la exposición de los factores de riesgo para el segmento de columna lumbosacra y cervical, los cuales "son de intensidad y tiempo suficiente para generar las patologías motivo de calificación", indicando igualmente la entidad que "se cuenta con conceptos de especialista y resonancia magnética que confirman las patologías, también cumple los criterios epidemiológicos en grupos de similar exposición. En el análisis de puesto de trabajo se demuestran los factores de riesgos sumados

al tiempo de exposición, la repetitividad de la labor, evidencian íntima relación causa efecto entre sus funciones y las patologías que se califican como laborales" 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 razón 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 centra en alegar 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, la altura inferior a la reglada por la Agencia Nacional de Minas; de la misma forma, alegó la ausencia de capacitaciones, inducción y reinducción al trabajador, la inaplicación de evaluaciones, del programa de vigilancia epidemiológica y del programa de mantenimiento de cunetas, debiéndose entonces resolver, con el material probatorio aportado a los autos, si en efecto la empleadora incurrió en estas omisiones y de ser así, si se demostró por la parte interesada el **nexo de causalidad** entre las mismas, y el daño sufrido por el actor.

Luego entonces, 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 la Juez A quo, así como, las declaraciones rendidas por los testigos traídos por ambas partes.

MATERIAL PROBATORIO

Con respecto a la prueba documental relevante para resolver los problemas jurídicos planteados, se encuentran los siguientes documentos que fueron allegados por la pasiva en el Cuaderno Anexo N°2:

- A folios 1 y 2 se allega la descripción y funciones del cargo de Picador.
- A folios 23 a 35 se encuentran los formatos de visita de seguimiento a inspección inicial de la Mina Cerro Guayaba, las cuales tuvieron lugar el 27 de junio y 31 de octubre de 2012, realizándose visita a la mina

para verificar el cumplimiento de las recomendaciones impartidas en la primera visita de seguimiento y se capacitó al personal en sostenimiento de minas y en ventilación y control de gases.

- A folio 36 se allega el informe para presunto accidente de trabajo de fecha 19 de septiembre de 2012.
- A folio 47 se observa las constancias de inducción y reinducción suscritos por el trabajador el día 18 de enero de 2010, en la cual se lee que “HAGO CONSTAR QUE EL DÍA DE HOY, DURANTE UNA CAPACITACIÓN Y RECORRIDO POR LAS INSTALACIONES DE LA MINA, HE SIDO DEBIDAMENTE INSTRUIDO EN FORMA CLARA Y PRECISA, ACERCA DE LOS PROCESOS Y REGLAMENTOS DE SEGURIDAD TÉCNICA MINERA (MANUAL DE FUNCIONES Y PROCEDIMIENTOS SEGÚN EL CARGO); RIESGOS Y PELIGROS QUE PUEDEN AFECTARME EN EL TRABAJO; QUE DEBO CUMPLIR PARA PREVENIRLOS Y/O CONTROLARLOS. DE IGUAL FORMA HE SIDO INSTRUIDO Y CAPACITADO SOBRE EL PROGRAMA DE SOSTENIMIENTO, SISTEMAS DE VENTILACIÓN, MANEJO DE EXPLOSIVOS Y HERRAMIENTAS, TRANSPORTE INTERNO Y EXTERNO DEL CARBÓN Y TRANSPORTE DEL PERSONAL DESDE Y HACIA LAS INSTALACIONES DE LA MINA, SUMINISTRADO POR LA EMPRESA EN LOS TÉRMINOS ESTIPULADOS POR LA MISMA”.
- A folios 49 a 53, 55 a 59, 60 a 64, 65 a 69, 70 a 76, 77 a 80 se allegan constancias de inducción y reinducción realizadas al trabajador realizadas los días 10 de enero de 2011, 02 de noviembre de 2011, el 09 de enero de 2021, 23 de abril de 2012, 07 de enero de 2013 y 07 de agosto de 2014, respectivamente, suscritas por aquel, el supervisor o jefe de la mina, de salud ocupacional y por el jefe de seguridad.
- A folios 48, 54 y 81 se observan evaluaciones realizadas al actor, acerca de las reinducciones realizadas.
- A folios 111 a 129 se allegan los formatos de asistencia a diversas actividades de capacitación llevabas a cabo por la empresa en desarrollo de su programa de salud ocupacional, en temas como “actos y condiciones inseguras en el trabajo, socialización de reglamento de trabajo, hábitos posturales y manejo de espalda, entre otras, desde el enero de 2011 y hasta octubre de 2012, en las cuales se verifica la presencia del demandante.
- A folios 133 a 138 se observan los listados de entrega de dotación (botas, camisa y pantalón) de abril, agosto y diciembre de 2011, y abril, agosto y diciembre de 2012, dentro de los cuales se evidencia la firma de constancia de recibido del señor Chona Hernández.
- A folios 139 a 146 se encuentran las recomendaciones laborales del actor, emitidas por Saludcoop EPS y notificadas a la empleadora.
- A folios 147 a 157 se allega el análisis de puesto de trabajo-determinación de origen del actor, realizado por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS el día 18 de febrero de 2015.
- A folios 158 a 163 se observa el análisis del puesto de trabajo del demandante realizado por la empresa COOPROCARCEGUA, el 11 de enero de 2013.
- A folios 164 a 213 y 237 se aportan los formatos de asistencia a las rutinas de ejercicios llevados a cabo desde el 16 de marzo al 26 de

noviembre de 2011 donde se evidencia la firma del demandante.

- A folio 293 se allega la “constancia de intervención en empresas” de POSITIVA de fecha 25 de marzo de 2014 en la cual se realizó la actividad de prueba de trabajo del demandante.
- A folio 296 se aportó oficio de POSITIVA de fecha 06 de marzo de 2014 en la cual le informan al trabajador que “en fecha 21 de febrero de 2014 fueron expedidas las recomendaciones para reintegro laboral emitidas por el Dr. Manotas (…). Nuestra Compañía remitió oficio a la empresa con la notificación de dichas recomendaciones el 27 de febrero de 2014”.
- A folios 300 a 337 se encuentra información relacionada con las incapacidades otorgadas al actor desde diciembre de 2013 y hasta septiembre de 2014 y en septiembre y octubre de 2016.
- A folios 343 y 352 se observan formatos de “seguimiento atención de trabajadores cooprocarcegua, Ltda” correspondientes al periodo de mayo a noviembre de 2016, en las cuales se lee que el señor Oracio Chona manifiesta no informar el estado de salud e igualmente se niega a firmar.
- A folios 238 a 241 se allegan exámenes médicos de ingreso realizados al actor en enero de 2010, enero de 2011, enero de 2012 y de egreso (diciembre de 2011).
- A folios 242 a 252 se encuentra el Acta de Elección y Conformación del Comité Paritario de Salud Ocupacional de Cooprocarcegua, de fecha 21 de septiembre de 2010, con su correspondiente registro ante el Ministerio de la Protección Social, así como el Acta N°1 de la reunión llevada a cabo el día 31 de enero de 2011.
- A folios 253 y 254 se adjunta un “diagnóstico de salud y condiciones de trabajo- Programa de medicina preventiva y del trabajo departamento de salud ocupacional- 2021” del trabajador ORACIO CHONA HERNÁNDEZ, suscrito por el mismo.
- A folios 267 a 270 se allegan comunicaciones relacionadas con las recomendaciones laborales emitidas por POSITIVA para el reingreso del demandante a sus labores en la empresa demandada en el mes de abril de 2013 y a folios 275 a 283 las recomendaciones de fecha febrero/marzo de 2014.
- A folios 353 a 486 se observa el Programa de Salud Ocupacional de COOPROCARCEGUA expedido en 2021.

En su interrogatorio de parte, el señor ORACIO CHONA HERNANDEZ indicó que empezó a trabajar como minero en el año 2004; que efectivamente laboró para la empresa durante 2 años y 9 meses, estando incapacitado desde el 20 de septiembre de 2012; acepta que recibió inducciones y capacitaciones por parte de COOPROCARCEGUA, pero explica que no fueron concretas como para que el trabajador pueda entender bien lo que le perjudica y lo que no si levanta más de tantos kilos; aceptó que su firma es la que aparece en los formatos de asistencia al programa de acondicionamiento físico y prevención de alteraciones osteomusculares, vistos a folio 173 y reverso; indicó que en las empresas en que laboró con anterioridad a la demandada, no tenían programa de salud ocupacional ni le realizaban las correspondientes inducciones y capacitaciones.

Precisó que recibió capacitación e inducción acerca de las posturas y el levantamiento del peso; que nunca le hablaron de las pausas activas; que, en las mañanas, antes de iniciar la jornada de trabajo, recibían charlas de seguridad, realizaban rutinas de ejercicio como estiramientos.

Informó que la labor de latero que realizaba, se hacía en conjunto con otra persona (socio) que era el picador pero que la decisión de cargar las latas de una forma determinada depende de la decisión del trabajador; que el día del accidente, en septiembre de 2012, estaba llenando la lata con su socio.

El señor Oscar Mauricio Ortega Ballesteros, representante legal de COOPROCARCEGUA, LTDA. indicó que se desempeña en ese cargo desde 1997; cuando se le preguntó por el cargo ejercido por el demandante, indicó que era “el cargo de picador y la actividad es complementaria con otra persona, dado que se hace por parejas es el latero, o sea es el picador-latero, esa función la realiza una pareja que son quienes se encargan de avanzar los frentes de preparación y explotación, mediante la perforación con uso de un taladro eléctrico, para llevar a cabo una voladura que es el diseño técnico que se hace para darle mejor rendimiento a los explosivos que utilizamos para esa actividad; una vez que el material ya es arrancado, normalmente se hace al final de los turnos para que al día siguiente en el frente ya esté en las condiciones para ser revisado y ellos inician el proceso de evacuación del mineral, que es en la lata, que ya bastante se ha hablado del tema, que lo hacen cargando la lata manualmente con el uso de una pala y cuando las labores son en su fase inicial se hace manualmente para lograr ya una distancia adecuada y lograr así la instalación del sistema mecanizado que hacía referencia el testigo anteriormente interrogado.

Con respecto a los elementos de seguridad entregados a los trabajadores, cuando ejercen funciones como picador y latero, precisó que estos son “casco, botas, guantes, mascarilla y protectores auditivos, perdón, auditivos no, visuales, visuales, ópticos no, porque en el cargo de picador no hay ruido que sobrepase lo más mínimo”.

Ahora, de los testimonios recaudados traídos al proceso por la parte demandante, se obtuvo la siguiente información:

- El señor Jesús Javier Daza Caballero, testigo que fue tachado como sospechoso, dado que tiene un proceso en el mismo despacho con las mismas pretensiones, indicó que labora en la empresa demandada; que actualmente se encuentra incapacitado y es amigo del demandante aproximadamente desde el año 2007; precisó que en la mina ejercía actividades de latero, picador, cochero, levantaba madero, peña y en general todas las actividades que hace un minero.
  Informó que él visitaba el puesto de trabajo del demandante, viendo que tenía unas condiciones laborales no muy favorables para el cuerpo, porque trabajaba en una altura de 1 metro, 1.10 metros máximo; que el actor transportaba una lata que pesaba más o menos de 384 a 400 kilos, que había que levantarla de las asas de atrás; que esa lata tenía

dos ruedas adelante y dos platinas atrás y para bajar más peso le ponían un accesorio que se llama “bongo”; que para vaciar la lata, la levantaban hacia atrás y la volteaban; que ese trabajo también lo realizó él desde el 2005 y hasta el 2013.
Narró que veía que el actor realizaba un esfuerzo físico en el procedimiento de vaciado de la lata, ya que lo hacía en una altura de 1.20 o 1.10 metros, en una posición totalmente de cuclillas, en ocasiones de rodillas; que la empresa no les daba descansos periódicos porque como era por destajo, entre más trabajaban, para ellos era mejor; que para el momento en que él salió de la empresa en 2013, no se habían mecanizado los transportes de la lata.
Con respecto al desarrollo de las labores de picador y latero, indicó que “de picador Ie dan a uno un gancho, tiene que picar carbón de picador y ayudarle al latero a llenar la lata y perforar y parar madera, esas son las funciones del picador, reforzar por donde va”; informó que el latero y el picador “trabajan en sociedad, la lata la llenan entre los dos, el latero la lleva, la descarga, la sube, mientras eso el picador ya le va ayudando a llenar la otra lata, porque trabaja uno con dos latas, mientras una sube la otra baja; entonces entre los dos hacen las funciones pero menos la lateada, la lateada la hace solamente el latero”. Indicó que la lata la descargan más o menos a 0.50, 1 o 1.50 metros de distancia, y mientras el latero la baja, descarga, y vuelve a subir, se demora dos o tres minutos y vuelve y sube a cargar, y así es todo el tiempo; que esas funciones se realizan con una pala y una lata.
Informó que para la fecha del accidente de trabajo del actor, septiembre de 2012, este no se encontraba trabajando ahí mismo.
Manifestó que antes de 2009 la empresa no tenía una persona encargada de salud ocupacional; que desde ese año en adelante empezaron a mejorar y les daban charlas, capacitación, hacían calistenia, etc.

- El señor JAVIER CHONA HERNADEZ, testigo que fue tachado de sospechoso por la demandada, indicó que es sobrino del actor, y trabajó con él en el año 2010 en el mismo nivel y trabajaron dos quincenas en el mismo puesto de trabajo, como lateros; manifestó que la empresa les entregaba elementos de protección personal, con respecto a la función del latero, narró que “había que coger la lata, amarrarla con el gancho, que le enganchaba uno en la parte trasera de la lata y jalarla y luego echarse uno por delante ella hasta bajarla otra vez al punto de descanso”. Explicó que la lata tenía “unos 40 cms de alta con dos ruedas y dos platinas en la parte trasera y como de unos 90 o 95 cms de ancho”, que vacía pesa 40 o 45 kgs y para vaciarla había que levantarla de la parte trasera; que la altura de los lugares habituales de trabajo del demandante era aproximadamente de 1 mt; narró que la empresa empezó a mecanizar el proceso del latero aproximadamente en el año 2012, pero que a veces el malacate no funcionaba y debían continuar haciéndolo manual. Explicó que la lata tiene solo dos ruedas adelante y dos platinas atrás, porque hay otras con cuatro ruedas que no se pueden controlar bien, ya que el lugar es inclinado.

Por su parte, la empresa COOPROCARCEGUA trajo a su cargo los siguientes testigos:

- El señor WILLIAM ENRIQUE RINCÓN RODRÍGUEZ indicó que es el supervisor jefe de mina en la empresa demandada; que el demandante inició con contratos de enero a diciembre en los años 2010, 2011 y en 2012, habiéndose accidentado en septiembre de esta última anualidad. Cuando se le cuestionó por las funciones que realizaba el actor, narró que era picador; que “en el momento del accidente él se encontraba en las labores de picador él y los trabajadores pues todas las labores allá en la empresa se desempeñan de a dos, allá no se pueden ellos trabajar solos, siempre lo hacen en compañía, en pareja y pues está el picador y está el que, el que, el que trabaja con él, son los picadores; ellos pues empujan la lata, la empujan, solamente la empujan o la guían, no tienen que levantar peso, no tienen que levantar, porque a favor de la gravedad, de la gravedad con una pendiente de 9° a 10° la lata se desplaza por sí sola y no tienen que hacer mucho sobreesfuerzo en levantar ni empujar la lata” (…) “tienen que utilizar también taladro eléctrico para hacer la perforación porque el arranque se hace con explosivos, el arranque del carbón se hace con explosivos, ellos utilizan las demás herramientas solamente para arrancar o aflojar lo que ya el explosivo dejó suelto”; precisó además que “las labores las realizan siempre en pareja, en compañía, nunca las hacen solos y se colaboran para todo, el picador pues los que están picando pues ellos tienen que llenar la lata de carbón con la ayuda de la pala, llenan la lata y cuando van a hacer el transporte de la lata lo hacen con una pendiente a favor de 9°, lo cual no les hace tener mucho sobreesfuerzo, porque ellos simplemente guían la lata, en ningún momento la van a levantar, cuando van a hacer, se va a hacer el descargue de la lata, la lata tiene un diseño especial en el que los ejes de la lata están, los ejes de la llanta de la lata están mucho más cerca y por ese diseño con solo una pequeña fuerza que se le hace ella se voltea y se descarga sola; también tenemos nosotros el sistema que se implementó lo que es “el nuestro”, de que una lata ya es un sistema de transporte mecanizado, semimecanizado, en la que, en la que ellos realizan la operación con la ayuda “del nuestro”” (…); así mismo, realizó un diagrama de las actividades de lateo el cual se encuentra a folio 479 del expediente y del que indicó “como lo puede observar este es el diseño de la lata, de la que ellos, en la que ellos latean con el carbón y lo que le decía al principio, tiene los ejes de las ruedas cerca para que con un mínimo esfuerzo, para que con un mínimo esfuerzo ella voltea más fácil y se descarga la lata, ya este diseño con el que se está, un diseño de un transporte semimecanizado de que ellos no tienen que movilizar la lata, sino simplemente con la ayuda de un malacate de 5 caballos de fuerza y una cable de acero, una guaya, ella le sube y le baja la lata sola y la lata se descarga sola; este es el diseño y él se desplaza sobre unos ángulos de hierro y sube y baja la lata con ayuda de un malacate y este es cuando ellos lo realizan de la forma manual, pero no, nunca levantan la lata, la lata nunca tienen necesidad de levantarla”.

Con respecto a las dimensiones que tienen las guías principales y las auxiliares de transporte de la mina, indicó que las principales tienen una altura de 1.80 mts con más de 4 m2 libres, todas con la altura que establece el decreto; **indicó también que la altura que tenía el lugar donde desempeñaba sus funciones el actor, era de 0.95 mts, ya que están trabajando en el manto de carbón y se extrae el mismo; que por esa altura, "ellos realizan las labores arrodillados, se sientan pero pues buscan la mejor comodidad para realizar la labor"**

Indicó que la empresa les da a sus trabajadores el tiempo suficiente para hacer pausas activas y descansar, y les recomienda que lo hagan; que la empresa desde el año 2002 cuenta con un departamento de salud ocupacional con la Dra. Erika del Pilar Sánchez y posteriormente ha venido vinculado más personal capacitado.

Informó que después del accidente de trabajo, el demandante únicamente volvió a laborar durante un día y al día siguiente abandonó las instalaciones de la mina.

- La señora SARA CONSUELO PRIETO JIMENEZ manifestó que es ingeniera de minas, especialista en seguridad y salud en el trabajo y que es la persona encargada de la parte de salud ocupacional de la mina desde el año 2013; que desde el año 2002 la persona encargada el área era la señora Erika y a partir del 2011 estuvo la profesional Diana Nocua. Con respecto al puesto de trabajo del demandante para el momento en que ocurrió su accidente, indicó que era "en el nivel 44202W, el tambor es 02W, pues son condiciones del trabajo tiene más o menos una altura entre 90 a 1,10 tiene el piso es en roca, el buzamiento es a favor entre 9° y 12° tiene la pendiente a favor, tiene pues lógicamente su ventilación auxiliar, tiene el equipo el nuestro que les ayuda con el tema del descargue, el sistemas semimecanizado y lógicamente pues debe contar con el sostenimiento que se le instruye al trabajador para que lo instale". Cuando se le preguntó por el requerimiento de una altura mínima del lugar de trabajo, precisó que "la norma como tal menciona es más bien al manto que sea como atractivamente explotable y dice que debe ser mínimo de 30 cm"; precisó que el actor se moviliza en moto hasta su lugar de trabajo y la vía hasta allí es completamente destapada.

  Aclaró que "en las visitas que nosotros hemos tenido de la ARL, que son la entidad que ellos verifican el tema de la seguridad y las condiciones del trabajador y lo mismo la Agencia Nacional Minera cuando ha hecho la visita de seguimiento de seguridad, en ningún momento ellos han dejado algún precedente de que las condiciones no sean las adecuadas para los trabajadores".

VALORACIÓN PROBATORIA

Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, el recurrente le atribuye al empleador una actitud omisiva, como causante de su enfermedad

profesional, 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 lo anterior, se hace preciso indicar que, de las pruebas documentales aportadas por la pasiva, encuentra la Sala que el empleador logró acreditar que desde el inició de sus actividades mineras, creó el pertinente Comité Paritario de Salud Ocupacional (Anexo 2 folio 243) y adoptó un sinnúmero de medidas tendientes a salvaguardar y proteger la salud del señor ORACIO CHONA, actuando con la debida diligencia y precaución para resguardar su salud.

Y es que, a pesar que la parte interesada alega en su demanda que la empresa no realizaba capacitaciones de salud ocupacional, ni de seguridad e higiene minera, ni le entregaba elementos de protección personal, de la documental aportada se extrae que el empleador desvirtúa dicha afirmación, pues conforme a los elementos de juicio atrás relacionados se evidencia que al trabajador le fue entregada la pertinente dotación para el cabal desarrollo de su actividad minera, así como los elementos de protección personal, lo cual fue aceptado por los testigos y el trabajador, así como la realización de múltiples actividades de capacitación, inducción y reinducción, con sus correspondientes evaluaciones (folios 48, 54 y 81), implementándose igualmente el programa de acondicionamiento físico y prevención de aliteraciones osteomusculares y las evaluaciones (folios 164 a 237); así mismo, al actor se le realizaron los exámenes médicos tanto de ingreso como de ingreso, durante los años 2010 a 2012 (folios 238 a 242).

Es por esto que, 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 en los años 2011 y 2012, por lo que se puede afirmar que el empleador demostró que actuó de forma diligente al entregar todos las herramientas de protección y realizar las diferentes instrucciones sobre posturas y ambiente laboral.

Por otra parte, alega el demandante que la empresa demandada no respetó lo reglado acerca de la altura mínima que debe tener una excavación minera;

en este punto, aunque existe contradicción entre lo indicado en el análisis del puesto de trabajo realizado por Positiva visto a folios 147 a 157 y lo manifestado en los testimonios recaudados 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, se tendrá en cuenta lo dicho por los testigos de ambas partes, dado que el documento aportado por la empresa, y en el que se precisa que el diseño del puesto de trabajo tiene una altura en nivel de 1.80 cms, fue realizado en el año 2015, fecha en que el actor ya llevaba más de dos años incapacitado, lo que le resta fuerza probatoria en este asunto.

En este entendido, es claro para la Sala que el señor ORACIO CHONA HERNANDEZ realizada sus funciones en una altura de entre 90 y 1.10 cms, inferior a lo exigido en el artículo 54 del Decreto 1335 de 1987, en cuanto regula que "*El área mínima de una **excavación** minera debe ser de tres (3 m2) con una altura mínima de 1.80 m* ", y que COOPROCARCEGUA no se encontraba autorizada por la Agencia de Minas para realizar sus labores en lugares que no cumplieran con dicha normativa, por lo que se encontraba inobservando la misma; igualmente, no se probó por parte de la empresa que hubiera alguna diferenciación en cuanto al lugar donde llevaba a cabo sus actividades el actor, en cuanto a las labores de extracción, excavación o explotación minera las que, como se analizó en un inicio, hacen referencia a "labores subterráneas" de manera indistinta.

En tal virtud, considera la Sala que le asiste razón al apelante en cuanto alega que COOPROCARCEGUA se encontraba incumpliendo cabalmente la normativa referente a la altura mínima que debe tener un sitio de excavación; siendo claro también que, si bien no existe un dictamen médico en que se establezca que las patologías sufridas por el actor son consecuencia de la postura que debía adoptar en desarrollo de sus labores en dicha altura, sí es evidente que la empresa, al incumplir lo normado en este aspecto en el mentado decreto, agravaba las condiciones de trabajo del señor ORACIO CHONA.

Según el Formulario de Dictamen para Determinación de Origen del Accidente, de la Enfermedad y la Muerte N° 3069401 proferido por SaludCoop EPS se indica que "en el presente caso se demuestra el factor de riesgo para el segmento de columna lumbosacra y cervical, son de **intensidad y tiempo** suficiente para generar las patologías motivo de calificación; así mismo se cuenta con conceptos de especialista y resonancia magnética que confirman las patologías, también cumple los criterios epidemiológicos en grupos de similar exposición. En el análisis de puesto de trabajo se demuestran los factores de riesgos sumados al **tiempo de exposición, la repetitividad de la labor**, evidencian íntima relación causa efecto entre sus funciones y las patologías que se califican como laborales", lo cual, si bien es considerado un riesgo propio de la labor realizada, este riesgo de desencadenar un daño en cabeza del trabajador se pudo haber minimizado o moderado por parte de la empleadora, mediante la total observancia de las normas establecidas para la actividad minera, en este caso, la relacionada con la altura mínima en el sitio de trabajo del actor, ya

que es evidente para la Sala, que al este tener que realizar las actividades de latero, de forma tan repetida y prolongada, y además en una altura de entre 90 a 1.10 cms, donde debía hacerlo de cuclillas o como lo afirmó el señor WILLIAM ENRIQUE RINCÓN RODRÍGUEZ, supervisor jefe de mina en la empresa demandada, arrodillado, muestra una conducta negligente, desapegada de la normatividad legal por parte de COOPROCARCEGUA, la cual exacerbó, a todas luces, el impacto de la labor en la salud física de su trabajador.

Y es que es surge patente que representa una gran diferencia la postura que se asuma al realizar una labor que involucre movimientos repetitivos y el uso de la fuerza, durante una gran parte de la jornada laboral, ya que de haberse respetado la altura mínima de 1.80 cms, esto le permitiría al trabajador minero adoptar una posición más ergonómica y adecuada, pudiendo distribuir de mejor manera el peso y manteniendo fácilmente y sin problema su equilibrio, contrario a lo que ocurre cuando la misma actividad se realiza de cuchillas o arrodillado, como fue probado en este caso.

Además de lo anterior, debe indicar la Sala, que el actor desarrollo su actividad en esas condiciones por espacio de **2 años y 8 meses**, esto es, desde el día 15 de enero del año 2010 al día 19 de septiembre del año 2012, fecha en la cual sufrió el accidente de trabajo, de tal suerte que conforme a los dictámenes de PCL practicados después de dicho suceso, la estructuración de su enfermedad profesional fue establecida el día **8 de marzo del año 2013**, es decir, 6 meses posteriores a la finalización de sus labores mineras, lo cual indica con absoluta nitidez la total correlación entre el desempeño de las actividades por parte del actor, en unas condiciones no aptas para su ejecución con la enfermedad profesional que le fue diagnosticada y que le generó una PCL equivalente al 15.83%.

De lo que viene de analizarse queda claro para esta Sala que existió culpa debidamente probada en cabeza de la empresa COOPROCARCEGUA, LTDA. en la enfermedad laboral sufrida por el actor de OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, LUMBAGO NO ESPECIFICADO Y TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON MIELOPATÍA, debiendo estudiarse entonces si es procedente el pago de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, así como los perjuicios morales solicitados en la demanda, previo a lo que deberá revisarse la excepción de prescripción propuesta por la pasiva.

PRESCRIPCIÓN

En punto a este fenómeno extintivo, debe aclarar la Sala que la acción teniente a obtener la indemnización plena de perjuicios derivados por las enfermedades laborales padecidas y diagnosticadas al actor, no se encuentra afectado por el mismo, en tanto, como se dijo en líneas precedentes, el dictamen **Nº7717665** proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a través del cual se le diagnosticó “otros trastornos especificados de los discos intervertebrales y lumbago no especificado”, con una pérdida de capacidad laboral del **15,83%** estructurada el **08 de marzo de 2013,** data

del **8 del 18 de noviembre del 2013** y teniendo como fue presentada la presente demanda el día 18 de noviembre de 2016, es evidente que no se superó el término trienal en la Ley laboral pactado.

El anterior análisis sigue las directrices establecidas por la HCSJ en cuanto ha manifestado de manera pacífica que dicho término comienza su contabilización una vez el afectado "se encuentra en capacidad de obrar. Y ese momento no se identifica con el de la ocurrencia del insuceso (a menos que ocasione la muerte del trabajador), ni con la del reintegro a las labores, ni con el de esclarecimiento de la culpa patronal, sino con el de la calificación médica mencionada" (sentencia de 15 de febrero de 1995 (Rad. 6803), lo cual ha ratificado recientemente en sentencias tales como la SL 3749 de 2021, al indicar lo siguiente:

> Pues bien, para dar respuesta a esos cuestionamientos, se indica que esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, informando que el termino prescriptivo de las acciones encaminadas para obtener la indemnización plena y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del CST, inicia a contabilizarse a partir de la fecha, en la que se establezcan, por los mecanismos establecidos en la ley, las secuelas que el accidente o enfermedad de trabajo han dejado a la víctima, momento en el cual, este se encuentra habilitado para reclamarlos.

LUCRO CESANTE

Solicitó el demandante en su escrito inaugural, el pago del lucro cesante consolidado y futuro, aclarándose que no fue solicitado el mismo a favor de su compañera permanente OLGA MARÍA ESTUPIÑÁN LÁZARO y sus menores hijos YJEL y BFCE por lo que no será estudiada su procedencia.

Frente al pago de estos perjuicios, la HCSJ en su sentencia SL.18360-2017 citada posteriormente en aquella SL 987 de 2021 indicó lo siguiente:

> En torno al lucro cesante, debe entenderse el dinero que se dejó de percibir por la ocurrencia del daño, el cual comprende el lucro cesante pasado y el futuro, siendo el primero el que se causa a partir de la finalización del contrato de trabajo, es decir, el 23 de septiembre de 1998, hasta la fecha de esta sentencia; y por el segundo, desde el día en que se profiera el fallo, hasta que se cumpla la expectativa de vida probable del actor».

Así las cosas, con el fin de realizar la tasación del lucro cesante, tanto consolidado como futuro, esta Sala tendrá en cuenta el salario percibido por el actor a la fecha de la terminación de su contrato de trabajo, data a partir de la cual es procedente el pago por dicho concepto, en virtud de reglado por la HCSJ en sentencias tales como la SL573 de 2020, calculándose con base en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

En tal virtud, y siguiendo los lineamientos otorgados en sentencias tales como CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 22656, reiterada en la CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 29644, CSJ SL 695-2013, CSJ SL 2 oct. 2013, rad. 37297, CSJ SL 5619-

2016 y CSJ SL 5154-2020, citadas más recientemente en aquella de radicado SL238 de 2021, la liquidación por los conceptos mencionados, se realizará de la siguiente manera: |

En cuanto tiene que ver con el 'lucro cesante', habrá de distinguirse el "pasado", esto es, el causado a partir de la terminación del vínculo laboral del actor y hasta la fecha del fallo, pues, durante el término anterior, esto es, de la fecha del accidente –10 de octubre de 1996-- a la de desvinculación laboral –7 de mayo de 1998--, se impone entender, por no existir en el recurso extraordinario reclamación al respecto, que la empleadora cumplió sus obligaciones laborales con el trabajador y, por ende, no se generó esa clase de perjuicio, del 'lucro cesante futuro', es decir, el que a partir de la fecha de la providencia se genera hasta el cumplimiento de la expectativa probable de vida del trabajador, y para su cálculo se seguirá el criterio adoptado por la Sala en sentencia reciente de 22 de junio de 2005 (Radicación 23.643), en la que se dijo que se acogerían las fórmulas, adoptadas también por la Sala de Casación Civil de la Corte para calcular estos conceptos indemnizatorios en diversas sentencias, entre ellas, las de 7 de octubre de 1999 (exp. 5002), 4 de septiembre de 2000 (exp. 5260), 26 de febrero de 2004 (exp. 7069) y más recientemente de 5 de octubre de 2004 (exp. 6975), en las cuales se calcula, **el primer concepto, multiplicando el monto del salario promedio devengado para la fecha de retiro, actualizado hasta la fecha de la sentencia, por el factor de acumulación de montos que incluye el factor correspondiente por ese período al 0.5% mensual (6% anual) por interés lucrativo;** y el segundo concepto, partiendo del monto del lucro cesante mensual actualizado, para luego calcular la duración del perjuicio --atendida la expectativa probable de vida del perjudicado, y *reducida* aritméticamente a un número entero de meses desde la fecha de la sentencia--, para concluir en el valor actual del lucro cesante futuro, previa deducción del valor del interés civil por haberse anticipado ese capital, atendiendo de paso el criterio propuesto por la moderna doctrina, de la siguiente forma:

"Lucro cesante pasado:

"VA = LCM x Sn"

"Donde:

"VA = valor actual del lucro cesante pasado total más intereses puros lucrativos"

"LCM = lucro cesante mensual actualizado"

(1+ i) n -1

Sn] = ----------

i

"Siendo:

"n = Número de meses a liquidar"

"i = Tasa de interés de 0.5 mensual (6% anual)"

"Lucro cesante futuro:

"VA = LCM x An"

"Donde:

"VA = valor actual del lucro cesante futuro"

"LCM = lucro cesante mensual"

$$a_n = \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

"Siendo:

"n = Número de meses de incapacidad futura"

"i = Tasa de interés de 0.5 mensual (6% anual)"

"Importa señalar que, en este caso, a diferencia de la considerado en otras oportunidades, entre ellas la citada por la Corte en la sentencia atrás reseñada, el porcentaje de la merma de la capacidad laboral del trabajador sí se debe tener en cuenta a efectos de calcular el lucro cesante pasado y, en consecuencia, el futuro, por no aparecer prueba en el expediente de que, con independencia del mismo, el actor quedara impedido para desempeñar su oficio, pues, al contrario, como se anotó, lo ejerció hasta el 7 de mayo de 1998 cuando se terminó la relación laboral."

Teniendo en cuenta lo anterior, teniendo como norte el cálculo realizado en la sentencia SL237 de 2021, encuentra la Sala que son relevantes los siguientes datos:

Datos del trabajador		
Género		Masculino
Fecha de nacimiento		8-sep-73
Estructuración accidente		8-mar-13
Fecha retiro laboral		21-ene-20
Último salario		$ 1.995.200
Salario actualizado al	31 de agosto de 2021	$ 2.098.175
Porcentaje del daño		15,83%
Datos para el lucro cesante		
Lucro cesante mensual		$ 332.141

Número de meses transcurridos		19,37
Interés anual		6%
Interés mensual		0,50%
Edad del causante al	30 de agosto de 2021	47
Expectativa de vida		404,23

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO

Desde la fecha de la sentencia de primera instancia, hasta la presente providencia, arroja un total de $6.736.551, suma a cuyo pago se CONDENARÁ a la pasiva a favor del señor CHONA HERNÁNDEZ, como resultado de la siguiente fórmula:

VA = LCM x Sn

VA= $ 332.141 * ((1+0,5%)^19.37)-1) / 0,5%

VA= $6.736.551

LUCRO CESANTE FUTURO

Aplicando la fórmula matemática mencionada en precedencia, teniendo en cuenta el lucro cesante mensual aquí calculado, es menester condenar a la pasiva al pago a favor del señor CHONA HERNÁNDEZ de la suma de $58.656.104, por concepto de lucro cesante futuro, así:

VA = LCM x An

VA=$332.141 x ((1+0.5%)^404.23-1) /(0.5%*(1+0.5%)^404.23.1)

VA= $58.656.104

PERJUICIOS MORALES

Frente a los perjuicios morales solicitados por el actor, se indica que si bien en las pretensiones no fue manifestado que estos se pedían en cabeza de su compañera permanente y sus hijos menores, del hecho 29 se puede interpretar esto, por cuanto se afirma “CIRCUNSTANCIAS DE VALORACIÓN PARA DETERMINAR PERJUICIOS MORALES: Que la pérdida de Capacidad Laboral (PCL) definitiva de mi cliente, ha generado un perjuicio moral, a él y a su familia toda vez que mi cliente con sus lesiones o patologías tiene las siguientes afecciones morales: - Perdió parte de su vida sexual con su pareja sentimental. – Tiene episodios de depresión constantes. – Persiste dolor en la espalda y hombros”. Así las cosas, en ejercicio de las facultades otorgadas al juez para interpretar de manera integral el escrito introductor, analizará esta Sala la procedencia de estos perjuicios, en cabeza del

demandante, la señora OLGA MARÍA ESTUPIÑÁN LOZADA, y sus hijos menores.

En punto a este petitum conveniente resulta traer a escena lo manifestado por la HCSJ en su sentencia SL987 DE 2021 en cuanto a la prueba de los daños morales, tanto en cabeza del trabajador que ha sufrido de una pérdida de capacidad laboral, como a favor de las personas que conforman su núcleo familiar, así:

> Frente a esta reclamación, debe precisarse que esta Corte ha sostenido, que esta clase de perjuicios originados por un accidente de trabajo, se pueden reconocer tanto a la víctima como a las personas más cercanas a la misma, que sufren igualmente con los padecimientos que aquejan a aquélla en los términos del artículo 216 del CST, siempre y cuando, acredite «haber padecido una lesión o un menoscabo en sus condiciones materiales o morales con ocasión de la muerte, la discapacidad o la invalidez generadas por el infortunio laboral derivado de una culpa patronal, pues lo cierto es que el accidente de trabajo puede tener consecuencias indirectas frente a terceros que resultan afectados en su situación concreta». (CSJ SL7576-2016).
>
> De otra parte, también se ha dicho por parte de la Sala, que esta clase de perjuicios deben clasificarse en objetivados y subjetivados, y su tasación debe hacerse al arbitrio judicis, siendo pertinente rememorar la sentencia CSJ SL4794-2018, en donde se dijo:
>
> […] la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada ha sostenido que el daño moral debe ser analizado desde dos perspectivas, los objetivados y subjetivados, respecto de los que en la sentencia CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 39867, reiterada en la CSJ SL1525-2017, se dijo «Los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir.
>
> En cuanto a su liquidación, la Corporación a dicho de manera pacífica, que es menester aplicar las reglas de la experiencia, pues su tasación se hace al «arbitrium judicis»., lo que significa que el juzgador está la capacidad de tasar libremente el monto de dicha indemnización, tal y como se dijo en la sentencia CSJ SL10194-2017, reiterada en la SL17547-2017, sin que ello signifique que se haga de manera caprichosa, sino fincada en circunstancias particulares que rodeen el asunto particular.

Así las cosas, de lo ya analizado en la presente providencia, surge con diáfana claridad que como consecuencia de la enfermedad profesional sufrida por el señor CHONA HERNANDEZ GUTIERREZ, se le ocasionó al actor sentimientos de angustia, dolor, aflicción y tristeza, debido a las limitaciones de movilidad que implica el diagnóstico de TRASTORNO DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES; así mismo, del Dictamen N°77177658-826 de fecha 11 de julio de 2019 se observa que el actor sufre de un **TRASTORNO DEPRESIVO DE LA CONDUCTA,** el cual si bien fue calificado como de origen común, en dicho dictamen se indica que el demandante “ha

estado con insomnio por el dolor, alteraciones del afecto, hacia la depresión" y que presenta "difícil control de síntomas de dolor, y al no controlar los mismos aumenta los síntomas depresivos", siendo entonces procedente el pago de los perjuicios morales solicitados en cabeza del señor ORACIO CHONA HERNANDEZ, en una cuantía equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

Con respecto a los prejuicios morales en cabeza de la compañera permanente del actor, así como de sus menores hijos, se tiene que los mismos no fueron probados en juicio, razón por la cual se ABSOLVERÁ a la pasiva de dicha pretensión.

Por último, es de aclarar que si bien el actor se encuentra devengando una pensión de invalidez desde el mes de diciembre de 2019, según Resolución SUB21610 del 25 de enero de 2020 traída a esta instancia por el demandante, lo anterior no obsta para condenar a la empleadora encontrada culpable, al pago de la totalidad de los perjuicios generados y aquí liquidados, sin que sea procedente un descuento del monto percibido por el actor en virtud de aquella prestación; al respecto, la HCSJ indicó en su providencia SL 5619 de 2016, lo siguiente:

> Frente a la segunda inconformidad de la demandada apelante, referente a no estar obligada a pagar la indemnización ordinaria y total de perjuicios, por tener afiliado al actor a la seguridad social, debe señalarse que el Sistema General de Riesgos Profesionales cubre los riesgos que por su propia naturaleza genera el trabajo, mientras que los daños ocasionados al trabajador por conducta culposa o dolosa del patrono, le corresponde resarcirlos a ese empleador en forma total y plena, atendiendo el régimen general de las obligaciones. El hecho que el demandante por la reparación tarifada de riesgos reciba una pensión de invalidez de origen profesional por parte de la ARL tal como se certificó a fl. 122 del cuaderno del Juzgado, no tiene ninguna incidencia frente a la reparación plena de perjuicios por culpa patronal que asume el empleador, ya que poseen distinta finalidad, pues la primera es de naturaleza prestacional y la segunda meramente indemnizatoria en la modalidad subjetiva que hace parte de un riesgo propio del derecho laboral, sin que pueda operar el descuento de la mencionada indemnización plena de perjuicios con lo pagado por la ARL por la prestación de invalidez (Sentencias de la CSJ SL, 12 nov. 1993, rad. 5868, reiterada en la SL-7884- 2015, 28 may. 2015, rad. 2015, así como la del 13 mar. 2012, rad.39798).

Así las cosas, procederá esta Sala a REVOCAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de diciembre de 2018 y en su lugar se DECLARARÁ que se encuentra suficientemente probada la culpa de la empresa COOPROCARCEGUA en las enfermedades de origen laboral sufridas por el actor, y como consecuencia de lo anterior, se le CONDENARÁ a aquella al pago de las siguientes sumas de dinero a favor del señor ORACIO CHONA HERNÁNDEZ:

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: $6.736.551

LUCRO CESANTE FUTURO: 58.656.104
DAÑOS MORALES: Monto equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

Se declararán como no probadas las excepciones propuestas por la pasiva y no se condenará en costas en esta instancia por haber sido favorables al apelante las resultas del recurso.

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: REVOCAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de diciembre de 2018 y en su lugar DECLARAR que se encuentra suficientemente probada la culpa de la empresa COOPROCARCEGUA en las enfermedades de origen laboral sufridas por el actor.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa COOPROCARCEGUA al pago de las siguientes sumas de dinero a favor del señor ORACIO CHONA HERNÁNDEZ:

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: $6.736.551
LUCRO CESANTE FUTURO: 58.656.104
DAÑOS MORALES: Monto equivalente a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES.

TERCERO: DECLARAR COMO NO PROBADAS las excepciones propuestas por la pasiva.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

MAGISTRADO

(Salvamento de Voto)
NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVEZ
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____
Secretario

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

Radicado No. 2016-00524
Partida Tribunal No 18.425

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros de Sala, les manifiesto que salvo mi voto respecto de la decisión de la Sala Mayoritaria de revocar la Sentencia del 10 de diciembre de 2018 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, que absolvió a la demandada COOPROCARCEGUA de las pretensiones incoadas en su contra y en su lugar, declarar que se encuentra suficientemente probada la culpa de la empresa en las enfermedades de origen laboral sufridas por el señor ORACIO CHONA HERNÁNDEZ, accediendo a las condenas por lucro cesante consolidado, futuro y perjuicios morales.

Para llegar a esta conclusión, la Sala Mayoritaria estableció para declarar la culpa patronal: que estaba evidenciada la existencia de un daño, consumado en los diagnósticos de "otros trastornos especificados de los discos intervertebrales y lumbago no especificado", con una pérdida de capacidad laboral del 15,83% estructurada el 08 de marzo de 2013, acorde al dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez No 77176658 del 18 de noviembre del 2013.

Sobre la culpa del empleador para generar dichas patologías de origen profesional, se concluyó inicialmente, que el empleador logró acreditar que desde el inició de sus actividades mineras, creó el pertinente Comité Paritario de Salud Ocupacional y adoptó un sinnúmero de medidas tendientes a salvaguardar y proteger la salud del señor ORACIO CHONA, que también demostró que actuó de forma diligente al entregar todos las herramientas de protección y realizar las diferentes instrucciones sobre posturas y ambiente laboral.

Sin embargo, se indica, que se probó que la empresa incumplió cabalmente la normativa referente a la altura mínima que debe tener un sitio de excavación, al demostrar el demandante que realizada sus funciones en una altura de entre 90 y 1.10 cms, pese a que la empresa no estaba autorizada sino para excavaciones con altura mínima de 1.80 mts.

Acreditado este incumplimiento, se indicó, que si bien no existe un dictamen médico en que se estableciera que las patologías sufridas por el actor son consecuencia de la postura que debía adoptar en desarrollo de sus labores en dicha altura, sí era evidente que la empresa, al incumplir lo normado en este aspecto en el mentado decreto, agravó las condiciones de trabajo pues acorde al dictamen de origen, "el factor de riesgo para el

segmento de columna lumbosacra y cervical, son de intensidad y tiempo", siendo evidente que al desarrollar labores por 2 años y 8 meses en dichas condiciones, hubo una correlación entre el desempeño de actividades y la enfermedad laboral, suficiente para declarar la culpa patronal.

No concuerdo con el análisis y la valoración probatoria por la cual se determinó la existencia de culpa patronal, pues estimo que, si bien logró demostrarse el daño, no están suficientemente acreditadas la culpa del empleador y principalmente el nexo causal, como elementos estructurantes de la pretensión.

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 SL633 del 26 de febrero de 2020 siendo Magistrado Ponente el Doctor GERARDO BOTERO ZULUAGA señaló lo siguiente: *"la institución jurídica de la indemnización plena de perjuicios, estatuida en el artículo 216 del C.S.T, pretende, precisamente, el resarcimiento del daño que se origina por razón o con ocasión del trabajo, pero cuya ocurrencia se encuentra ligada a la responsabilidad subjetiva del empleador. En otros términos, para que se abra paso al resarcimiento en comento, es preciso que, además de* ***la demostración del daño a la integridad o a la salud del trabajador, con ocasión o como consecuencia del trabajo****, se encuentre suficientemente comprobada* ***la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional****, esto es, que exista prueba certera del incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que conforme al artículo 56 ibidem., de modo general, le corresponden****, y el nexo causal****, con el accidente o enfermedad profesional padecida".*

Específicamente sobre la configuración del elemento de culpa del empleador, en providencia SL4013 de 2021 se indicó:

> "*Sobre la culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, la Sala tiene enseñado que:*
>
> *«[...] la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019)». Tomado de la sentencia CSJ SL5154-2020.*
>
> *En otras palabras, la culpa se ha de comprobar de cara a los deberes de prevención de los riesgos laborales que corresponden al empleador y se configuren como causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral. Para establecer la culpa, se evaluará la conducta del empleador, esto es, si él actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el estándar de la culpa leve que define el art. 63 del CC.*
>
> *La culpa leve implica que el incumplimiento que hace al empleador merecedor de la condena por reparación plena de perjuicios es aquel que se da por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, frente al deber de tomar las*

medidas adecuadas para evitar el riesgo laboral sucedido, y no se puede determinar la culpa por la simple ocurrencia del infortunio laboral, ya que el empleador no tiene una obligación de resultado, es decir, no está obligado a que el siniestro no ocurra, sino que sus obligaciones de protección y seguridad son de medio (CSJ SL1073-2021). Él siempre podrá probar la diligencia y cuidado que debió emplear para evitar el riesgo laboral en cuestión, según el art. 1604 del CC.

En orden de lo anterior, esta Corporación ha establecido que ***la carga de la prueba de la culpa del empleador, por regla general, debe ser asumida por la o las víctimas del siniestro, de modo que ellos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho*** *que dan cuenta de la existencia de una acción, omisión, o de un control ejecutado de manera incorrecta que constituyan el incumplimiento de las obligaciones de prevención o su incumplimiento imperfecto, CSJ SL5154-2020.*

Cuando el trabajador edifica la culpa del empleador en un comportamiento omisivo de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador, como se trató en el caso de autos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones (teniendo en cuenta que las negaciones indefinidas no requieren de prueba) para que la carga de la prueba que desvirtúe la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil."

Aplicados estos parámetros al caso concreto, como se dijo, ante las afirmaciones del demandante de que el patrono tuvo una actitud omisiva en el cumplimiento de sus obligaciones de precaución y cuidado, este logró desvirtuar esas manifestaciones al demostrar el funcionamiento de su Comité Paritario de Salud Ocupacional, con medidas para salvaguardar y proteger a los empleados, así como cubrió debidamente la entrega de elementos de protección personal, actividades de capacitación y revisiones médicas periódicas. Sin embargo, la manifestación de que la empresa demandada no respetó lo reglado acerca de la altura mínima que debe tener una excavación minera, no es una omisión sino una afirmación y por ende sobre ello la carga de la prueba recaía plenamente sobre el demandante.

Estimo que las pruebas señaladas en el proyecto resultaban insuficientes para acreditar el elemento de culpa del empleador, pues el análisis de puesto de trabajo determinó el nivel de altura en 1,80 metros y se dio plena credibilidad a los testigos que afirmaron lo contrario; situación que no es coherente con la conclusión anterior, que determinaba como adecuada la actuación constante de atención, cuidado y cumplimiento de deberes de protección del empleador por parte de sus programas de salud ocupacional y revisiones periódicas. Lo que no puede ser cierto, en manera alguna, si pese a todo ello la empresa siempre desconoció el límite de altura que le era permitido.

Por ello, considero que aceptar este supuesto incumplimiento pero afirmar que demostró cumplir siempre sus obligaciones de prevención y cuidado, desconoce el principio lógico de no contradicción que conforma las reglas de la sana crítica; por el cual una cosa o sujeto, ante una misma situación, no puede ser y no ser al mismo tiempo. Entonces, si la empresa cumplía con sus lineamientos legales de salud ocupacional, revisiones periódicas y actividades de capacitación, no puede luego decirse que por los testigos está acreditado que paralelamente incumplía la altura mínima de labores cuando todas las actividades previas iban dirigidas a una altura superior.

Adicional a ello, estimo que en todo caso tampoco se evidenciaría el elemento de nexo causal necesario para acceder a la condena; sobre este, la citada providencia SL4013 de 2021 explica:

> "*En cuanto al nexo causal que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal entra la culpa y el hecho dañino, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él.*"

Para este caso, cuando la Sala Mayoritaria señala que "*no existe un dictamen médico en que se establezca que las patologías sufridas por el actor son consecuencia de la postura que debía adoptar en desarrollo de sus labores en dicha altura*" pero que "*sí es evidente que la empresa, al incumplir lo normado en este aspecto en el mentado decreto, agravaba las condiciones de trabajo del señor ORACIO CHONA*"; se está aceptando una inferencia lógica sin suficiente respaldo probatorio.

No comparto así las conclusiones alcanzadas por la Sala Mayoritaria, pues una vez demostrado el cumplimiento del empleador en sus deberes de protección, atención y prevención de enfermedades laborales, no era dable contradecir esa conclusión sin que existiera suficiente respaldo probatorio para ello, por lo que debió haberse confirmado la absolución que se había resuelto en primera instancia.

Atentamente.

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 23 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-003-2019-00332-00 promovido por **Luz Marina Velandia Blanco** contra **la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección** y la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-.** Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, se surte el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (fls. 1 a 9): Depreca la actora se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones, así como cualquier otro derecho que se halle demostrado por conducto de las facultades ultra y extra petita, más las costas del proceso. Pide, en forma subsidiaria, indemnización plena de perjuicios representada en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo la égida del RPM, o la diferencia monetaria existente entre la mesada pensional que se liquidaría en uno y otro régimen.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 26 de enero de 1958 y el 10 de agosto de 1992 se afilió al régimen de prima media con prestación definida, de donde mutó el 1° de septiembre de 1995 con destino a Porvenir S.A., luego a Protección y luego de ésta última a la primera AFP del RAIS, en octubre de 2002. Ambos regímenes donde ha cotizado un cúmulo de 1.343 semanas. **2) Que** la vinculación al RAIS se realizó a través de formularios de vinculación, pero nunca fue advertida de los efectos negativos que conllevaba el traslado, indicando que dichos movimientos no fueron libres ni voluntarios al no mediar una verdadera asesoría sobre los riesgos y consecuencias que acarreaban los cambios; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera nulidad de dicho acto. **3) Que** el 14 de diciembre de 2018, Porvenir S.A. le entregó la simulación de reconocimiento pensional en el RAIS cuyo resultado arrojó mesada de $781.242, que resulta bastante desfavorable comparada con la que le hubiese correspondido en el RPM ($2´352.881). **4) Que** formuló ante las administradoras de pensiones convocadas a juicio petición de nulidad del traslado de régimen sin éxito alguno.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido (fls. 76 a 86). Argumentó que la demandante se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria. Señaló que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas de las cuales desconoce su veracidad y de la que no existe fundamento que permita la declaratoria de nulidad. Indicó que no era posible el reconocimiento a la pensión de vejez pues no se encontraba afiliada al RPM sino al RAIS, siendo Porvenir S.A. la encargada de la prestación solicitada. Propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación pretendida, buena fe, prescripción e innominada.

Igualmente, **Protección** se muestra en contra de las peticiones. Admitió la edad y data de afiliación de la actora al RPM, así como el traslado efectuado ante el fondo. Adujo que no reposa en sus archivos información relacionada con el proceso de primer traslado de régimen al que hace alusión el extremo

activo porque la AFP no tuvo injerencia en ello. Sobre la vinculación a la entidad, explicó que se hizo de conformidad con la normatividad vigente en ese momento, por lo tanto, no hay lugar a decretar la nulidad en los términos solicitados, ni a acceder a las demás súplicas Más, afirma, cuando el término previsto para este tipo de reclamos se encuentra afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción. Sobre los demás factuales dijo que no son ciertos. Fundada en las mismas razones, resistió las pretensiones de pago de pensión de vejez. Propuso como excepciones de mérito las de falta de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la genérica (fls. 117 a 129).

Porvenir S.A. también se resistió a las súplicas. Dijo no constarle ninguno de los hechos. Adujo que la actora no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando, dice, obra formulario de vinculación o traslado suscrito por el mismo, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la presencia de vicio alguno de la voluntad. Aduce que la petente se halla inmerso en la causal fáctica de prohibición legal de traslado. Dice que resulta improcedente el que una AFP del régimen de ahorro individual reconozca una pensión en las condiciones dispuestas por el legislador para el RPM, porque dice, se trata de modalidades excluyentes con regulación propia y de obligatoria observancia. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva parcial, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, e innominada (fls. 154 a 162).

Por su parte, la Agencia Nacional del Estado no dio contestación de la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el 23 de junio de 2021, resolvió declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con las AFP Porvenir S.A. y Protección. Condenó a éstas a devolver al sistema los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora, con los rendimientos que se hubieren causado. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM valide la afiliación del actor, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por Porvenir S.A. para financiar las prestaciones económicas del régimen de prima media con prestación definida. En tal línea, desestimó las excepciones formuladas por las encartadas y las gravó en costas.

Consideró como premisas la obligación que tienen los fondos de pensiones de proporcionar a los posibles usuarios y afiliados una información completa clara, oportuna y comprensible la cual es exigible desde la creación de la ley 100 de 1993. Dice que verificado el acervo probatorio Porvenir S.A. ni Protección cumplieron con esa carga, pues, no obra en el plenario prueba alguna de la correcta y completa asesoría dada a la demandante, ni siquiera documental que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y, mucho menos de sus desventajas, en tanto que únicamente fueron aportados los formularios de solicitud de vinculación suscrito aquélla, cuales no resultan suficientes para demostrar la validez del traslado, como ha sido explicado suficientemente por la jurisprudencia.

RECURSOS DE APELACIÓN: Porvenir S.A. busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que la ineficacia debe declararse improcedente porque las disposiciones legales vigentes a la fecha del traslado de la accionante -1995-, tales como el estatuto financiero y el artículo 13 de la ley 100 de 1993, Decretos 1161 de 1994 artículo 1°, Decreto 692 de 1994 en su artículo 11, si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar la decisión de traslado, dichas normas no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular, siendo como único requisito el formulario de afiliación o traslado que suscribió la demandante que da cuenta

de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor acorde a derecho. Alude que aun cuando existe una doctrina probable del máximo tribunal en lo laboral desarrollada a partir del 2008, no es procedente su aplicación en virtud a que el acto jurídico demandado se realizó con anterioridad, esto es, para el año 1995, siendo imposible exigirse retroactivamente su aplicación. Resalta que si en gracia de discusión se ratifica la indebida asesoría, tal falencia resulta saneada con los demás traslados efectuados por la incoante en otros fondos privados, que dice, convalidan la teoría de defensa planteada, es decir, cumplimiento del deber de información, apoyándose en la sentencia SL 1061 de 2021. Pide que, de no acogerse tal argumento, se reconsidere la orden de restitución de frutos y rendimientos porque dice, su producción generó gastos a la AFP que la misma ley reconoce como comisiones de administración por la gestión de los aportes; igual que afirma, sucede, con el seguro provisional aplicado a la cuenta de ahorro individual que se efectúa en favor de un tercero de buena fe. Hechos que cataloga como consumados y por tanto, imposibles de retrotraer. Discute que ningún detrimento de la cuenta de la afiliada se puede reputar porque arguye, los rendimientos generados por el RAIS siempre serán superiores a los del RPM en tanto que éste último es un fondo común que no garantiza siquiera la rentabilidad mínima que las AFP están obligadas a reconocer incluso con su propio patrimonio.
Así, advierte que, en virtud a la ineficacia del traslado declarada lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual.

Protección eleva petición de revocatoria. Arguye que dio cumplimiento a la normatividad exigida para perfeccionar el traslado de regímenes, cual era, la suscripción del formulario (artículo 11 Decreto 692 de 1994), y porque la obligación de dejar registrado el escrito de información al igual que la asesoría y re asesoría, nació en 2014 y 2015 (Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015). Discrepa de la orden de devolución conjuntamente las comisiones y rendimientos porque se trata de prestaciones ya acaecidas que emanan de la buena gestión desplegada por el fondo. Menos, el seguro previsional en tanto

afirma se trata de un concepto girado en favor de un tercero de buena fe, como lo es la aseguradora correspondiente.

Colpensiones también aspira a que se revoque la decisión. Manifestó que no es posible aceptar el traslado de la actora a la luz de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó literal e), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al establecer que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la pensión de vejez; evento que satisface la activa al encontrarse en el rango de edad prescrito. En cuanto a la ineficacia del traslado, indica que no es viable, en la medida que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, ya que, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su artículo 48, sin que se observen vicios en el consentimiento. Asevera que a partir del acto de traslado, la afiliada contaba con la carga ineludible de ejercer diligencia y cuidado en los casi 20 años que se mantuvo en el RAIS, pudiendo haber probado que realizó actos tendientes a mejorar su situación pensional, lo que no ocurrió, al contrario, se convalidó la permanencia con los traslados entre AFP de dicho régimen. Añade que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La activa se ratificó en lo propuesto en el líbelo introductor, solicitando mantener incólume el fallo apelado, resaltando que la aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió en el RAIS, por lo que en entendimiento de la jurisprudencia, no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad, que se traduce en la ineficacia del acto jurídico de traslado, en tanto que los fondos, siendo su ineludible carga, omitieron acreditar la veracidad de sus dichos.

Porvenir S.A. replicó los argumentos expuestos en la apelación elevada ante la juez *a-quo*.

Colpensiones y Protección, pese a hallarse debidamente enteradas del traslado concedido, omitieron presentar alegaciones finales.

3o. CONSIDERACIONES

Deberá establecerse si el traslado de la petente del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual, primero ante Porvenir S.A. y luego a Protección, adolece o no del consentimiento informado de aquél. En ese orden, se verificará también, si resulta viable o no que las encartadas del RAIS restituyan lo descontado por concepto de gastos de administración, comisiones y primas. Asimismo, si la condena en costas resulta ajustada a derecho.

De la ineficacia del traslado.

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

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

comoquiera que el deber de información se erige como presupuesto de eficacia del acto jurídico de traslado, correspondiéndoles a aquellas acreditar que cumplieron con ese deber de suministrar información suficiente.

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

Así, identificó la Corte dentro del desarrollo normativo de ese deber de información tres momentos. Inicialmente encontró sustento en el literal b del Art. 13 de la ley 100 de 1993, en cuanto dispuso que la escogencia del régimen pensional por parte de los trabajadores es libre y voluntaria y presuponía el conocimiento a plenitud de las consecuencias de su decisión de traslado. Para ello dice, era necesario que se les describieran al potencial afiliado al momento de asesorarlo, las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; de tal suerte que éste conociera las ventajas y las desventajas de cada uno, inclusive, las consecuencias jurídicas del traslado.

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

Como tercer estadio, se tiene que mediante la Ley 1749 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la circular externa No. 16 de 2016 de la Superfinanciera, se

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

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

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

Así, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad en el sub lite, está en cabeza de las AFP Porvenir S.A. y Protección, al argumentar la demandante que se omitió información a la hora de trasladarse. Atendiendo entonces, la carga de la prueba mencionada, se hace necesario verificar si el consentimiento

que dio Luz Marina Velandia Blanco para hacer efectivas las mutaciones de régimen pensional, fue informado, es decir, si las AFP codemandadas cumplieron o no con su deber legal de información a partir del precedente judicial de la alta corporación en la especialidad y, de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Se tiene que la actora suscribió cinco formularios de afiliación al RAIS: el 11 de agosto de 1995 ante Provenir (fls. 51, 131 y 166); el 21 de agosto de 1997 a Colpatria (fl. 168); el 28 de marzo del 2000 ante ING (fl. 133); otro en agosto 13 de 2001, con destino a Protección (fl. 132); y el 30 de agosto de 2002 con retorno a Porvenir S.A. (fls. 134 y 167). Espacios temporales en los que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a las AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que ninguna de las encartadas le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a éstas desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron a la accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

No obstante, ninguna probanza en tal sentido se arrimó, más allá de los mismos formularios de afiliación, que en todo caso a nada conducen para ese propósito, pues, el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Luz Marina Velandia Blanco de la anotación: "*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones(…)*", como lo señala el órgano cúspide, si bien denota un consentimiento, no se verifica con ello que hubiese sido informado.

No asumió entonces Porvenir S.A. ni Protección la carga de desvirtuar, como les correspondía, los hechos aducidos por la deprecante como sustento de su pretensión, demostrando para ello lo contrario, esto es, que cumplieron con

su deber de información, toda vez que, no bastaba con que señalaran en sus contestaciones de demanda que sí brindaron la asesoría en donde le explicaron en concreto, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin arrimar medio de convicción alguno. Téngase presente que afirmar no es probar. Debieron haber desplegado un importante esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido efectuaron. Lo cual no ocurrió.

En conclusión, los fondos de pensiones convocados a juicio, se sustrajeron al momento de suscribirse los distintos formularios de traslado y en perjuicio del demandante, de suministrar información relevante con la finalidad de promover su cambio de régimen, es decir faltaron a su deber de ilustrar sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de ellos. No se puede predicar que existió una decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, siendo que tal es un presupuesto de eficacia jurídica de tal acto.

No resulta de recibo en consecuencia, el dicho de Porvenir S.A. sobre la imposibilidad de aplicar el precedente judicial vertical en el sub-analice, ya que, si bien la vinculación primigenia de la actora al RAIS se dio en 1995 (fls. 51, 131 y 166), el órgano de cúspide ha sido claro y reiterativo en precisar que la obligación de información a cargo de las AFP se encuentra prevista desde la creación del SGP. Tampoco que la existencia de cualquier falencia fue superada con los demás movimientos efectuados por la afiliada en el RAIS, ya que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados entre 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 a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Y es que si bien la demandante se vinculó primero a Porvenir, luego a Colpatria, posteriormente a ING, después a Protección, retornando luego a Porvenir S.A., no de ello puede inferirse que el afiliado conocía todos los

elementos ya referidos para concluir que tales brindaron la información pertinente, transparente y legal.

Nótese que solo se aportó como prueba del cumplimiento del deber de información, los formatos de vinculación incorporados en folios 51, 132, 133, 167 y 168), que precisamente se trata de pre-impresos que no detallan el estudio de las circunstancias particulares de la demandante que en cumplimiento del deber legal debieron analizarse.

Ahora, frente a Porvenir S.A, se anexa además del formulario de afiliación, una constancia de reasesoría pensional efectuada el 14 de diciembre de 2018 donde se concluyó no convenirle a la afiliada quedar en el RAIS en virtud de la mesada pensional que obtendría según la proyección pensional realizada en el RPM (fls. 20 a 23). No obstante , este juez de apelaciones considera que la mal denominada reasesoría no permitió la ratificación de la voluntad de la demandante, ni hizo eficaz el traslado ocurrido en 1995, por lo siguiente: **Primero,** el deber de información a cargo de Porvenir S.A y posteriormente en cabeza de Protección S.A debió satisfacerse al momento del traslado, sin que circunstancias posteriores les permitieran subsanar el incumplimiento que quedó comprobado en este asunto (al respecto puede consultarse la Sentencia del 9 de septiembre de 2008 Rad. 31989). **Segundo,** en el documento de la reasesoría de folios 20-23 se señala la inconveniencia de la afiliada de permanecer en el RAIS por obtener para esa fecha una mesada pensional superior en el RPM, pero las proyecciones no dejan ver que el Fondo la asesoró respecto de las **implicaciones** de permanecer en este régimen, explicándole las variables o factores que podían modificar el contenido de esas proyecciones, sin que el buen consejo que debía cumplir la administradora con base en la jurisprudencia antes citada, se limitara a la entrega de esas simulaciones, sino a que la afiliada tomara una decisión informada en el fondo que más le convenía a futuro según sus condiciones particulares, lo que comportaba incluso desmotivarla a permanecer en el RAIS. Y **tercero,** al derecho social no son aplicables estrictamente las figuras del derecho privado, como la ratificación prevista en los artículos 1752 y siguientes del Código Civil,

pues no debe perderse de vista que en asuntos como el presente, está en juego la pensión de vejez de la accionante y ésta, entendida como derecho irrenunciable no puede validarse en un acto que la desmejora, situación por la que ni siquiera el fenómeno de la prescripción surte efectos (SL13430 del 14 de septiembre de 2016).

De acuerdo con lo explicado, en su momento Porvenir S.A y en su oportunidad Protección, no actuaron cumpliendo con su deber de información. Y es que si bien las entidades privadas afirmaron que brindaron la asesoría requerida para el caso, tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero ningún medio de convicción trajeron al proceso para demostrarlo. Solo aportaron los formatos de vinculación suscritos, que se itera, son modelos pre-impresos de los que no se infiere con certeza que sí fue estudiada la situación pensional particular de la actora, sin que la sola firma en el documento, implique la voluntad de afiliación al régimen de ahorro individual en forma libre, espontánea y sin presiones, pues ello no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Menos resulta de recibo lo sostenido por Colpensiones sobre la imposibilidad del traslado luego que le faltaren menos de 10 años al afiliado para alcanzar la edad, ya que, de que se trata es de la ineficacia de un acto, valga decir, de la inexistencia del mismo (traslado). Igual suerte corre la afirmación de que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, al realizarse ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su art 48, habida cuenta de que, como ha quedado establecido, si bien pudo existir un consentimiento el mismo no fue informado como lo demanda la jurisprudencia respectiva. Menos puede aceptarse que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque ningún medio de convicción se arrimó sobre ello.

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

Suficiente lo expuesto para confirmar la decisión de la juez *A-Quo* en lo que se refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del régimen de prima media al RAIS.

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su momento la AFP Porvenir S.A., ni en su oportunidad Protección, con el deber de información, deberá la primera, como última administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Luz Marina Velandia Blanco, devolver todas las prestaciones que de la afiliada hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

En lo que tiene que ver con los gastos de administración, seguro previsional y los frutos, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, son que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos

financieros y los gastos de administración a Colpensiones tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló : *"Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C…"*

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

A partir de lo anterior, no tienen acogida las afirmaciones de las codemandadas pertenecientes al RAIS, de que lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual y no los gastos de administración y primas, que si bien es cierto dicen, ingresan a su patrimonio son para remunerar y cubrir los costos y gastos en que incurrieron para tal fin y que de hacerse, originaría su empobrecimiento injustificado, porque como ha quedado elucidado, las irregularidades presentadas en el acto de traslado les son totalmente achacables, debiendo asumir las mermas sufridas por el capital aportado, destinadas a los gastos de administración y primas.

Consulta.

En lo que toca con la prescripción de la acción para deprecar la ineficacia del traslado, debe precisarse que, al tratarse de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la seguridad social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras

de obtener su integro reconocimiento. Así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias SL 1689-2019 y SL1421-2019, "*la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).".*

Condena en costas a Colpensiones en primer grado.

El artículo 365 del Código General del Proceso consagra un criterio objetivo para la imposición de las costas, orientado a que éstas sean cubiertas por la parte que pierde el litigio. Como las pretensiones prosperaron en este juicio, habiéndose opuesto a ello la AFP del RPM no cabe duda que debe ser condenada al pago de las costas del proceso en primera instancia.

En síntesis, como no se encontró que el cambio de sistema pensional se hubiere celebrado con el cumplimiento del deber de información, resulta ajustada a derecho la intelección que, frente a dicho tópico, efectuó la juez de primera instancia, siendo ineludible la confirmación íntegra de dicha decisión.

Por último, con fundamento en el aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección, por cuanto sus apelaciones resultaron imprósperas. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una $200.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 23 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

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

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre 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: 54-001-31-05-003-2020-00141-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19322
JUZGADO: TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: ALEXANDRA PATRICIA GONZALEZ MORA
ACCIONADO: CORPORACIÓN MI IPS
ASUNTO: APELACIÓN AUTO Y SENTENCIA
TEMA: INDEMNIZACIÓN MORATORIA ARTÍCULO 65 CST

San José de Cúcuta**, treinta** (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de apelación promovidos por la parte demandada en contra del auto y de la sentencia proferidos el día 29 de abril de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-003-2020-00141-00 y P.T. No. 19322 promovido la señora ALEXANDRA PATRICIA GONZALEZ MORA en contra de la CORPORACIÓN MI IPS.

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

I. P R E T E N S I O N E S

La demandante, por intermedio de apoderado judicial pretende que se condene a la CORPORACIÓN MI IPS al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 CST desde el 30 de diciembre de 2017 y hasta el 31 de diciembre de 2019, así como los intereses de mora entre esta última data y hasta que se efectúe el pago de la indemnización pedida.

II. H E C H O S

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

1. Indicó que laboró al servicio de la accionada mediante contrato de trabajo a término fijo con sus respectivas prorrogas, desde el día 16/02/2010 hasta el día 30/12/2017 en el cargo de Médico General.
2. Que su última asignación fue de $2.469.900.
3. Que la liquidación final de prestaciones sociales al momento de la terminación de su contrato ascendió a $5.081.819, valor que no había sido cancelado al momento de presentación de la demanda.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada CORPORACIÓN MI IPS. ésta dio formal contestación oponiéndose a la pretensión encaminada a que se le condene al pago de la indemnización moratoria deprecada, manifestando que resulta improcedente su cobro, pues el retardo en relación con la obligación de pago de las liquidación final de contrato, no se configuró como un actuar de mala fe o intención dañina del empleador de afectar los derechos laborales de la TRABAJADORA, sino que obedeció a una situación económica coyuntural que una vez superada permitió el cumplimiento de todas las obligaciones laborales que le asisten no sólo a la demandante, sino a los demás colaboradores de esta entidad. Precisó que es evidente que como lo ha establecido la jurisprudencia, la sanción por la mora en el pago de las acreencias laborales NO PROCEDE DE MANERA AUTOMÁTICA, Y EN TODO CASO DEBE DEMOSTRARSE LA MALA FE DEL EMPLEADOR QUE NO CUMPLIÓ CON EL PAGO EN EL MOMENTO OPORTUNO; que en este caso no hubo mala fe en la conducta del empleador, siendo pertinente exonerarlo del pago de la sanción invocada.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó PAGO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN, INAPLICACIÓN DE LA SANCIÓN: INDEMNIZACIÓN MORATORIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 65 CST EN FUNCIÓN DE LA AUSENCIA DEL DOLO Y LA GENÉRICA.

IV. AUTO OBJETO DE APELACIÓN

Solicitó la pasiva en su contestación a la demanda que se decretara como prueba la declaración de parte del representante legal de la entidad ante lo cual, la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en audiencia llevada a cabo el 29 de abril de 2020 decidió abstenerse de decretar dicha prueba debido a que si bien la misma está permitida a la luz del artículo 191 del Código General del Proceso, consideró que tal prueba resultaría inane, debido a que regiría el principio probatorio según el cual a las partes le está prohibido crear sus propias pruebas en su propio beneficio, por lo que no tendría ninguna trascendencia jurídica dentro del proceso, que el representante legal de la Corporación Mi IPS Norte de Santander brinde una declaración sobre los hechos que están siendo discutidos y que no busque una confesión en los términos del artículo 191 del Código General del Proceso.

V. APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la parte demandada no se encontró de acuerdo con la decisión anterior por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la declaración del representante legal es importante, pues se solicitó con el objeto de que indique al despacho la forma cómo se desarrolló la situación económica de la entidad en vigencia del año 2016 al presente y pues fue esa situación que atravesó la corporación, la que impidió realizar los pagos de las acreencias de los colaboradores.

VI. CONSIDERACIONES

Como primera medida es necesario tener en cuenta el artículo 65 del Código de Procedimiento Laboral y la SS, que establece en su numeral 4º que uno de los autos que es apelable proferido en primera instancia es: «El que niegue el decreto o la práctica de una prueba», por lo que conforme lo señalado es competente este Tribunal para conocer y decidir el recurso.

Debe esta Sala entonces determinar si es procedente, en este caso, decretar la declaración de parte de la entidad CORPORACIÓN MI IPS, tal como fue solicitado en la contestación a la demanda.

Con el fin de resolver lo anterior, es necesario indicar que en la etapa procesal de fijación del litigio se logró establecer que el eje central del presente asunto gira entorno a "establecer si la CORPORACION MI IPS NORTE DE SANTANDER tiene razones atendibles y justificables para no pagar oportunamente las prestaciones sociales adeudadas a la demandante al momento de la finalización del contrato de trabajo; o si por el contrario, su actuar constituye un acto de mala fe que amerite la imposición de la sanción moratoria del artículo 65 del CST".

En este entendido, claro surge para esta Sala, que fue acertada la decisión tomada por la Juez A quo en el sentido que con el fin de resolver lo anterior, es necesario determinar si existió o no mala fe en el comportamiento de la entidad frente a la falta de pago de las acreencias laborales a la trabajadora, por lo que mal podría la entidad demandada solicitar una prueba que pretende constituir en su propio beneficio, al dar declaraciones acerca de la difícil situación económica por la que atravesaba la entidad, con el objetivo de ser exonerada de la sanción pedida, versión esta que sería manifiestamente superflua al ser rendida por la misma demandada, dado que los dichos que cada parte otorgue a su favor, no son prueba alguna.

En virtud de lo anterior, es evidente a todas luces que la declaración de parte solicitada no cumple con el principio de utilidad de la prueba, ya que se considera inocuo para resolver el problema jurídico planteado dentro de la Litis; respecto a la utilidad de la prueba el tratadista Hernán Fabio López Blanco[1] indicó que "*se entiende por utilidad de la prueba el aporte que puede*

[1] ***LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio***. Código General del Proceso. Pruebas. Tomo 3, Dupre Editores, Bogotá, 11ª edición, 2012, Pág. 118

llevar al proceso para cumplir el fin de crear la certeza acerca de los hechos en el ánimo del funcionario judicial, en otros términos, el poder enriquecedor del convencimiento del juez que determinada prueba conlleva.

En este evento se parte del supuesto de que la prueba es conducente y pertinente pero, no obstante lo anterior, deja de ser útil por entrar al campo de lo que el art. 168 del CPG denomina como manifiesta superfluidad, por no ser ya necesaria para formar el convencimiento del juez, quien igualmente puede rechazar de plano su práctica, pues no va a ser enriquecedora del debate (…)"

En tal virtud, no queda otro camino a la Sala que CONFIRMAR la decisión de la operadora judicial de la primera instancia que ha sido objeto de alzada, en cuanto no decretó la práctica de la declaración de parte de la CORPORACIÓN MI IPS solicitada por la misma parte, tal y como se dirá en la parte resolutiva de la presente providencia.

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 medio salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS ($454.263 m/cte.) a cargo de la pasiva y en favor de la demandante.

Resuelto lo anterior, procede la Sala a resolver la apelación presentada por la pasiva en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 de abril de 2021, teniendo en cuenta loa antecedentes generales expuestos y previo los siguientes antecedentes específicos,

VII. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 29 de abril de 2021 resolvió DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la CORPORACIÓN IPS NORTE DE SANTANDER, condenándola al reconocimiento y pago a favor de la demandante ALEXANDRA PATRICIA GÓNZALEZ MORA, por concepto de sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., con la modificación del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, la suma de un salario diario de $82.330 desde el 30 de diciembre de 2017 hasta el 30 de diciembre de 2019, que corresponde a un total de $59.277.600; y a partir del 01 de enero de 2020 hasta el 29 de septiembre de 2020, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, únicamente sobre lo adeudado por concepto de cesantías e intereses de cesantías.

Para resolver lo anterior, argumentó que el actuar de la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP NORTE DE SANTANDER, no se enmarca dentro de los postulados de la buena fe alegada, debido a que el proceso de liquidación de SALUDCOOP EPS, no puede ser necesariamente oponible a ésta como una causal que la exonere de la sanción moratoria deprecada, pues se trata de personas jurídicas independientes, y ésta debe contar con un patrimonio propio que le permita cumplir con las obligaciones laborales que le competen como empleador.

Además de lo anterior, indicó que es un principio esencial del derecho laboral que los trabajadores no pueden ni deben asumir los riesgos ni las pérdidas que sufra su empleador o la empresa para la que trabajan, conforme el artículo 28 del CST. Lo anterior significa que la CORPORACIÓN IPS NORTE DE SANTANDER, al constituirse como una Institución Prestadora de Servicios de Salud, en el ejercicio de sus actividades está expuesta a los riesgos propios de esta, que implican pérdidas que no pueden asumir los trabajadores, y que no pueden representar el desconocimiento de sus derechos laborales, que incluyen el pago oportuno de sus salarios y prestaciones sociales.

Con respecto a la liquidación de la indemnización a cuyo pago se condenó a la pasiva, indicó que esta sería en una suma equivalente a un salario diario $82.330 desde el 30 de diciembre del 2017 hasta el 30 de diciembre del 2019, que corresponde al periodo de 24 meses inicial y que arroja un total de 720 días y no 730 como lo solicita la parte demandante, ya que para el cálculo de esta sanción se toman anualidades de 360 días y meses de 30, acorde con los criterios contables y salariales que establece el mismo Código Sustantivo del Trabajo; precisó que el monto de la sanción moratoria por el periodo referido corresponde a una suma total de $59.277.600 y a partir del mes 25, esto es el 1 de enero de 2020, el empleador deberá pagar a la demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre a asignación certificados por la superintendencia bancaria que se causaron hasta el 29 de septiembre del 2020, fecha en la que se verificó el pago, únicamente sobre lo adeudado por concepto de cesantías e intereses de cesantías, dado que de esta sanción se excluyen las vacaciones, por corresponder a un descanso compensatorio que no es susceptible de ser compensado a través de esta sanción.

VIII. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que durante la vigencia de la relación laboral, el empleador siempre realizó el pago de los derechos laborales causados en favor de la demandante, situación que quedó plenamente acreditada y fue reconocida por la señora Alexandra en el interrogatorio que prestó para la práctica de la prueba en el presente proceso; que se evidenció que la institución reconoció y pagó por concepto de

liquidación final del contrato a la señora Alexandra conforme fue manifestado al despacho.

En cuanto a la condena relacionada con el pago de la indemnización moratoria, manifestó que tal como lo ha decantado la jurisprudencia, se debe verificar el actuar de la institución para efectivamente determinar existió mala fe y consecuente con ello condenar al pago de una indemnización moratoria;

Resaltó que ampliamente conocido, convirtiéndose en un hecho notorio, la situación mencionada en el escrito de contestación de demanda, en cuanto a la intervención de Saludcoop EPS por presuntas irregularidades, la cual fue reconocida y publicada por medios de comunicación impresa, radial e inclusive de televisión; que como consecuencia de ello se manifestó en el desarrollo del presente proceso que la entidad quedó con acreencias que superan los miles de millones, pues no se desconoce que la institución nació de la mano de dicha EPS, de la que con el paso del tiempo tuvo que desligarse en aras de garantizar las obligaciones para con sus colaboradores y usuarios.

Precisó que a pesar de lo anterior, después de casi cinco años de crisis se han hecho las gestiones tendientes a lograr la estabilidad de los actuales trabajadores y el pago de las obligaciones a favor de las personas que se han venido desvinculando de la corporación, situación que es propia de un actuar leal.

IX. 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:

1. **PARTE DEMANDADA**

   Resaltó que la entidad no desconoce la mora presentada en el pago de los derechos laborales, frente a lo que se deben poner de presente al despacho, las condiciones puntuales en las que se desarrolló el contrato de trabajo con la demandante, para así determinar que durante la vigencia de la relación laboral, el empleador siempre realizó el pago de los derechos laborales causados en favor de la trabajadora, reconociendo una asignación básica mensual, el pago de cesantías e intereses, aportes a Seguridad Social, prima de servicios, vacaciones y finalmente, el reconocimiento de la liquidación final del contrato de trabajo.

   Indicó que en la realidad es ampliamente conocida, convirtiéndose en un hecho notorio, la situación mencionada en la contestación de demanda, pues la intervención de SALUDCOOP EPS en el año 2011

por presuntas irregularidades, fue en su momento conocida y publicada por medios de comunicación impresa, radial e inclusive de televisión.

Que como consecuencia de ello, se indicó desde la constatación de la demanda y en el desarrollo de la etapa probatoria de primera instancia, que la entidad quedó con acreencias que superan los miles de millones, pues no se desconoce que esta Corporación nació de la mano de dicha EPS, de la que con el paso del tiempo tuvo que desligarse en aras de garantizar las obligaciones para con sus colaboradores y usuarios. Sin embargo, después de casi 5 años de crisis, se han hecho las gestiones tendientes a lograr la estabilidad de los actuales trabajadores y el pago de las obligaciones a favor de las personas que se han venido desvinculando de la Corporación, situación que es propia de un actuar leal.

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

X. 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 la crisis económica que atravesaba la empleadora CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER es considerado como un eximente para el pago de las prestaciones sociales debidas a la trabajadora al momento de la terminación de su contrato de trabajo y por tanto no es procedente la indemnización consagrada en el artículo 65 CST, tal y como lo plantea la pasiva en su recurso de apelación.

Aclara la Sala que no existe discusión en esta instancia acerca de la existencia de un contrato de trabajo entre la señora ALEXANDRA PATRICIA GONZALEZ y la CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER, desde el 16 de febrero de 2010 hasta el 30 de diciembre de 2017, fecha en que el mismo terminó por decisión unilateral de la trabajadora, lo cual fue aceptado por las partes durante el proceso.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA- ARTÍCULO 65 CST

Se solicitó en la demanda que ante el retraso en el pago de 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 accedió el

juez *a quo* al estimar que de conformidad con las pruebas que se evidencian en el expediente, la empleadora no logró acreditar un comportamiento exento de mala fe en la falta de pago de la liquidación de prestaciones sociales al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, pues no probó que se hubieran dado las circunstancias que manifiesta conllevaron a tener una imposibilidad física, jurídica o económica para cancelar los derechos ya mencionados.

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)…»

De esta manera, se entiende que la mera alegación por parte de una empleadora de su difícil situación económica, por sí sola no la absuelve de la indemnización moratoria solicitada, sino que es menester analizar en conjunto los elementos de convicción allegados al juicio, para establecer, si se encuentra debidamente acreditadas actuaciones denotativas de buena o mala fe, que permitan dirimir la procedibilidad de la condena sancionatoria.

En el caso que hoy nos ocupa, se tiene que no discute la pasiva que, al momento de terminación de la relación laboral existente con la trabajadora, ALEXANDRA PATRICIA GONZÁLEZ MORA, no se le canceló la liquidación definitiva de las prestaciones sociales que se causaron a su favor durante dicho contrato, siendo que el pago únicamente se efectuó el día 29 de septiembre de 2020, con posterioridad a la presentación de la demanda, lo cual fue probado durante el proceso, justificando dicha ausencia de pago en la difícil situación económica que se presentó en el sector salud como consecuencia de la intervención de SALUDCOOP EPS.

Sin embargo, de lo aportado al proceso se tiene que, tal y como se ha señalado en casos similares resueltos por este Tribunal, (Partida de Tribunal 18.978 Magistrada Ponente Dra. Nidiam Belen Quintero Gelves), no observa la Sala rectitud en el proceder de la CORPORACION MI I.P.S SANTANDER, ya que si bien escuda la falta de pago de los derechos laborales en cabeza de la trabajadora en la mencionada crisis económica del sector salud, de lo analizado es claro que, aun probada la difícil situación financiera por la que se encuentre atravesando una empresa y el conocimiento pleno de los trabajadores de este hecho, la misma no es razón para incumplir las obligaciones labores que tenía a cargo la entidad; esto, dado que a pesar de que entiende la Sala que ante la iliquidez o crisis económica del empleador, se afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, no debe perderse de vista, que éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono, tal como lo prevé el artículo 28 del C. S.T.

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

Y es que no observa la Sala en el plenario material probatorio que denote que el empleador tomó las medidas necesarias para amortiguar la falta de recursos económicos, ni tampoco existe un elemento de convicción que indique que la IPS aludida ejerció acciones tendientes al cumplimiento de las obligaciones laborales y remedio a la crisis, descartándose igualmente que la insolvencia económica que aduce el aquí empleador, pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, y aun configurándose como un hecho fortuito,

según la tesis que ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se presume que el empleador cuenta con los mecanismos de prevención necesarios o de remedio a dicha crisis financiera. Así lo ha señalado la Sala Laboral de la H. CSJ en sentencia radicado 34288 de enero 24 de 2012:

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

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

En ese orden de ideas, al no haber aportado al proceso la pasiva, elementos probatorios suficientes que permitan concluir que tenía razones válidas justificativas para omitir cancelar a la finalización del vínculo laboral los derechos laborales existentes a favor de la señora GONZALEZ MORA, no es posible revocar la condena impuesta por el A quo al pago de la indemnización contenida en el artículo 65 del CST, debiéndose CONFIRMAR la misma, en los términos en que fue impuesta, dado que nada fue manifestado en contra de los mismos por alguna de las partes.

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 a cargo de LA CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER y en favor de la señora ALEXANDRA PATRICIA GONZÁLEZ MORA.

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,

XI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 29 de abril de 2021, dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN SU TOTALIIDAD la sentencia proferida el 29 de abril de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la resolución del recurso de apelación presentado en contra del auto que negó el decreto de la prueba analizada, 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 medio salario mínimo mensual vigente, es decir, la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS ($454.263 m/cte.) a cargo de la pasiva y en favor de la demandante.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación presentado en contra de la sentencia proferida, es decir 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 a cargo de LA CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER y en favor de la señora ALEXANDRA PATRICIA GONZÁLEZ MORA.

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. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 1° de julio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-003-2021-00031-00, promovido por **Wilmar Sánchez Jaramillo** contra **Caribel Cuellar Ortiz** en calidad de propietaria del establecimiento de comercio *"Shoes Caribel"*.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 2 a 24): Depreca el actor se declare que entre él y la convocada a juicio existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo entre el 4 de marzo de 2015 y 29 de septiembre de 2018, que finalizó por decisión unilateral de la empleadora. En consecuencia, pide se condene a la demandada a pagarle prestaciones sociales (cesantías, intereses a éstas y primas de servicio), vacaciones compensadas en dinero, reintegro de sumas de dinero descontadas sin autorización ($1.800.000), diferencia salarial, dotación y calzado, indemnización por despido injusto, moratoria de que trata el artículo 65 del CST, sanción por no consignación de las cesantías y de intereses a éstas, aportes a la seguridad social, indexación de las condenas, junto con las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** el 4 de marzo de 2015 vinculó su fuerza de trabajo al servicio de la demandada a través de acuerdo verbal para desempeñarse en el cargo de *"cortador de sintéticos y diseñador de calzado"* en el establecimiento comercial de propiedad de aquella, denominado *"Shoes Caribel"*. **2) Que** cumplió un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., y los sábados de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., sin disfrutar periodo de vacaciones. **3) Que** en 2015 percibió un salario de $1.300.000 que aumentó para 2016 a $2.065.177; en 2017 de $1.217.384 y para 2018 -*cuando finiquitó el vínculo*- de $1.465.852. **4) Que** la labor prestada se dio sin solución de continuidad, siendo necesaria la imposición de órdenes dada la naturaleza de los servicios prestados, sin experimentar llamados de atención. **5) Que** el 30 de noviembre de 2016, la pasiva le hizo firmar un documento contentivo de liquidación de prestaciones sociales por valor de $2.793.003, de las cuales se descontó arbitrariamente la suma de $1.300.000; y al año siguiente, el 30 de noviembre de 2017, suscribió escrito de igual naturaleza por valor de $2.140.802, con descuento sin autorización de $500.000. Y que el 29 de septiembre de 2018 firmó el último documento con liquidación de $2.562.588, cancelada el 6 de noviembre del mismo año, es decir, 38 días después de fenecido el vínculo laboral. **6) Que** nunca estuvo afiliado al sistema general de seguridad social integral, no le fueron consignadas las cesantías en un fondo específico ni le fue dotado para el desempeño de sus labores, como dispone el ordenamiento jurídico. **7) Que** mediante citación fechada del 19 de noviembre de 2018 convocó a la enjuiciada ante el Ministerio del Trabajo, donde no acudió.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: La pasiva se opuso. Aceptó haber sostenido una relación laboral con el actor pero no en forma continua, sino bajo periodos específicos, a saber, 1° de febrero a 12 de noviembre de 2016; 30 de enero a noviembre 30 de 2017; y 29 de enero a septiembre 29 de 2018. Así, cataloga de alejada de la realidad, la afirmación de inicio de labores el 4 de marzo de 2015, acotando que en el gremio de la zapatería es costumbre fabricar de febrero a septiembre. Aduce que el demandante siempre estuvo de acuerdo con la modalidad contractual y las condiciones

estipuladas, sin que sea cierto, afirma, que hubiese sido obligado a suscribir documentos de liquidación, pues dice, los dineros descontados corresponden a adelantos de salarios solicitados por el ex trabajador. Indicó que el contrato finalizó por mutuo acuerdo cancelando las prestaciones sociales causadas, último aspecto sobre el que precisó que el pago tardío obedeció al incumplimiento de los clientes. Adujo no constarle la falta de afiliación al sistema general de seguridad social integral en tanto que producto de la ola invernal sufrida en 2019, se perdieron gran parte de los archivos de la empresa. Aseguró que las cesantías e intereses a éstas fueron canceladas directamente al trabajador al momento de fenecer el vínculo laboral, a quien aseveró, sí dotó de calzado y vestido de labor. Esgrimió las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, buena fe y mala fe del actor.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, el 1° de julio de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre los sujetos procesales continuo e ininterrumpido, por el interregno del 7 de diciembre de 2015 al 29 de septiembre de 2018, terminado injustificadamente por la convocada a juicio. En tal línea, la condenó a pagar en favor del demandante $1.800.000 por concepto de descuentos injustificado, prestaciones sociales causadas en el año 2015 ($107.736) y reajuste de las canceladas en valor de $1.726.233; $35.180.448 por sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST e intereses moratorios certificados por la Superintendencia Financiera a partir del mes 25 y hasta el pago total de las acreencias adeudadas; $7.732.200 y $14.471.002 como indemnización moratoria por falta de consignación de cesantías. También dispuso el pago de aportes al subsistema de pensiones por el periodo laborado.

Consideró plenamente acreditada la prestación personal de la fuerza de trabajo del demandante al servicio de la pasiva durante los extremos temporales puntuales (7 de diciembre de 2015 y el 29 de septiembre de 2018), así como la remuneración percibida por aquél, pero en las sumas establecidas

en los documentos contentivos de liquidación finales de prestaciones sociales, acotando que el actor no cumplió con la obligación que le asistía, de demostrar un salario superior. Sobre los descuentos ilegales, reflexionó que la enjuiciada no acreditó la autorización emanada del ex empleado para tal proceder, por lo que con apego a lo establecido en el artículo 149 del CST resultaba procedente ordenar el reintegro de los dineros retenidos. Afirmó también, ser procedente reconocer la sanción moratoria por no consignación de cesantías únicamente por la vigencia de 2015, pues frente a las causadas en 2016 y 2017 se demostró un pago directo al empleador. Reconoció indemnización por despido sin justa causa acotando que la demandada confesó al rendir interrogatorio de parte, haber despedido al actor por falta de trabajo. Finalmente indicó que la omisión de reconocimiento de las prebendas laborales condenabas, daba cuenta de un actuar ausente de buena fe, achacable a la enjuiciada, siendo viable en dicha línea, imponer la sanción del artículo 65 del CST a partir del 29 de septiembre de 2018.

RECURSOS DE APELACIÓN: La activa aspira a que se revoque parcialmente la decisión en el sentido de imponer condena por sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1999 por no consignación de cesantías causadas en 2016 y 2017. Discute que está plenamente acreditado la actuación de mala fe desplegada por la accionada, al efectuar liquidación por periodos que no corresponden a la realidad, no cancelar prestaciones sociales ni perfeccionar afiliación al sistema general de seguridad social integral, y realizar descuentos no permitidos por el ordenamiento jurídico. Para ello, se apoya en la sentencia SL 1451 de 2018.

Por su parte, la encarta busca derruir íntegramente la sentencia de primer grado. Arguye que las liquidaciones de 2016 a 2018 que reposan en el expediente, resultan más convincentes que los testimonios recepcionados, en tanto que los informantes carecen de conocimiento directo sobre las particularidades del vínculo laboral gestado entre las partes. Cuestiona las condenas impuestas, acotando que fue el mismo actor quien admitió haber recibido las sumas de dinero contenidas en las referidas liquidaciones,

omitiendo a su vez, cumplir con su ineludible carga de demostrar los extremos temporales aseverados en el escrito seminal de demanda. Insiste en que las diferencias salarias y de espacios cronológicos dan cuenta de la independencia de los contratos a término fijo celebrados por los enfrentados procesales y de su legal finalización, que asegura, acarreó el pago de todos los emolumentos válidamente causados, lo que enerva la condena por sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST. Advierte que el demandante no cumplió con el término de un año de vinculación que le permitiera disfrutar de los quince días de vacaciones previstas en la normatividad vigente. Discute que la falta de pedidos que experimentó la empresa conllevó a la suspensión de contratos y por ende, de su actividad comercial; situación que asevera, justifica el despido materializado en los términos del artículo ibídem.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: El actor reiteró los fundamentos expuestos en la demanda, incluyendo el actor como hecho nuevo de debate, la presentación extemporánea de contestación de la demanda por parte de la enjuiciada, con apego a lo cual solicita, dar por ciertos los hechos de la demanda e indicio grave contra la encartada. La pasiva no alegó.

3o. CONSIDERACIONES

Respecto al argumento esbozados por el demandante en sus alegatos de conclusión en relación con la presentación extemporánea del escrito de contestación por parte de la pasiva, ha de advertirse desde ya, no es factible emitir pronunciamiento al respecto por tratarse de una circunstancia fáctica cuyo debate está circunscrito única y exclusivamente a la primera instancia, donde pudo luego de alegar tal hecho, presentar los recursos de ley de haber obtenido respuesta desfavorable. Como ello no ocurrió, inocuo deviene insistir en ello cuando ya se agotaron la totalidad de etapas procesales previstas en la normatividad procesal laboral, dictándose la sentencia respectiva. Corolario es que se decidirá de fondo el recurso de alzada impetrado.

En tal línea, como desde la formulación del petitum se persigue la declaratoria de la existencia de un único contrato individual de trabajo, en la medida en que la juez *A Quo* tuvo por acreditada dicha circunstancia, dígase, relación laboral regida por un contrato de trabajo entre los sujetos en litigio, pero en diversos espacios temporales, y comoquiera que solo este último aspecto -solución de continuidad- fue objeto de controversia, el tema álgido del asunto no es otro que dilucidar **(i)** si el nexo contractual del demandante con la encartada lo fue a través de un solo contrato de trabajo o en su defecto de varios vínculos de fija temporalidad y con disímiles condiciones, tal y como lo afirma la enjuiciada. En caso de determinarse que se trata de un solo vínculo de orden laboral, esclarecer si la terminación efectuada 29 de septiembre de 2018, lo fue por justa causa imputable a la empleadora. Finalmente determinar **(ii)** si es procedente imponer condena a la demandada por las acreencias laborales e indemnizaciones deprecadas.

Unicidad contractual y la carga de la prueba.

Afirma Caribel Cuellar Ortiz, que concretamente sostuvo tres vínculos de trabajo directo con el actor independientes entre sí, dígase (i) entre el 1° de febrero y 12 de noviembre de 2016; (ii) de enero 30 a noviembre 30 de 2017; y (iii) entre el 29 de enero y 29 de septiembre de 2018; desconociendo así el extremo temporal aducido por el actor -4 de marzo de 2015 y septiembre 29 de 2018- y lo concluido al respecto por el a quo, es decir, contrato de trabajo entre el 7 de diciembre de 2015 y 29 de septiembre de 2018-.

Al punto de resolver si como lo concluyó la primera instancia, la relación que sostuvieron las partes estuvo regida por una única vinculación de orden laboral o como lo afirma la pasiva por los tres contratos ya referenciados, resulta preciso advertir que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha enseñado que los empleadores gozan de libertad a la hora de *«…escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, dentro de las variadas posibilidades que le otorga el legislador.*». Súmese que en ese orden, "*[…] la vinculación de*

trabajadores y trabajadoras a través de contratos de trabajo a término fijo goza de plena legitimidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y, que, las formas a través de las cuales se estructura, desarrolla y se termina dicho acuerdo, en los términos prescritos en los artículos 46, 55 y 61 del Código Sustantivo del Trabajo, entre otros, gozan de plena validez y vigencia. La razón es sencilla y es que debe entenderse que, a pesar de que el contrato de trabajo a término indefinido es la regla general de la vinculación – artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo -, el legislador dota al empleador de otras modalidades contractuales, para que pueda adecuar sus nóminas y personal a las necesidades cambiantes de la producción o de prestación de servicios" (Sentencia SL3535-2015).

En esas circunstancias, en principio deviene plenamente legítimo que el dador de laborío ofrezca a un trabajador la modalidad de vinculación que más convenga a sus necesidades, como el contrato determinado por un plazo fijo, o que los dos en cierto punto de su relación laboral decidan, libre y voluntariamente terminarla para empezar otra diferente o modificar algunos de sus puntos trascendentales. Esto, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Frente a este tema en sentencia del 30 de octubre de 2012 con radicación 39432, la Corte Suprema de Justicia señaló que *"(…) si hay diferencias de objeto entre el contrato que termina y el nuevo, como aquí sucede al tratarse de cargos distintos, es válido que se finiquite debidamente uno y se firme e inicie otro, sin que necesariamente el segundo deba acordarse en las mismas condiciones de duración o de remuneración en que se firmó el anterior, ya que precisamente en este campo prima la voluntad de las partes, salvo que se alegue y demuestra que esta fue afectada por vicios del consentimiento"*.

No obstante, la alta corporación también ha precisado que las formas jurídicas previstas por el legislador no pueden ser indebidamente utilizadas por el empleador para propósitos como el de eludir las garantías mínimas legales establecidas a favor de los trabajadores. En ese sentido, ha puntualizado que, a pesar de las convenciones expresamente suscritas por las partes, es deber del juez examinar si, materialmente, existió unicidad o no en el contrato de trabajo, para de allí extraer todas sus consecuencias.

Por manera que, si bien como lo precisa el inconforme las partes gozan de autonomía para suscribir contratos de trabajo a término fijo, así como para variar las condiciones de su vínculo laboral, en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y de irrenunciabilidad de derechos laborales, tal novación de las condiciones del contrato solo resulta válida si se corresponde con la realidad, es decir, si se identifica con un cambio real en el objeto del contrato y no se enmarca en el plano meramente formal con la finalidad de eliminar garantías especiales para el trabajador.

En el sub analice se tiene que las partes admiten haber acordado verbalmente ejecutar un contrato de naturaleza laboral, que finiquitó el 29 de septiembre de 2018. La disputa procesal se enmarca en la data de inicio del mismo y su eventual interrupción, pues, como se dijo, el extremo activo aduce que fue continuo y se gestó a partir del 4 de marzo de 2015 (aun cuando no cuestionó la data de inicio fijada por la primera instancia, en diciembre 7 de 2015); mientras que la encartada arguye que la relación laboral se materializó en tres espacios temporales fijos a partir del 1° de febrero de 2016.

En tal línea, resulta necesario auscultar el acervo probatorio para determinar cuál de las circunstancias fácticas esbozadas en efecto se acreditó, para luego si así fue, establecer si existen rubros de índole laboral pendientes de sufragar, que a la par conlleven o no a la imposición de las sanciones resarcitorias deprecadas.

Como pruebas históricas se cuenta con el testimonio de **Cecilia Capacho Díaz**, de 51 años, trabajadora independiente con nivel de estudios de secundaria, indicó que conoce al demandante porque laboró con él en *"Shoes Caribel"* desde el 5 de diciembre de 2015 en horario de 6:30 a.m. a 4:00 p.m., cumpliendo labores de oficios varios. Aseguró que el actor de desempeñaba como cortador y diseñador de calzado y cumplía una intensidad horaria de 7:00 a.m. y hasta las 7:00 p.m. u 8:00 p.m. -dependiendo de la cantidad de trabajo-, hasta que lo despidieron, asegura, el 29 de septiembre de 2018, data

que indicó recordar porque fue a hacer aseo y le comunicaron que la desvinculación se dio el día previo. Acotó que cualquier cosita adicional que se necesitaba también era cumplida por él. Aclaró luego, que ella inició a laborar el 7 de diciembre de 2015 y para esa data el demandante ya prestaba su fuerza de trabajo en el lugar desde meses atrás cumpliendo las funciones referenciadas (de cortador y diseñador). Agregó que trabajó hasta el 25 de marzo de 2019 pero que el accionante fue despedido antes, en septiembre de 2018, de lo que aduce, se enteró al día siguiente, cuando fue a realizar aseo al local y le manifestaron que lo habían despedido. Dijo ignorar el salario percibido por Wilmar porque los sábados se entregaba el dinero en forma personal en la oficina; también lo alusivo a posibles descuentos que se efectuaran de la remuneración. Contó que los contratos eran de forma verbal pero no conoce si bajo esa modalidad se contrató al actor. Aseguró que nunca se daba vacaciones a los trabajadores, que se trabajaba hasta el 31 de diciembre de cada año, se descansaba hasta el 4 de enero más o menos y se regresaba a laborar, pero que el trabajo era continuo; que tampoco había afiliación al sistema general de seguridad social integral, dotación y calzado, fondo de cesantías, etc. Afirmó que no tenía acceso a información de índole administrativa pero que como todos los trabajadores comentaban sobre los impagos, sabía que no se cancelaban las acreencias, pues cuando se enfermaban debían cubrir con su dinero los gastos porque no estaban afiliados a salud. Finalizando acotando que le pagaban un sueldo y cada año le hacían liquidaciones de diez meses cuando se trabajaba un año que son doce meses, porque argumenta, era la ley de la empresa dejar *"dos meses volando"*. Informó que el documento que firmaba contenía datos como fecha de ingreso y retiro (diez meses), vacaciones que nunca disfrutaban y cesantías que no se consignaban en el fondo, pero que el valor allí consignado sí era recibido. Contó que también demandó a la accionada y ganó el proceso.

La segunda deponente fue **Maritza Yaneth Estupiñán**, soltera, de 40 años, trabajadora independiente con nivel de estudios de primera, informó que conoce al demandante porque fueron compañeros de trabajo en la empresa

"Shoes Caribel" desde el 7 de febrero de 2016 hasta el 30 de noviembre de 2017. Refirió que no ha demandado a la hoy enjuiciada. Aseguró que el actor era cortador y diseñador y cumplía un horario igual al de ella, es decir, de 7:00 a.m. a 12:00 m. y con regreso a la 1:00 p.m. hasta las 7:00 p.m. u 8:30 p.m. o 9:00 p.m. -dependiendo del trabajo que tuviera que realizar-, precisando que conoce tal situación porque laboró como ayudante de montador consistente en organizar hormas, cortes, plantillar y aplicar producto (pegante) para las suelas y limpiarlas, entregar y recibir tareas. Acotó que Wilmar cortaba los diseños ordenados y exigidos por los clientes, mismos que él creaba para la empresa, asegurando que desconoce el valor de su remuneración. Sobre este último aspecto, explicó que los trabajadores eran citados de 2:00 p.m. a 2:30 p.m. y de forma particular ingresaban por turnos a la oficina a recibir pagos de la semana de trabajo, más nada. Aclaró que en el resto del año recibían pagos a título de liquidación por diez meses con sueldo y cesantías. Contó que el actor ni los demás trabajadores disfrutaban vacaciones, porque se liquidaban los diez meses y se seguía trabajando hasta el 30 o 31 de diciembre y luego se ingresaba el 3 de enero del siguiente año. Dijo ignorar si se hacían aportes a la seguridad social a nombre de Wilmar, precisando luego que éste nunca fue afiliado a dicho sistema mientras laboraba, al igual que a los más de 60 empleados más. Contó que la contrató Yerson Omar Camacho Durán, quien identificó como empleado del establecimiento comercial, pero que la demandada no le solicitó hoja de vida para el ingreso porque los montadores contrataban al auxiliar que necesitaban. Aseguró que Camacho Durán era quien le cancelaba el salario y la tenía empleada, pero le daba información sobre las formas de pago que realizaba la demandada en la oficina referida (diez meses de liquidación), precisando que nunca vio el contenido de los documentos.

Asimismo se escuchó al protagonista procesal **Wilmar Sánchez Jaramillo**, quien dijo tener 51 años y conocimientos de conducción y calzado. Aseguró que laboró para la demandada entre el 4 de marzo de marzo de 2015 y el 29 de septiembre de 2018 en el cargo de cortador, diseñador de calzado y

favores de oficios varios; por lo que aseguró, devengaba mucho más del mínimo ($1.300.000 o $1.400.000). Indicó que a final de año era llamado a la oficina para recibir lo que se ganó, aclarando que se trataba de un sobre con la plata y que en forma posterior le hacían llegar la papelería que debía firmar. Al respecto, reconoció que se trataba de los documentos aportados en la demanda y contentivos de su firma (liquidaciones 2016, 2017 y 2018). Dijo ignorar la razón fáctica que respalda los descuentos efectuados en dichas liquidaciones, acotando que nunca solicitó préstamos tan exorbitantes, por las peticiones de dinero no superaron los $30.000, siendo descontados del salario. Aclaró luego que las deducciones obedecían a una nevera de segunda que negoció con la encartada, acordando que el valor podría ser descontado. Aceptó haber recibido los dineros liquidados. Catalogó de contrario a la realidad y actuar de mala fe, los extremos temporales consignados en los referidos escritos, acotando que las liquidaciones de los contratos se realizaban a principio o finales de noviembre con trabajo continuo en diciembre. Aseguró que un día, la accionada lo llamó a la oficina y le dijo *"no hay más trabajo para usted"*, frente a lo cual solicitó una explicación o justificación, sin obtener respuesta.

Se cuenta además con el interrogatorio rendido por **Caribel Cuellar Ortiz**, quien afirmó tener 41 años y estudios de bachillerato. Reconoció al actor como empleado suyo en 2016, de enero a noviembre cuando se hizo su liquidación; luego a finales de enero de 2017 hasta noviembre del mismo por cierre de la empresa; regresando en 2018 a finales de enero por *"correría de la feria"* para traer pedidos, finalizando el trabajo en septiembre de la última vigencia referenciada, debido a los problemas con Venezuela y la reducción de las ventas. Sobre este punto aclaró que informó a los trabajadores que no había más trabajo por la crisis de la frontera, siendo los primeros en salir de la empresa, los cortadores, quienes percibieron la respectiva liquidación porque no hubo más trabajo, cerrándose la empresa en septiembre de 2018. Confesó que fue ella quien comunicó la determinación de finalización del vínculo. Reconoció el contenido de los documentos denominados

"liquidaciones", precisando que los descuentos obedecían a préstamos que el trabajador solicitaba durante el año, que ellos autorizan deducir de la liquidación. Aceptó haberle vendido una nevera al actor en $600.000 o $700.000, aduciendo ignorar si la deducción de $500.000 emanaba o no de dicho negocio. Advirtió que los préstamos y autorización de descuentos eran de mutuo acuerdo y que se llevaba el control de los mismo en un cuaderno, prueba de ello, asegura, era la firma del actor en los escritos. Aseguró que los fabricantes de calzado acostumbran visitar la feria de calzado en enero, hacer correría y luego iniciar a laborar en febrero; luego otra correría en abril, septiembre, finalizando labores en noviembre de cada año -cuando terminaba el desarrollo de la actividad comercial-. Dijo conocer a la deponente Cecilia Camacho por haber laborado como empleada doméstica en su casa, ubicada frente a la empresa. Explicó que aquella nunca desempeñó labores de oficios varios en la empresa, acotando que de pronto iba a dejarle un café o vaso de agua a ella o a su hijo. Indicó no conocer a Maritza Estupiñán. Confesó no haber afiliado al actor por pedido propio de éste fundado en el temor de perder Sisbén y demás beneficios estatales, a lo que accedió, afirma, por desconocimiento de la obligación forzosa de afiliación al sistema. Aseguró que cancelaba a sus trabajadores -incluyendo el incoante-, cesantías, intereses a éstas, vacaciones, primas y todos los conceptos contenidos en la liquidación.

Además, la documental está constituida por cédula de ciudadanía del actor (fl. 25); matrícula mercantil del establecimiento de comercio *"Shoes Caribel"* (fls. 26 y 27); liquidaciones suscritas por los sujetos en litigio (fls. 28 a 31); citación ante el Ministerio de Trabajo y constancia de no asistencia a la diligencia programada (fls. 32 y 33); e historia laboral del demandante (fls. 34 a 36).

Del estudio del cúmulo probatorio en conjunto, debe decirse que contrario a la tesis planteada por la convocada a juicio, lo que se infiere diáfanamente es que la relación laboral plenamente admitida no estuvo mediada por

diversas contrataciones sino por una a término indefinido e ininterrumpida, como a bien tuvo concluir la operadora judicial de primer grado.

En efecto, aun cuando el contenido de los tres documentos suscritos por el actor, denominados liquidaciones 2016, 2017 y 2018, objetiva y fielmente analizados, dan pie para inferir que conforme lo alude la impugnante, sí se sostuvieron contratos de modalidades diferentes, pasa por alto la pasiva ciertas particularidades relevantes de la vinculación, que se derivaban del análisis completo de las anteriores pruebas, como que nunca hubo verdadera solución de continuidad en la prestación de los servicios, de manera tal que, ni en términos formales ni reales, se produjo una terminación del contrato inicialmente desarrollado entre las partes.

Nótese como las testigos Cecilia Capacho Diaz y Maritza Yaneth Estupiñán, quienes se identificaron como ex compañeras de trabajo del actor entre 2015 y 2018, fueron contestes en señalar que la prestación personal del servicio por parte de éste y del resto del personal -que superaba las veinte personas- no se suspendía más allá de la suscripción de la liquidación final de prestaciones sociales efectuada por Caribel Cuellar, acotando que era costumbre de la enjuiciada *"y su empresa"*, el estipular en dichos documentos como extremo temporal laborado un espacio de diez meses, cuando en realidad se trabajaba el año completo, inclusive hasta el 30 o 31 de diciembre de cada vigencia, sin disfrute de periodo vacacional en sí, retornando nuevamente a las funciones los primeros días de enero de la siguiente anualidad.

Afirmaciones que coinciden con lo asegurado por el demandante al rendir interrogatorio de parte, cuando señaló sin dubitación alguna que la convocada a juicio jamás le otorgó disfrute de vacaciones y que le prestó su fuerza de trabajo en forma continua de 2015 a 2018, pese a que en la documentación contentiva del soporte de pago de prestaciones sociales causadas -que afirmó suscribir habitualmente con posterioridad al recibo de los dineros-, se indicara lo contrario.

Del mismo modo, como lo advirtió la A-Quo no se verifica que con cada *nuevo contrato* las labores concertadas fueran las distintas a las desarrolladas de manera subordinada con anterioridad, en tanto que como aceptó la pasiva al absolver interrogatorio y lo respaldan las demás declaraciones recepcionadas, el actor siempre fungió como cortador y diseñador de calzado en el establecimiento comercial; de manera que, en el plano de la realidad, resulta diáfano concluir que el prestador de laborío puso sus servicios a disposición de la encartada de manera continua e ininterrumpida, además de que todo el tiempo desarrolló las mismas labores y por ende, estuvo regido por una sola relación. Sin que resulte de recibo el argumento expuesto por la recurrente, relacionado con las diversas remuneraciones canceladas Wilmar Sánchez en las tres anualidades, pues como se colige del contenido de los pagos liquidados y aportados por la accionada (fls. 28 a 31), aquel nunca percibió un salario específico ya que variaba (salario promedio) dependiendo de la cantidad de trabajo desarrollado, de lo que también dan fe las informantes al expresar que *"el horario de salida no era fijo, era hasta las 7:00 p.m., pero dependiendo de la cantidad de trabajo salía a las 8:00 p.m. u 8:30 p.m."*.

Menos tiene acogida la tesis de suspensión de contratos entre septiembre y noviembre de cada vigencia de cada a la supuesta finalización de la temporada de alta demanda en el sector de zapateros, porque además de no haberse allegado prueba alguna que respaldara tales afirmaciones, resulta casi imposible, por contrariar la realidad, que justamente en la época final del año, cuando el comercio se reactiva drásticamente, el establecimiento comercial de propiedad de la pasiva experimente reducción drástica de pedidos. Valga acotar que si bien se hizo alusión al cierre fronterizo, tampoco se demostró que la explotación económica de dicha actividad comercial se ejerciera exclusivamente en dicho espacio geográfico, máxime, cuando es ampliamente conocido que dicho fenómeno de naturaleza política se materializó en agosto de 2015, esto es, con antelación a la data de inicio contractual reconocida en primera instancia.

Corolario es que no pueden entenderse eficaces los convenios y/o medios de convicción que pretenden disfrazar una interrupción entre las presuntas dos vinculaciones, valga decir las aparentes finalizaciones de contratos que asegura la demandada, han de inferirse del cómputo y pago de acreencias laborales en 2016, 2017 y 2018. Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contiene el artículo 43 del CST, común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, facultándose en dicha medida al trabajador, para reclamar el pago de salarios y prestaciones legales adeudados.

Y, es que no se puede desconocer que tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia, ante supuestos de celebración y/o suscripción de varios contratos, como aquí acontece, los jueces deben ser muy cautelosos en el examen de las pruebas y especialmente esmerados a la hora de verificar una posible unidad contractual, real y material, como quiera que *"es bien conocido que, algunos empleadores han adoptado estas prácticas con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, bien para favorecerse en la liquidación de la cesantía o bien para beneficiarse al momento de ejercer la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo".*[1]

En esas condiciones, el juzgador de primer grado no erró al concluir que en atención al principio de primacía la realidad sobre las formas, contemplado en el artículo 53 constitucional, la relación del demandante con Caribel Cuellar Ortiz fue una sola, tuvo el mismo objeto, fue continua e ininterrumpida y por ende estuvo regida por un contrato a término indefinido vigente entre el 7 de diciembre de 2015 y el 29 de septiembre de 2018, terminado de manera unilateral e injusta, ya que no existía plazo fijo que lo gobernara, resultando así acertada la condena al pago de la indemnización por despido sin justa causa, en los términos pedidos.

[1]Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral. Sentencias SL15986-2014, SL806-2013, SL del 15 mar. 2011, rad. 37435, SL, 1 dic. 2009, rad. 35902, entre otras.

También, porque ningún medio de convicción encaminado a demostrar la supuesta suspensión de actividad comercial alegada por la encartada, fue asomado al plenario.

Buena fe – indemnización por no consignación de cesantías y sanción moratoria por impago de salarios y prestaciones sociales

La parte demandada, en esencia, sostiene que siempre actuó de buena fe al mantener tres relaciones laborales regidas por contratos a término fijo debidamente liquidadas; arguyendo así, resulta injustificada la condena impuesta a título de sanciones moratorias. Por su parte, el actor discute que es procedente extender la sanción por no consignación de cesantías, respecto a las causadas en 2016 y 2017, dada la reprochable conducta de su ex empleadora.

Ha enseñado la jurisprudencia del órgano cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral, que tanto la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., como la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no son de aplicación automática, pues el operador judicial deberá examinar si la omisión en el pago de salarios, prestaciones y la falta de consignación de las cesantías en el fondo elegido por el trabajador y en los términos dispuestos en esta última normatividad, tuvo alguna justificación razonable. Justificación que para el caso, según la pasiva existió, en tanto afirma que actuó bajo el convencimiento de que la relación que sostuvo con el demandante entre 2016 y septiembre de 2018 no fue continua y se pagó lo que en razón a cada contrato a término fijo celebrado, correspondía.

Al aterrizar lo anterior a las situaciones fácticas presentadas en este asunto, conforme lo señaló el a-quo no se encuentra que el actuar de la convocada a juicio, hubiese estado revestido de manifestaciones propias del principio de buena fe. En efecto, nótese como se encaminó a desconocer la existencia de un único contrato de trabajo con el aquí incoante entre el 7 de diciembre de 2015 y el 29 de septiembre de 2018, señalando que lo que existió fueron tres contratos independientes entre sí, situación que tal y como se estudió

con anterioridad, fue una figura simulada que sostuvo por espacio de tres años para no reconocer y cancelar en forma completa los emolumentos laborales que por ley le correspondían al actor, pues en cada anualidad determinó restar dos meses a la liquidación de prestaciones sociales a sabiendas que el trabajador prestó su fuerza laboral durante el total de la anualidad.

Circunstancia que pone en evidencia que su actuar estuvo desprovisto de buena fe, ya que, denota que el objeto de la finalización intempestiva de los contratos era evitar asumir el cabal pago de los derechos laborales del actor, máxime cuando las pruebas recaudadas dieron cuenta de siempre estuvo sometido a subordinación conforme quedó ampliamente analizado. En punto a la conducta que asumió la encartada durante toda la relación de trabajo, cabe destacar lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ, SL 16 mar. 2005, rad. 23987, en la que dijo:

"La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (…)"

A partir de lo señalado, se tiene que ni de las probanzas arrimadas, ni de los argumentos esbozados por la pasiva surgen esas razones serias y atendibles que puedan demostrar que su actuar fue medianamente recto. Y comoquiera que existen saldos insolutos de cesantías por cancelar al ex trabajador, en razón a los cálculos amañados efectuados por la pasiva, resulta procedente tal como lo discute el actor, imponer a cargo de aquella la sanción del artículo 99 Ley 50 de 1990 (numeral 4°) respecto a las cesantías causadas en 2016 y 2017 que a la data no han sido canceladas en legal forma, de la siguiente manera:

- 2016: desde el 15 de febrero de 2017 y hasta el 14 de febrero de 2018, teniendo en cuenta un salario diario de $68.839, para un total de $24.782.040.
- 2017: desde el 15 de febrero de 2018 y hasta el 29 de septiembre del mismo año (fecha de extinción del vínculo laboral), teniendo en cuenta un salario diario de $40.579, para un total de $9.049.117.

Ello, porque la sanción por la no consignación de las cesantías, está presupuestada en el ordenamiento legal para sancionar, como su mismo nombre lo indica, la omisión de quien actúa como empleador con el deber de consignar las cesantías del trabajador en un fondo especializado para ello, el cual (deber) se extiende durante la vigencia contractual, como igualmente al momento del finiquito, surge la obligación de cancelar directamente al trabajador los saldos pendientes por cesantías.

Se modificará la condena impuesta a título de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, pues se evidencia que la operadora de primer grado desconoció que el extremo activo presentó la demanda con posterioridad a los 24 meses de haber finalizado la relación contractual; circunstancia que de cara a lo establecido en dicha norma solo da lugar al reconocimiento de intereses moratorios certificados por la Superintendencia Bancaria a partir del día siguiente a la finalización del contrato (30 de septiembre de 2018) y hasta cuando se pague lo debido. Así, en la medida en que coinciden las partes en que esto último ocurrió el 29 de septiembre de 2018, es claro que el actor contaba con plazo para acudir a la jurisdicción ordinaria hasta el mismo día y mes del año 2020, y lo hizo por fuera de dicho término, pues el acta de reparto visible en el expediente digital da cuenta de que la presentación de la demanda tuvo lugar el 25 de enero de 2021, por lo que se excedió el término de los 24 meses que dispone la norma en cita.

En resumen, la apelación del demandante logra su cometido, al resultar procedente la imposición de sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1999 respecto a las cesantías causadas en 2016 y 2017; debiendo revocarse

parcialmente la decisión de primer grado. No así en el caso de la enjuiciada en tanto que es dable concluir que entre las partes existió una única relación laboral regida por un contrato de trabajo desde el 7 de diciembre de 2015 hasta el 29 de septiembre de 2018, por lo que patente es que lo concluido en primera instancia así como las condenas impuestas en dicho sentido, se ajustan a las pruebas allegadas al proceso. Se modificará la decisión, eso sí, en el sentido de reconocer a título de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, intereses moratorios certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir del día siguiente a la finalización del contrato (30 de septiembre de 2018) y hasta cuando se pague lo debido y hasta el cabal pago de la obligación adeudada.

Por fuerza de lo dicho, se declararán imprósperos los medios exceptivos formulados por la pasiva, denominados *"inexistencia de la obligación"*, *"buena fe"* y *"mala fe del actor"*.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas a la pasiva por prosperar parcialmente su apelación. Como agencias en derecho de la alzada se fijará la suma de medio SMLMV ($454.263). Monto que se muestra conforme al Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia del 1° de julio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en lo que respecta al reconocimiento y pago de sanción moratoria por no consignación

de cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En su lugar, **CONDENAR** a **Caribel Cuellar Ortiz** a reconocer la misma en favor de **Wilmar Sánchez Jaramillo** en los siguientes términos:

- Cesantías causadas en 2016: desde el 15 de febrero de 2017 y hasta el 14 de febrero de 2018, teniendo en cuenta un salario diario de $68.839, para un total de $24.782.040.
- Cesantías causadas 2017: desde el 15 de febrero de 2018 y hasta el 29 de septiembre del mismo año (fecha de extinción del vínculo laboral), teniendo en cuenta un salario diario de $40.579, para un total de $9.049.117.

SEGUNDO: MODIFICAR el literal f) de la decisión para reconocer a título de sanción moratoria del artículo 65 del CST, intereses moratorios certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir del día siguiente a la finalización del contrato (30 de septiembre de 2018) y hasta cuando se pague lo debido y hasta el cabal pago de la obligación adeudada.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la pasiva, denominadas *"inexistencia de la obligación"*, *"buena fe"* y *"mala fe del actor"*.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de medio SMLMV a su cargo ($454.263). Liquídense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFIQUESE.

Los Magistrados,

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 14 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-004-2009-00329-00, promovido por **Rubén Darío Soto Maldonado** contra el **Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR- de la ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación** y **el Instituto de Seguros Sociales – ISS-.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (folios 324-349): Depreca el demandante se condene a las demandadas a reconocer y pagar el reajuste pensional estableciendo como cuantía de la pensión de jubilación el 100% del promedio de lo percibido en los dos últimos años aplicando el IPC; se ordene a la ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación, pagar el 25% que fue desconocido y dejado de cancelar desde el 1 de diciembre de 2005 de acuerdo a los establecido en el artículo 98 de la convención colectiva de

trabajo, el pago de todos los derechos y garantías convencionales que venía disfrutando y que dejaron de ser reconocidos a partir del 26 de junio de 2003 hasta el 5 de diciembre de 2010, a reliquidar el valor de la pensión, el pago de los intereses moratorios causados a partir del 1 de diciembre de 2005 hasta la fecha del pago total de la obligación o condena judicial, a la bonificación de jubilación a la que tiene derecho adquirida de acuerdo al artículo 113 de la CCT y a las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** laboró para el ISS desde el 26 de abril de 1976 hasta el 26 de junio de 2003, esto es 29 años y 2 meses, fecha en la que pasó sin solución de continuidad a laborar para la ESE Francisco de Paula Santander hasta el 30 de noviembre de 2005, sumando un total de 29 años, 8 meses y 4 días. **2) Que** nació el 14 de enero de 1950, cumpliendo 55 años de edad en la misma fecha del año 2005, logrando los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. **3) Que** mediante resolución No 2920 del 9 de diciembre de 2005, la ESE Francisco de Paula Santander le reconoció pensión mensual de jubilación a partir del 1 de diciembre de 2005 por valor de $1.902.573, equivalente al 75% del promedio de lo percibo en los últimos 10 años de servicio con aplicación del IPC. **4) Que** adquirió derechos convencionales durante el tiempo que laboró para las demandadas que no le fueron reconocidos, por lo que elevó derecho de petición el 5 de septiembre de 2007, dirigido a la ESE Francisco de Paula Santander, por medio del cual solicitó le sea reconocida la pensión en un 100% del promedio de los 2 últimos años de servicio y el pago inmediato de lo dejado de percibir desde el 1 de septiembre de 2005. **5) Que** dicha solicitud fue negada por parte de la ESE mediante oficio GG No 0955 del 24 de septiembre del 2007 manifestando que la oportunidad para hacer efectiva su inconformidad correspondía al término que le fue brindado para impugnar la actuación administrativa Resolución 2029 del 9 de diciembre del 2005. **6) Que** cumple con la exigencia del artículo 98 de la convención colectiva, esto es, 20 años de servicio continuos o discontinuos, 55 años si es hombre o

50 años si es mujer para obtener una pensión en cuantía equivalente a 100% del promedio de lo percibido en los últimos dos años. **7) Que** los trabajadores oficiales que fueron incorporados en las Empresas Comerciales e Industriales del Estado como consecuencia de la escisión dispuesta por el Decreto 1750 de 2003, llevan inmersos en sus contratos de trabajo los beneficios de carácter económico e individual que adquirieron cuando eran trabajadores oficiales del ISS y por ello tiene derecho a todas las prestaciones sociales causadas como reajustes anuales de salario, primas convencionales, subsidios que conforman el factor salarial y prima de vacaciones. **8) Que** en virtud a la circular externa No 0049 del 2004, en su numeral 2 dispone: *"(…) A los trabajadores incorporados como empleados públicos a las plantas de personal de las Empresas Sociales del Estado, que no habían cumplido los requisitos de pensión establecidos en la* ***CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO,*** *pero son beneficiarios del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, les serán aplicables, hasta el* ***31 DE DICIEMBRE DEL 2007,*** *los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto de la pensión establecidos en el Decreto Ley 1853 de 1977 como funcionarios de la Seguridad Social, o en la Ley 33 de 1985 como servidores públicos. partir del 1°. de Enero del 2008 solo se conserva el régimen anterior, la edad de pensión (Art. 4°. Ley 860 de 2003)(…)".* Por lo que fundamentado en la norma precitada considera es beneficiarios de régimen de transición.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA (fls. 370 a 372): **El Instituto de Seguros Sociales – ISS**, se opuso a las pretensiones. Manifestó que no le constan los hechos indicando que las manifestaciones del demandante nada tienen que ver con el ISS, ya que, el reconocimiento de la pensión estuvo a cargo de la ESE Francisco de Paula Santander, su ultimo empleador. Presentó la excepción que denominó: falta de jurisdicción, falta de agotamiento de la vía gubernativa, prescripción e inexistencia de la obligación por parte del ISS.

La Sociedad Fiduciaria Popular S.A. quien actúa en calidad de administradora del patrimonio de Remanentes de la ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación (fl 405 al 439), se opuso a las súplicas. Indicó que lo solicitado no está dirigido en su contra. Dice que con todo, se deberán probar tanto los hechos como su calidad de tercero sin que le afecten las resultas del proceso, puesto que, no le es permitido contestar con la transcendencia jurídica de parte. Explicó que no es responsable directa ni indirectamente ni de manera solidaria de las actuaciones que haya tenido la extinta ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación o de su cesionario. Precisó que, de acuerdo con el contrato de fiducia, la cláusula octava dispone que ni el PAR ni la Fiduciaria que lo administra, asumen la calidad de vinculados o parte en los procesos judiciales, ya que respecto de los mismos, solo está obligada a hacer seguimiento de los apoderados que ejercen la defensa judicial y efectuar los pagos originados en los gastos judiciales que se profieran en contra del fideicomitente en dichos procesos.

Propuso la excepción previa de indebida notificación e ineptitud de la demanda. De mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del 14 de julio de 2021, negó la totalidad de las pretensiones y condenó en costas al actor.

Estableció que no es procedente ordenar el reajuste pensional en los términos solicitados respecto al artículo 98 de la CCT. Indicó que con base en el artículo 101 de la CCT es permitido acumular tiempos de diversas entidades, pero obteniendo una pensión con la base en el 75%. Refirió que el actor cumplió las condiciones del régimen de transición de ley 100 de 1993 y por ello se hizo acreedor de los requisitos de tiempo y edad preceptuados en el Decreto 1653 de 1977, bajo la observancia de

que el I.B.L. para su caso, será de acuerdo al artículo 36 de la ley 100 de 1993, por cuanto el derecho se causó en vigencia de esta última.

Explicó que los beneficiarios de la CCT suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL fueron determinados en el artículo 3 del Decreto 1750 de 2003, siendo aplicables a los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del ISS. Por esto, dice, tal acuerdo colectivo no es aplicable al actor en tanto fue vinculado como empleado público con régimen salarial y prestacional de carácter legal y reglamentario de la rama ejecutiva del orden nacional. Sostiene que los trabajadores con esta última calidad, que laboran en la planta de personal de las ESE desde el 27 de junio de 2003, no son sujetos de negociación colectiva, ni pueden aspirar a ser beneficiarios de convenciones colectivas, ya que, dicha condición está restringida por ley a los trabajadores oficiales

APELACIÓN: El demandante aspira a que se revoque la decisión. Considera que la primera pretensión de la demanda, nada tiene que ver con la Convención Colectiva ni con la condición de trabajador oficial, ya que se fundamenta en el Decreto 1653 de 1977 ni se exige que sea trabajador oficial o empleado público, pues solo se requiere que haya laborado 20 años continuos o descontinuos al Instituto de Seguros Sociales, requisito que cumplió a cabalidad.

Reiteró que tiene derecho al régimen de transición que establece la Ley 100 de 1.993 porque cuando entró en vigencia tenía 44 años de edad y 26 años de servicios al ISS, con un solo año de interrupción, esto es, desde el 20 de mayo de 1989 hasta el veintinueve 29 de mayo de 1990, cuando trabajó para el Hospital Universitario Erasmo Meoz en Cúcuta. Precisa que el segundo requisito lo cumple el 14 de enero de 2005, esto es los 55 años, para tener derecho a la pensión de vejez, al ciento por ciento (100%) del salario, devengado durante el último año. Alude que como el

Acto Legislativo 01 de 2005 empezó a regir el 25 de Julio de ese mismo año, ya había cumplido este segundo requisito, para acceder a la pensión de vejez, bajo el Decreto 1653 de 1977.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Los sujetos procesales replicaron los argumentos esbozados en el escrito genitor de demanda, su contestación y el recurso de alzada.

3o. CONSIDERACIONES

El problema jurídico consiste en determinar si el actor tiene derecho o no al reajuste de su pensión de jubilación en un 100% del salario devengado durante el último año, por haber prestado sus servicios al Instituto de Seguros Sociales – ISS de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977.

No se discute en el proceso que el demandante prestó servicios al Instituto de Seguros Sociales entre el 26 de abril de 1976 y el 26 de junio de 2003; que en virtud de la escisión dispuesta por el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003 pasó de manera automática a la E.S.E. Francisco de Paula Santander en calidad de empleado público, desde esa fecha hasta el 30 de noviembre de 2005; que cumplió 55 años el 14 de enero de 2005; y que la E.S.E. demandada mediante Resolución 2920 de 9 de diciembre de 2005, le reconoció pensión de jubilación legal a partir del 1 de diciembre de 2005 con fundamento en el Decreto 1653 de 1977 (fls. 33 al 37)

En ese orden de ideas, como el incoante estima que al ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1996, le es aplicable el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, y por ende adquirió el derecho a que su pensión sea reconocida en un 100% del promedio de lo percibido en el último año de servicios (artículo 19 Decreto 1653 de

1997), pertinente resulta traer a colación lo establecido en cuanto al régimen de transición en la ley de seguridad social.

Así, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone: "***ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN*** *(…)* ***La edad*** *para acceder a la pensión de vejez,* ***el tiempo de*** *servicio o el número de semanas cotizadas, y el* ***monto*** *de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.* ***Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.***

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello*, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Indice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE"*

Como puede verse, cuando de la aplicación del susodicho régimen se trata, la edad, tiempo y monto de las pensiones de los beneficiarios de tal, serán los mismos del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. No sucede igual con las demás condiciones, más exactamente con el denominado ingreso base de liquidación (IBL), las cuales se regirán por lo establecido en la mencionada ley 100 de 1993. Sobre el particular el máximo tribunal en lo laboral ha indicado:

"(…) *el criterio relativo a que el régimen de transición garantiza a sus beneficiarios de cara a la prestación por vejez o jubilación, y en relación con la normatividad que venía rigiendo en cada caso, lo atinente a* ***la edad y el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo; pero no en lo referente al ingreso base de liquidación pensional que se rige en estricto rigor por lo previsto por el legislador en el inciso tercero del***

artículo 36 de la Ley 100 de 1993*, para quienes estando en transición les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, y que sería el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior.*

*"(…)****Es decir, el ingreso base de liquidación pensional de los beneficiarios de la transición, en principio, se rige por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y no por el régimen anterior, lo cual no vulnera el principio de inescindibilidad de la ley porque es en virtud de sus propios mandatos que el cálculo debe hacerse en esa forma****.(…)*" (SL8337-2016)

A la luz de lo enunciado, no resulta de recibo la inconformidad del apelante cuando indica que al ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1996, tiene derecho a que el IBL sea calculado de acuerdo al Decreto 1653 de 1977, adquiriendo un reconocimiento pensional en un 100% de lo devengado, porque como se explicó, no se pueden aplicar íntegramente las condiciones establecidas en el decreto mencionado, pues, el ingreso base de liquidación que el actor reclama se debe determinar a la luz de lo dispuesto en la ley vigente. Lo anterior por cuanto el artículo 36 citado, no definió los elementos integrantes de la remuneración del afiliado que se beneficia de la transición (SL3701-2021); dicho, en otros términos, el régimen de transición no cobija la base de la pensión ni los factores salariales que deben tenerse en cuenta y por ello dicho aspecto queda supeditado a la Ley 100 de 1993.

Cabe advertir, que no se equivocó el *a quo* al abordar la controversia desde el punto de vista de la aplicabilidad del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad, ya que, del libelo introductor se colige que una de las

peticiones es la condena al pago de todos los derechos y garantías convencionales que según el actor venía disfrutando y que dejaron de ser reconocidas por ser beneficiario de la Convención Colectica de Trabajo 2001-2004. Sobre el asunto, oportuno resulta recordar lo reseñado por la alta corporación judicial en casos como el presente: "(…) *Se tiene entonces que el Tribunal, en la sentencia acusada, no incurrió en equivocación alguna, cuando estimó que al momento de la escisión del ISS, Francisco Álvaro Rendón Cortés no tenía causado el derecho a la pensión de jubilación conforme el art. 98 del acuerdo convencional, toda vez que, para tener derecho a que se le concediera la prestación contenida en dicha disposición, se requería que completara los 20 años de servicios, mientras tuviera la condición de trabajador oficial, lo cual no ocurrió, dado que tal requisito lo cumplió cuando aquél ya había adquirido la calidad de empleado público, esto es, de manera posterior a su vinculación a la ESE Rafael Uribe Uribe.*

En este orden de ideas, el ad quem no desconoció ningún derecho adquirido, esto es, que hubiera ingresado al patrimonio del demandante, habida consideración que para el 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigor del D. 1750/2003 (Diario Oficial No. 45230), cuando operó el cambio de la naturaleza jurídica del vínculo de trabajador oficial a la de empleado público y el accionante quedó incorporado a la planta de personal de la ESE accionada, no había cumplido el requisito convencional referente al tiempo de servicios como «trabajador oficial (…) continuos o discontinuos al ISS» para acceder a la prestación jubilatoria, en los términos del art. 98 convencional. (…)"

Tal derrotero ha sido reiterado, en sentencias como la SL468-2013, SL644-2013, SL12348-2014, CSJ SL16267-2014, SL13641-2014, SL4929-2015 y la SL17783-2016, de la cual se decanta que para que pueda hablarse de derecho adquirido a la pensión de jubilación convencional por parte de los trabajadores oficiales al servicio del ISS que luego pasaron a prestar servicios a una E.S.E., en condición de empleados públicos en los términos del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, es indispensable que tanto el requisito de tiempo de servicios como

el de edad, sean reunidos mientras tuvieron la condición de trabajadores oficiales, lo cual afectivamente, no se da en el sub-analice, habida cuenta que, a partir de los sucesos facticos planteados, tampoco se hubieran satisfecho dichas exigencias, porque el actor, aunque acreditaba los 20 años de servicios prestados al ISS, no cumplía con el requisito de la edad, esto es, 55 años, exigidos por el articulo 98 de la Convención Colectiva del ISS 2001-2004 antes del 26 de junio de 2003, cuando dejó de ostentar la calidad de trabajador oficial, para convertirse en empleado público de la ESE Francisco de Paula Santander, requerimiento que satisfizo hasta el 14 de enero de 2005, con esta última calidad.

En síntesis, no se equivocó el sentenciador de primer grado al absolver a las demandadas, en tanto dispuso que: (i) el I.B.L. del actor se calculaba de acuerdo al artículo 36 ley 100 de 1993 por cuanto el derecho causado fue en vigencia de esta última y (ii) no le era aplicable el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo del ISS. Por fuerza de lo dicho y sin lugar a mayores elucubraciones, se confirmará la decisión de primera instancia, por resultar infundados los argumentos de la apelación, pues quedó demostrado que el derecho pensional reconocido, se encuentra acorde a la ley y a la jurisprudencia.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP, aplicado por remisión normativa prevista en el 145 del CPTSS, se condenará en costas de esta instancia a la impugnante por confirmarse en todas sus partes la decisión cuestionada. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada $200.000. Monto acorde con el Acuerdo N° PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 14 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta. **SEGUNDO.- COSTAS** a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia $200.000. Liquídense de manera concentrada en el Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Melissa M

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____

Secretario

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

Cúcuta, Treinta (30) de Septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	**EJECUTIVO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-3105-004-2012-00075-03
RADICADO INTERNO:	19.235
DEMANDANTE:	ERNESTO CÁRDENAS CASADIEGOS
DEMANDADO:	COLPENSIONES

Magistrada Ponente:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del auto del diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020); para lo cual, se dicta el siguiente:

AUTO

1. Antecedentes

El señor ERNESTO CÁRDENAS CASADIEGOS interpuso demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, para que le reconociera y pagara pensión de jubilación consagrada en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985; a lo cual se accedió en sentencia de primera instancia del 31 de agosto de 2012 donde se dispuso el pago de la pensión de jubilación conforme al Decreto 4937 de 1985 a partir del 30 de septiembre de 2014, actualizando el salario promedio más la indexación de las mesadas retroactivas, y por el Hospital Universitario Erasmo Meoz corresponde el mayor valor de la pensión una vez liquidado el bono tipo T si lo hubiere; condenando al pago del retroactivo por la pensión de jubilación del 30 de septiembre de 2009 al 30 de septiembre de 2014 y condenando en costas a la demandada; absolviendo de las pretensiones al HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ.

Aunque inicialmente esta providencia fue confirmada en sede de apelación por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta en proveído del 18 de marzo de 2014, la misma fue objeto de nulidad en auto del 10 de junio de 2016 por no surtirse el grado jurisdiccional de consulta y por ello, fue devuelta al Tribunal que profirió nueva decisión en audiencia del 26 de noviembre de 2018, confirmando la sentencia consultada, y adicionando en cumplimiento del deber de proferir una condena en concreto, que el señor ERNESTO CARDENAS CASADIEGO tenía derecho a que COLPENSIONES le reconociera y pagara como valor de la mesada pensional la suma de $908.647,72, y por retroactivo pensional causado desde el 30 de septiembre de 2009 al 29 de octubre de 2018, la suma correspondiente a $110.536.995,14.

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta dictó auto de obedézcase y cúmplase el 14 de marzo de 2019, y posteriormente por solicitud del demandante libró mandamiento de pago y decretando medidas cautelares

en actuación del 22 de mayo de 2019; presentada la oposición a la ejecución por parte de Colpensiones y diferentes solicitudes de declaratoria de inembargabilidad, ese despacho en audiencia del 27 de noviembre de 2019 declaró improcedentes las excepciones de mérito de falta de exigibilidad, buena fe, inembargabilidad de cuentas y genérica, y no prósperas la de prescripción y compensación, ordenando seguir adelante con la ejecución por los valores librados en el mandamiento de pago.

En memorial del 28 de noviembre de 2019, la parte actora presentó liquidación de crédito y discriminó como valores adeudados la suma de $110.536.995,14, correspondiente a la liquidación realizada por el Tribunal Superior y la suma de $6.632.219 de costas; a lo cual contestó COLPENSIONES aportando resolución SUB178867 del 21 de agosto de 2020 donde da alcance a la Resolución No GNR 111710 del 21 de abril del 2016 en cumplimiento a los fallos judiciales aquí dictados e incorpora en la nómina la reliquidación pensional de la mesada del actor a septiembre de 2020.

Igualmente, en memorial posterior COLPENSIONES aporta un certificado de pensión expedido por la DIRECCIÓN DE NÓMINA DE PENSIONADOS, donde informa que revisada la base de datos de la entidad se evidencia que mediante resolución No. 111710 de 2016 se incluyó en nómina al actor desde mayo de 2016, disponiendo reliquidación desde septiembre de 2020.

2. Auto impugnado

En proveído del 17 de noviembre de 2020, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta señala que revisada la liquidación de crédito aportada es procedente su aprobación por corresponder a la liquidación realizada en sentencia del 26 de noviembre de 2018 y a las costas liquidadas por la Secretaría; por lo que la liquidación total asciende a la suma de $117.169.214,14

3. Recurso de reposición y en subsidio de apelación

La demandada COLPENSIONES interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la liquidación de crédito aprobada en $117.169.214,14, señalando lo siguiente:

- Que el auto no tiene en cuenta el certificado de nómina allegado el 4 de noviembre de 2020, donde se desprende información relevante para la resolución de la liquidación pues se pone de manifiesto que se incorporó en nómina al demandante y por lo tanto este debe pronunciarse respecto de si ya se encuentran pagados los montos correspondientes al retroactivo reclamado y las costas.

- Que la Resolución SUB178867 del 21 de agosto de 2020 se profirió para mitigar el riesgo de generar un doble pago en la obligación y proteger los recursos del sistema de seguridad social, solicitando al demandante que informe al despacho la incorporación en nómina y lograr el pago del título judicial que por medidas cautelares se encuentra a su disposición; teniendo en cuenta que ese acto administrativo es posterior al trámite ejecutivo que ordenó seguir adelante la ejecución.

- Que debió tenerse en cuenta que mediante Resolución GNR 111710 del 21 de abril de 2016, la entidad dio cumplimiento al fallo judicial del 31 de agosto de 2012 que fue inicialmente confirmado el 18 de marzo de 2014 y dispuso incorporar en nómina al actor y canceló un retroactivo de $11.310.282, lo que debe ser tenido en cuenta dentro de la liquidación.

- Que se debe modificar el valor de la liquidación de crédito que fue aprobado, teniendo en cuenta los valores que ya fueron pagados como parte de retroactivo pensional.

El apoderado de la parte actora descorre el recurso de reposición, señalando que a la fecha los montos liquidados en sentencia de segunda instancia del 26 de noviembre de 2018, por $110.536.995,14, no han sido cancelados y tampoco el valor de las costas por $6.632.219; agrega que como efectivamente la resolución GNR111710 del 21 de abril de 2016 no fue mencionada, es viable descontar en la liquidación de crédito los valores allí reportados.

Mediante auto del 5 de febrero de 2021, el Juzgado repone parcialmente la decisión del 17 de noviembre de 2020 y modifica la liquidación de crédito al descontar la suma de $11.310.282 por evidenciarse el pago de un retroactivo en la resolución GNR111710 del 21 de abril de 2016, aceptado por el demandante y por lo tanto aprueba la liquidación ahora en valor de $105.310.282; concediendo el recurso de apelación de manera subsidiaria respecto de los demás argumentos de la entidad demandada.

4. Alegatos de conclusión

Dentro de la oportunidad legal, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión

- Parte demandante: El apoderado del actor señala que se puso en conocimiento del despacho la resolución SUB178867 del 21 de agosto de 2020, pero pese a ello el crédito adeudado no ha sido satisfecho y que debe ser cubierto con los títulos judiciales embargados a órdenes del despacho, correspondiendo la deuda al valor de $110.536.995,14 y por costas la suma de $6.632.219, conforme liquidó el Tribunal Superior. Advirtiendo que como en la decisión de segunda instancia no se mencionó la Resolución GR111710 de 2016, es viable descontar valores ya cancelados limitadas a la fecha de la sentencia donde se liquidó el retroactivo.

- Parte demandada: La apoderada de COLPENSIONES advierte que en la liquidación atacada no se tiene en cuenta el certificado de nómina allegado por correo el 4 de noviembre de 2020, donde se informan los efectos de los reconocimientos elevados y los pagos realizados que debieron valorarse al librar mandamiento de pago. Que se debe evitar la configuración de un doble pago y proteger los recursos de la seguridad social.

5. Consideraciones del Despacho

Es preciso señalar que conforme a lo dispuesto en el numeral 10º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, es apelable el auto que "*resuelva sobre la liquidación del crédito en el proceso ejecutivo*", por lo que existe competencia para pronunciarse sobre este asunto.

Dentro del presente proceso ejecutivo a continuación, en auto del 22 de mayo de 2019 se libró mandamiento de pago por los conceptos de retroactivo pensional por total de $110.536.995,14 correspondiente a la liquidación realizada en sentencia del 26 de noviembre de 2018 por parte de esta Sala de Decisión y que comprendían las mesadas del 30 de septiembre de 2009 a diciembre de 2018, por valor de $908.647,72 cada mesada debidamente indexada; así como por las costas ya aprobadas en

$6.632.219. Sin que en el curso del proceso ejecutivo se declarara la existencia de pagos o compensación, al desestimarse esas excepciones.

En esa medida, inicialmente, la actuación del despacho al aprobar el valor presentado por el actor en su liquidación por ser concordante con el mandamiento de pago es acertada; sin embargo, en el curso del traslado de la liquidación de crédito se aportaron por la parte demandada los siguientes medios de prueba:

- Certificado de pensión expedido el 3 de noviembre de 2020, donde se deja constancia que al señor Ernesto Cárdenas le fue reconocida pensión de vejez en resolución GNR111710 del 21 de abril de 2016, incluido en nómina de mayo de 2016 y esta le fue reliquidada en resolución SUB178867 del 21 de agosto de 2020 que fue incluída en nómina de septiembre de 2020. Aporta sin embargo solo desprendible de pago de septiembre de 2020.

- Resolución GNR111710 del 21 de abril de 2016 de COLPENSIONES, ordenando dar cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 31 de agosto de 2012 y confirmada en apelación el 18 de marzo de 2014; allí se dispuso el pago de retroactivo por total de $12.510.223 correspondiente a mesadas ordinarias liquidadas desde el 1 de abril de 2015 al 30 de abril de 2016, más 2 mesadas adicionales y la indexación, descontando $1.304.700 de aportes en salud. Así mismo, se ordenó incluir en nómina al actor a partir de mayo de 2016.

- Resolución SUB178867 del 21 de agosto de 2020, donde se ordenó dar cumplimiento al fallo proferido tras nulidad por falta de consulta, en segunda instancia resuelta el 26 de noviembre de 2018 y dispone la reliquidación de la pensión actualizada a partir de 2020, para incluir en nómina de octubre de 2020. Allí señala que el pago del retroactivo deberá realizarse con los títulos judiciales retenidos por embargo, siguiendo los lineamientos del fallo judicial y para precaver doble pago en aras de proteger los recursos del sistema de seguridad social.

- Certificación de valores cancelados al señor ERNESTO CÁRDENAS CASADIEGOS, donde se discrimina mes a mes desde mayo de 2016 el valor de las mesadas canceladas al actor desde su ingreso en nómina por Resolución GNR111710 del 21 de abril de 2016 y se enuncian los siguientes pagos:

Período	Mesada	Descuento salud	Pago neto
2016/05	$ 13.489.669,00	$ 1.409.700,00	$ 12.079.969,00
2016/06	$ 1.749.374,00	$ 105.000,00	$ 1.644.374,00
2016/07	$ 874.687,00	$ 105.000,00	$ 769.687,00
2016/08	$ 874.687,00	$ 105.000,00	$ 769.687,00
2016/09	$ 874.687,00	$ 105.000,00	$ 769.687,00
2016/10	$ 874.687,00	$ 105.000,00	$ 769.687,00
2016/11	$ 1.749.374,00	$ 105.000,00	$ 1.644.374,00
2016/12	$ 874.687,00	$ 105.000,00	$ 769.687,00
2017/01	$ 924.982,00	$ 111.000,00	$ 813.982,00
2017/02	$ 924.982,00	$ 111.000,00	$ 813.982,00
2017/03	$ 924.982,00	$ 111.000,00	$ 813.982,00
2017/04	$ 924.982,00	$ 111.000,00	$ 813.982,00
2017/05	$ 924.982,00	$ 111.000,00	$ 813.982,00
2017/06	$ 1.849.964,00	$ 111.000,00	$ 1.738.964,00
2017/07	$ 924.982,00	$ 111.000,00	$ 813.982,00

2017/08	$ 924.982,00	$ 111.000,00	$ 813.982,00
2017/09	$ 924.982,00	$ 111.000,00	$ 813.982,00
2017/10	$ 924.982,00	$ 111.000,00	$ 813.982,00
2017/11	$ 1.849.964,00	$ 111.000,00	$ 1.738.964,00
2017/12	$ 924.982,00	$ 111.000,00	$ 813.982,00
2018/01	$ 962.814,00	$ 115.600,00	$ 847.214,00
2018/02	$ 962.814,00	$ 115.600,00	$ 847.214,00
2018/03	$ 962.814,00	$ 115.600,00	$ 847.214,00
2018/04	$ 962.814,00	$ 115.600,00	$ 847.214,00
2018/05	$ 962.814,00	$ 115.600,00	$ 847.214,00
2018/06	$ 1.925.628,00	$ 115.600,00	$ 1.810.028,00
2018/07	$ 962.814,00	$ 115.600,00	$ 847.214,00
2018/08	$ 962.814,00	$ 115.600,00	$ 847.214,00
2018/09	$ 962.814,00	$ 115.600,00	$ 847.214,00
2018/10	$ 962.814,00	$ 115.600,00	$ 847.214,00
2018/11	$ 1.925.628,00	$ 115.600,00	$ 1.810.028,00
2018/12	$ 962.814,00	$ 115.600,00	$ 847.214,00
2019/01	$ 993.431,00	$ 119.300,00	$ 874.131,00
2019/02	$ 993.431,00	$ 119.300,00	$ 874.131,00
2019/03	$ 993.431,00	$ 119.300,00	$ 874.131,00
2019/04	$ 993.431,00	$ 119.300,00	$ 874.131,00
2019/05	$ 993.431,00	$ 119.300,00	$ 874.131,00
2019/06	$ 1.986.862,00	$ 119.300,00	$ 1.867.562,00
2019/07	$ 993.431,00	$ 119.300,00	$ 874.131,00
2019/08	$ 993.431,00	$ 119.300,00	$ 874.131,00
2019/09	$ 993.431,00	$ 119.300,00	$ 874.131,00
2019/10	$ 993.431,00	$ 119.300,00	$ 874.131,00
2019/11	$ 1.986.862,00	$ 119.300,00	$ 1.867.562,00
2019/12	$ 993.431,00	$ 119.300,00	$ 874.131,00
2020/01	$ 1.031.181,00	$ 103.200,00	$ 927.981,00
2020/02	$ 1.031.181,00	$ 103.200,00	$ 927.981,00
2020/03	$ 1.031.181,00	$ 103.200,00	$ 927.981,00
2020/04	$ 1.031.181,00	$ 103.200,00	$ 927.981,00
2020/05	$ 1.031.181,00	$ 103.200,00	$ 927.981,00
2020/06	$ 2.062.362,00	$ 103.200,00	$ 1.959.162,00
2020/07	$ 1.031.181,00	$ 103.200,00	$ 927.981,00
2020/08	$ 1.031.181,00	$ 103.200,00	$ 927.981,00
2020/09	$ 1.351.481,00	$ 135.200,00	$ 1.216.281,00
2020/10	$ 1.351.481,00	$ 135.200,00	$ 1.216.281,00
2020/11	$ 2.702.962,00	$ 135.200,00	$ 2.567.762,00
2020/12	$ 1.351.481,00	$ 135.200,00	$ 1.216.281,00
2021/01	$ 1.373.240,00	$ 137.400,00	$ 1.235.840,00

*Los meses de junio y noviembre de cada año contienen doble pago por la mesada adicional de ese semestre.
*El pago realizado en mayo de 2016, comprende el retroactivo de mesadas desde abril de 2015.

De las anteriores pruebas se desprende que, por las particularidades del caso concreto, la expedición de La Resolución GNR111710 del 21 de abril de 2016, constituye una circunstancia cuyos efectos debieron haber sido objeto de estudio a profundidad al momento de adelantar el proceso ejecutivo y el trámite de liquidación de crédito, pero fue omitido tanto por las partes como por el juez *a quo*; situación que se dispone revisar ahora, para evitar la existencia de un doble pago a favor de la parte demandante y se prevenga así el destino de dineros del sistema de seguridad social en pensiones.

Inicialmente en este asunto había surtido ejecutoría una condena en primera y segunda instancia, que tuvo plenos efectos a partir del auto del 19 de junio de 2014 que obedeció y cumplió lo resuelto en sentencia de segunda instancia del 18 de marzo de 2014; esta actuación mantuvo vigencia hasta el 10 de junio de 2016, cuando se declaró la nulidad de lo actuado por haberse pretermitido el grado jurisdiccional de consulta. No obstante, para ese momento ya se había expedido el citado acto administrativo GNR111710 del 21 de abril de 2016, donde se ordenó incluir en nómina al actor y según se desprende del certificado de nómina, mes a mes se le fue cancelado su respectiva mesada.

Durante el trámite procesal de la segunda instancia que se adelantó nuevamente por la nulidad y el ejecutivo a continuación, ninguna de las partes indicó que la Resolución GNR111710 del 21 de abril de 2016 se hubiese suspendido o revocado por COLPENSIONES; por el contrario, la parte actora adelantó la ejecución buscando reclamar la totalidad de las mesadas liquidadas en segunda instancia que comprendían de septiembre de 2009 a diciembre de 2018 y la parte demandada enfocó su defensa de la ejecución en la inembargabilidad de las cuentas y alegando una compensación, sin demostrar concretamente la realización de pagos al actor.

Ante la ausencia de prueba concreta que permitiera evidenciar la existencia de pagos, la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2018 ordenó el pago de un retroactivo total por 14 mesadas anuales entre septiembre de 2009 y diciembre de 2018; pero al actor le habían incluido en nómina desde mayo de 2016 y le cancelaron retroactivo por mesadas desde abril de 2015, en sumas que ahora no pueden ser desconocidas y por lo tanto deben ser descontadas de la liquidación de crédito.

Al respecto de la posibilidad de descontar sumas acreditadas como pagadas entre las partes en la etapa de liquidación de crédito de los procesos ejecutivos laborales, sin que la demandada propusiera oportunamente los mecanismos para declarar este pago, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL10034 de 2019 señalando:

> "*Si **bien es cierto la entidad demandada no agotó en debida forma todos los mecanismos de defensa a su alcance al interior del proceso**, lo cierto es que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar **no podía desconocer que sí fue realizada una consignación** el día 4 de diciembre de 2012 a nombre de dicho despacho judicial en el Banco Agrario de Colombia por concepto de pago de la condena impuesta en la sentencia proferida al interior del proceso ordinario por la suma de $11.274.247 (folio 49).*
>
> *De este modo, **con independencia de la fecha en la que informó la depositante haber consignado, lo cierto es que la autoridad judicial no podía dejar de otorgar efectos liberatorios a dicho pago**, y menos bajo la exigencia de que se debía comunicar al trabajador mediante una analogía de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 65 del CST, que regula lo atinente al pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, pues **es de conocimiento judicial que al realizarse el pago de una condena, ésta debe ser incorporada al proceso y puesta a disposición de las partes para lo que consideren pertinente**, sin que pueda exigirse un trámite diferente o adicional, pues con ello se vulnera el debido proceso.*
>
> *En ese orden, no existe duda alguna que el Juzgado de conocimiento incurrió en un defecto fáctico al no valorar la documental incorporada al proceso al momento de aprobar la liquidación del crédito, lo que conlleva a dejar sin efecto el auto del 20 de febrero de 2019 mediante el cual aprobó la liquidación del crédito, y una vez hecho lo anterior,*

deberá establecer las consecuencias que se deriven de la consignación realizada por la demandada frente al saldo total de la deuda."

Fluye de lo anterior, que es imposible desconocer la existencia de pagos sobre condenas judiciales que por cualquier medio se demuestren en el proceso y sin perjuicio de la etapa judicial, es posible descontar los valores que se acrediten cancelados para evitar la configuración de una violación al debido proceso por expedir una providencia con defecto fáctico.

Siguiendo este precepto, conforme a la tabla de pagos enunciada previamente, se evidencia que por concepto de mesadas pensionales desde abril de 2015 a diciembre de 2018 (período que comprende lo librado en el mandamiento de pago) se canceló un total de $47.790.996[1], por lo que este valor debe ser descontado de lo liquidado en sentencia del 26 de noviembre de 2018.

Por lo anterior, del concepto de retroactivo inicialmente liquidado en $110.536.995,14 (mesadas de septiembre de 2009 a diciembre de 2018) se deben descontar los valores cancelados por $47.790.996 (mesadas de abril de 2015 a diciembre de 2018) y ello arroja un saldo adeudado de $62.745.999,14.

En consecuencia, se revocará lo resuelto en autos del 17 de noviembre de 2020 y 5 de febrero de 2021, y en su lugar se impartirá aprobación a la liquidación de crédito aquí realizada que arroja un saldo insoluto de $62.745.999,14 a favor de la parte demandante por concepto de retroactivo pensional adeudado de septiembre de 2009 a marzo de 2015 y la suma de $6.632.219 de costas que no se demuestran canceladas.

Ahora bien, es necesario recordar que la existencia de títulos judiciales por concepto de retención de dinero como resultado de medidas cautelares no puede ser debitado de la liquidación de crédito, pues conforme al artículo 447 del C.G.P.: "*Cuando lo embargado fuere dinero, una vez ejecutoriado el auto que apruebe cada liquidación del crédito o las costas, el juez ordenará su entrega al acreedor hasta la concurrencia del valor liquidado*". De manera que, es necesario primero revisar el valor adeudado, para que el Juzgado proceda a entregar exactamente el saldo insoluto y luego sí es posible solicitar la terminación del proceso.

Finalmente, la Sala estima necesario recordar a los sujetos procesales del principio de lealtad procesal contenido en el artículo 49 del C.P.T.Y.S.S.; no identificándose como un actuar leal y probo de la parte demandante, que estuviera percibiendo mesadas pensionales mensuales desde mayo de 2016 y no lo hubiera informado en el curso del proceso al momento de resolver tanto la segunda instancia del proceso ordinario en noviembre de 2018 como el proceso ejecutivo, donde siguió insistiendo en la mora de la totalidad de las mesadas pese a un acto administrativo que le había incluido en nómina desde abril de 2015.

Igualmente, la entidad demandada no actuó correctamente al no informar con la prueba adecuada sobre la existencia de este pago mensual, el que debió ser puesto en conocimiento para evitar que se incurriera en confusión a los operadores judiciales. Situaciones que de no haber sido evidenciados, hubieran generado a un doble pago a favor del demandante y una afectación a los recursos del sistema general de seguridad social en pensiones.

En esa medida, se advertirá a la parte actora y a COLPENSIONES para que en futuras oportunidades se abstengan de incurrir en estas conductas, contrarias a la lealtad procesal.

[1] En este valor se incluyen los $11.310.282 que fueron aplicados en el auto del 5 de febrero de 2021.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR lo resuelto en autos del 17 de noviembre de 2020 y 5 de febrero de 2021, y en su lugar APROBAR la liquidación de crédito explicada en la parte motiva, por un saldo insoluto de $62.745.999,14 a favor de la parte demandante por concepto de retroactivo pensional adeudado de septiembre de 2009 a marzo de 2015 y la suma de $6.632.219 de costas que no se demuestra cancelada.

SEGUNDO: ADVERTIR a las partes de este proceso, para que en futuras oportunidades se abstengan de incurrir en las conductas contrarias a la lealtad procesal que se identificaron en esta providencia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Ordinario laboral Rad. 54001 31 05004 2012 00263 00

Demandante: Edna Cecilia Pacheco Cáceres

Demandado: ISS en liquidación.

Cúcuta, xx (xx) de septiembre de dos mil veintiunos (2021)

1º. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS contra el auto del 12 de abril de 2021 del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta por medio del cual se aprobó la liquidación de costas y agencias en derecho.

2º. ANTECEDENTES

Edna Cecilia Pacheco Cáceres interpuso demanda en contra de Instituto de Seguros Sociales – ISS con la finalidad de que fuera declarada la existencia de un vínculo laboral en aplicación del principio la primacía de la realidad sobre las formalidades y como consecuencia de lo anterior el pago de los emolumentos derivados de dicha relación laboral. En primera instancia el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 9 de octubre de 2014 declaró la existencia de un contrato de trabajo realidad entre la actora y la pasiva conforme al tiempo de vinculación por contrato de prestación de servicios correspondiente a los periodos del 16 de septiembre de 1996 al 30 de noviembre de 1998, condenando

al ISS al pago del título pensional o cálculo actuarial en pensiones a favor de la demandante con destino al fondo pensional en el que esté afiliado y a las costas del proceso.

El 27 de abril de 2016, se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada ISS en liquidación., modificándose el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar que entre las partes existió una relación laboral a término indefinido del 20 de noviembre de 1996 al 30 de mayo de 2000, también se modificó el ordinal primero a través del cual se declaró probada la excepción de prescripción y en su lugar la declaró probada parcialmente, razón por la cual se reajustaron los conceptos de cesantías, prima de navidad, vacaciones, aportes a la seguridad social e indemnización moratoria a partir del 12 de octubre del año 2000 y a las costas en instancia.

Mediante auto del 16 de junio de 2016, este tribunal le concedió a la parte demandada, recurso extraordinario de casación, ordenando la remisión del expediente a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. A través de sentencia del 12 de mayo de 2020, la mencionada superioridad, decidió casar la sentencia y en sede de instancia resolvió modificar el numeral cuarto relativo al pago de la indemnización moratoria a partir del 1 de septiembre de 2000 hasta el momento de finalización de la liquidación de la entidad enjuiciada, es decir, 31 de marzo de 2015, condena equivalente a la suma de $173.160.750 debidamente indexados y, mantuvo en todo los demás la sentencia proferida en primera instancia con las modificaciones introducidas por este Tribunal.

Por oficio ASASCL CSJ 3041 del 28 de septiembre de 2020, el máximo tribunal remitió el expediente a esta Sala que a través de auto del 5 de

octubre de la misma anualidad, ordenó la devolución del mismo al juzgado de origen para dar trámite a la liquidación de costas.

Atendiendo lo anterior el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta por auto del 12 de abril del año 2021, aprobó la liquidación de costas de conformidad con el artículo 366 del CGP, así:

AGENCIAS EN DERECHO EN PRIMERA INSTANCIA

A favor de la parte demandante y a cargo de la demandada…….. $ 44.140.499,oo

Prestaciones e indemnización moratoria $ 176.561.997, oo X 25% $ 44.140.499,oo

AGENCIAS EN DERECHO EN SEGUNDA INSTANCIA

A favor de la parte demandante y a cargo de la demandada…….. $ 689.455,oo

TOTAL LIQUIDACION DE COSTAS…… $ 44.829.954,oo

Inconforme con lo anterior, el 15 de abril hogaño, la pasiva interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, solicitando el reajuste del valor establecido al considerar que erró el juez de primer grado al tomar como base de la liquidación el valor de las condenas impuestas y multiplicarlo por 25% desconociendo lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 366 del CGP, el Acuerdo PSSA16-1054 del 5 de agosto de 2016 y el Acuerdo 1883 de 2003, pues, las agencias se deben tasar de acuerdo a las circunstancias propias del litigio, evidenciándose así una exorbitante cuantificación de las agencias en derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: El extremo activo solicita abstenerse de desatar la inconformidad planteada por ausencia de derecho de postulación en tanto que dice, el profesional de la abogacía que suscribe el memorial obvió aportar prueba de la forma en que fue conferido, menos de su trazabilidad al buzón electrónico del juzgado, en los términos del Decreto 806 de 2020. Y que, en caso de no atenderse

dicha pretensión, se confirme el proveído recurrido por carencia de presupuestos fácticos y jurídicos para derruir la decisión allí adoptada.

La pasiva, pese a hallarse debidamente notificada, omitió presentar alegaciones finales.

3º. CONSIDERACIONES

De entrada, se advierte, no tiene vocación de prosperidad la inconformidad planteada respecto al derecho de postulación ejercido por la encartada en tanto que a partir del requerimiento efectuado por este Despacho, se pudo constatar que el poder adjuntado con el recurso de reposición y en subsidio apelación formulado frente al auto fechado del 11 de abril del año en curso, sí cuenta con presentación personal por parte de Jenny Maritza Gamboa Baquero, quien funge como apoderada judicial general del PAR ISS. Por manera que, en el sub lite, resulta inocuo acudir a las previsiones del inciso final del artículo 5° del Decreto 806 de 2020 porque solo operan cuando se ha conferido poder sin formalidad alguna. Así las cosas, se resolverá de fondo la cuestión planteada por la convocada a juicio, en los términos siguientes.

Preceptúa el artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable en materia procesal laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que las agencias en derecho se fijarán de conformidad con las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas disponen un mínimo o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales. A su vez, el artículo 2 del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dispone: "***ARTÍCULO 2º. Criterios.*** ***Para la fijación de agencias en derecho*** *el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo,* ***la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o***

la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, *que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites."* .

En cuanto al monto de las agencias en derecho el artículo 5| del mismo prevé

"(...) ARTÍCULO 5º. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(…) ***En primera instancia****. a.* ***Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.*** *(ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido. b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.*

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V (...)"

Enuncia igualmente el artículo 366 del CGP, en su numeral 2 que, al momento de liquidar las costas o agencias en derecho, el secretario deberá tomar en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación.

A partir de lo señalado, es claro que, para la fijación de las agencias en derecho como parte integrante de las costas, además de los topes máximos y mínimos establecidos, deben tenerse presentes hechos como la naturaleza, duración y calidad de la gestión, la cuantía y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, entre otras.

Así, como el proceso fue admitido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 10 de octubre de 2012, con fallo de primera instancia del 9 de octubre de 2014, de segunda instancia del 27 de abril de 2016, y sentencia de recurso extraordinario de casación del 12 de

mayo de 2020, que una vez se allegó el expediente a esta Sala, fue remitido al juzgado de origen a través de auto del 5 de octubre de 2020, con una duración aproximada de 7 años, 11 meses y 25 días. Que la gestión del procurador judicial de la activa resultó óptima para el proceso en cuestión, toda vez que generó un fallo de primera instancia que concedió las pretensiones a favor del actor, valga decir, se le impusieron condenas a la demandada en tanto se encontró probada la existencia de un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad. También, que a través de la alzada se modificó tal decisión nuevamente en favor del actor extendiendo los extremos temporales declarados en primera instancia al encontrar que no fue probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva y se reconoció la indemnización moratoria a partir del 12 de octubre de 2000 y que, a través del recurso extraordinario interpuesto por la demandada, la alta corporación en lo laboral decidió a través de sentencia de instancia del 20 de mayo de 2020, modificar la sentencia del 8 de octubre de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta para en su lugar ordenar el pago de la indemnización moratoria a partir del 1 de septiembre del año 2000 y hasta el 31 de marzo de 2015, arrojando la suma de $176.561.997, monto indexado por el juzgado primigenio, es claro que las agencias en derecho de primera instancia, establecidas en el 25% de las condenas, no se acomodan a la realidad procesal y legal.

En efecto, si la condena finalmente, ascendió a $176.561.997, que equivale a una menor cuantía, las agencias en derecho de primera instancia, a luz de lo establecido en el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, no podían superar el 10% de dicha suma de dinero, resultando el 25% determinado por el juez de instancia, un porcentaje excesivo y sin fundamento legal. Por esto, presente para ello la duración del proceso que fue de más de 7 años, cuantía de la condena, y el hecho de que el fallo de segunda instancia fue objeto de demanda de casación, se fijarán

las agencias en derecho de primera instancia en el 10% de la suma que arrojó finalmente la condena, valga decir, $17.725.145.

También resulta equivocada la liquidación aprobada en providencia del 12 de abril de 2021, cuando incluye agencias en derecho de segunda instancia que finalmente no se impusieron por la Sala de Casación Laboral actuando como juez de instancia. En consecuencia, se rebajarán las mismas a $17.725.145.

Al amparo de lo enunciado y concluido, resulta aceptable el dicho del inconforme procesal, cuando señala que para la tasación de las agencias en derecho se debieron atender los contenidos de los artículos 366 del CGP y el Acuerdo PSSA16-1054 del 5 de agosto de 2016, y, que erró el *a quo* al aplicar el 25% sobre la totalidad de las condenas impuesta en el recurso extraordinario de casación, habida cuenta de que, como se ha mostrado, no se encuentra acorde con lo estatuido en las normas en cita.

En suma, se fijarán las agencias en derecho de primera instancia para ser incluidas en la liquidación de costas en $ 17.725.145 y se aprobará la liquidación de costas procesales a cargo de la pasiva en la misma suma de dinero. No se impondrán costas por la prosperidad del recurso de alzada.

4° DECISIÓN

Por lo expuesto, Sala de Decisión Laboral **del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,**

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR las agencias en derecho de primera instancia fijándolas en $17.725.145.

SEGUNDO: Aprobar la liquidación de costas en $17.725.145.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso. Sin costas.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Melissa M

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 5 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54 001 31 05 004 2015 00350 00, promovido por **Giofreddy Cifuentes Cubillos** contra **Dumian Medical S.A.S.** y la **ESE Hospital Erasmo Meoz**; trámite al que fueron vinculadas las Cooperativas de Trabajo Asociado **"Alianza Asociativa"**, **"Alianza Vivir C.T.A."** y **"Servisucoop C.T.A."**. Y, llamadas en garantía **Seguros Confianza S.A. y Seguros del Estado S.A.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (fls 51 a 73) Depreca el actor, se declare que entre él y Dumian Medical S.A.S, existió un contrato de trabajo desde el 27 de diciembre de 2007 hasta el 22 de abril de 2013, terminado producto de un despido injustificado. También, que la ESE Hospital, Erasmo Meoz, fue beneficiario directo del servicio prestado (enfermero jefe). En consecuencia, solicita se condene directamente a la primera y en forma subsidiaria al ente hospitalario, al pago de salarios con su respectivo incremento; prestaciones sociales tales como cesantías, intereses a éstas y prima de servicios; vacaciones compensadas en dinero; horas extras, dominicales y festivos; aportes a la seguridad social integral; subsidio por incapacidad;

indemnización por despido sin justa causa. También, perjuicios morales y materiales que tasa en $64.430.500.

Adujo para ello: **1) Que** prestó sus servicios a Dumian Medical S.A.S. como enfermero jefe, entre 27 de diciembre de 2007 y el 22 de abril de 2013, a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado "Alianza Asociativa", "Alianza Vivir C.T.A." y "Servisucoop C.T.A.". Percibiendo como remuneración la suma de $1.750.000. **2) Que** las labores las desempeñaba en la unidad de cuidados intensivos de la ESE Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, cumpliendo 16 turnos de 12 horas mensuales. **3) Que** aun cuando siempre recibió órdenes de las directivas de Dumian Medical S.A.S., ésta sociedad lo indujo a firmar contratos como trabajador asociado con las cooperativas referenciadas, una de las cuales (Servisucoop), afirma, estaba ubicada en el mismo edificio donde funcionaba la sociedad por acciones simplificada. **4) Que** en el 2013, con ocasión de la reglamentación legal de la tercerización laboral, Servisucoop C.T.A. fue liquidada, siendo obligado nuevamente a suscribir un nuevo contrato para continuar prestando sus servicios de enfermería, pero esta vez denominado *"de sindicato"*, fijando como salario $1.350.000. **5) Que** durante el vínculo laboral no disfrutó periodo de vacaciones, ni percibió pago por trabajo nocturno, dominical y festivo. Pese a lo cual, dice, determinaron aumentar las horas de trabajo de 192 a 216 horas, desmejorando las condiciones laborales inicialmente pactadas. **6) Que** lo anterior generó rechazo en el gremio, el cual elevó propuesta de aumento salarial so pena de renuncia, misma que no fue admitida por la enjuiciada y devino en la materialización de renuncia de diez (10) profesionales de la salud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **Dumian Medical S.A.S.** se opuso a las pretensiones. Sostiene que el demandante no le prestó sus servicios personales, puesto que la relación contractual de carácter comercial existió fue con las Cooperativas de Trabajo Asociado "Alianza Asociativa" y "Servisucoop". Dice que en el evento en que haya existido alguna participación del demandante en la ejecución de estos contratos, lo fue como trabajador de las mencionadas empresas con apego en lo dispuesto por la Ley 79 de 1988 y el Decreto 4588 de 2006. Alude que no ejerció actos de subordinación respecto de Giofreddy Cifuentes Cubillos,

en la medida en que, no fue su trabajador y desde un principio era responsabilidad de las cooperativas, de cara al contrato civil de naturaleza comercial suscrito, el seleccionar el personal idóneo requerido para prestar funciones en las unidades de cuidado intensivo. Propuso las excepciones de prescripción, carencia de derecho para reclamar, cobro de lo no debido, inexistencia de los elementos que constituyen contrato de trabajo, mala fe del demandante, inexistencia de relación y/o vínculo laboral con el demandante, convenio asociado firmado por el accionante contiene cláusulas que no permite que se configure contrato de trabajo, y la genérica (fls. 123 a 136).

Las Cooperativas de Trabajo Asociado "Alianza Asociativa", "Alianza Vivir C.T.A." y "Servisucoop C.T.A.", fueron representadas a través de curadores ad litem, quienes manifiestan carecer de conocimiento acerca de las circunstancias fácticas descritas. No se oponen a lo pedido y proponen excepción de prescripción (fls. 75 y 290).

ACTUACIONES RELEVANTES CON ANTERIORIDAD A LA SENTENCIA: A través de auto del 28 de julio de 2016 (fl. 137) se aceptó el llamamiento en garantía de Seguros del Estado S.A. y Seguros Confianza S.A., hecho por la demandada solidaria ESE Hospital Erasmo Meoz, quienes dieron contestación al libelo genitor, oponiéndose a las súplicas (fls. 91 a 97; 183 a 194; y 201 a 203). Sin embargo, comoquiera que el 18 de mayo de 2021, al celebrar la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, es decir, de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas, el juez A Quo declaró probado el medio exceptivo de *"falta de reclamación administrativa"* propuesto por la ESE Hospital Erasmo Meoz, ésta entidad fue desvinculada del trámite proceso, al igual que las llamadas en garantía Seguros del Estado S.A. y Seguros Confianza S.A., por sustracción de materia. Así las cosas, el litigio continuó cobijando como polo pasivo a Dumian Medical S.A.S. y las Cooperativas de Trabajo Asociado "Alianza Asociativa", "Alianza Vivir C.T.A." y "Servisucoop C.T.A.".

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 5 de agosto de 2021, declaró la existencia de un contrato

realidad entre el actor y Dumian Medical S.A.S., entre el 11 de enero de 2010 y el 31 de marzo de 2013. En virtud de ello, luego de establecer parcialmente probada la excepción de prescripción, condenó a dicha sociedad al pago de cesantías, intereses a éstas, prima de servicios y vacaciones compensadas en dinero. Denegó las demás prestaciones, dígase, horas extras, dominicales y festivos, indemnización por despido sin justa causa, y perjuicios morales y materiales.

Consideró que aun cuando no se acreditó fehacientemente que las actividades realizadas por el demandante al servicio de Dumian Medical S.A.S., se hicieron bajo estricta subordinación de ésta, es decir, sin autonomía, sí se evidenció que las Cooperativas de Trabajo Asociado actuaron como empresas de suministro de personal, con lo que en últimas, afirmó, se transgredió lo estipulado en la Ley 1429 de 2010, que prohíbe a las precooperativas y cooperativas, desarrollar labores de naturaleza misional. Indicó que el actor, siendo su deber y especial interés, no logró acreditar el trabajo suplementario cuya remuneración perseguía; la configuración del daño y nexo causal con el vínculo laboral que diera lugar al reconocimiento de los perjuicios deprecados; ni el hecho del despido para imposición de la indemnización correspondiente (artículo 62 del CST). Finalmente, absolvió a las cooperativas vinculadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor.

RECURSO DE APELACIÓN: El actor aspira a que se revoque parcialmente la decisión y se ordene el pago de la indemnización por despido sin justa causa. Insiste en que está plenamente demostrado que Dumian Medical S.A.S. violó derechos laborales al realizar tercerización con cooperativas, lo que da cuenta de su mala fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: No fueron presentados, pese al traslado concedido.

3° CONSIDERACIONES

Habiéndose declarado en sede de primera instancia el contrato de trabajo a partir del principio de primacía de la realidad, entre el actor y Dumian Medical S.A.S. entre el 11 de enero de 2010 y el 31 de marzo de 2013, resaltándose el

encubrimiento indebido de la misma de cara a la desnaturalización del trabajo cooperado, sin que dicha circunstancia, incluyendo las condenas impuestas, hubiese sido cuestionada por los sujetos procesales, a partir de la apelación, el problema jurídico consiste en determinar, si la finalización del contrato de trabajo se dio con ocasión al denominado despido injusto o no. En caso afirmativo, si procede o no el pago de la indemnización deprecada con apego en el artículo 62 del CST.

Al respecto, se torna imperioso comenzar por recordar que el contrato de trabajo puede llegar a su fin por diferentes razones, bien porque mutuamente lo acuerdan las partes ya por la decisión unilateral de alguna de ellas con justa o sin justa causa (Art 61 y siguientes del CST). En este último evento, tanto empleador como trabajador tienen la obligación de manifestar a la otra parte, la causal o motivo de esa determinación sin que posteriormente puedan alegar válidamente causales distintas (Art 66 ibídem).

Decantado está por la jurisprudencia nacional, que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación, cuando la considera injusta. Mientras que, al empleador, le incumbe demostrar que el vínculo finiquitó por justa causa, renuncia irrevocable del subordinado, o mutuo acuerdo. (Ver sentencias SL42544/2014, SL17728/2016 y SL5518/2019).

Bajo el amparo de las anteriores consideraciones se llega al caso presente, y como se encuentra que por un lado, afirma el demandante que la terminación del vínculo laboral obedeció a un despido unilateral por parte de su ex empleador, mientras que éste, arguye que nunca adoptó tal determinación porque no era quien lo subordinaba, acotando que fue Giofreddy Cifuentes quien junto con otros colegas, determinó abandonar el cargo de enfermero jefe que desempeñaba en la unidad de cuidados intensivos de la ESE Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, cuando eso suponía poner en alto riesgo la vida de los pacientes allí internados, de entrada, se precisa la improsperidad de las súplicas declarativa y de condena circunscritas a la terminación injustificada del contrato de trabajo.

Lo anterior no porque se revista de veracidad la afirmación de la sociedad convocada a juicio *-pues al fin y al cabo, la existencia del contrato de trabajo declarado, no fue cuestionada-*, sino porque sencillamente, el actor como era su deber, incumplió con la carga procesal que le asistía de demostrar la realidad del despido, máxime, cuando el acervo probatorio da cuenta de que, la pasiva no lo acepta como tal, sino que alega desde la contestación del libelo genitor, que lo que medió fue un abandono de las funciones encomendadas en el acuerdo cooperativo.

En efecto, ninguna información relacionada con la desvinculación del actor se extrae de la declaración del único deponente escuchado -Juan Carlos Aponte- o del interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Dumian Medical S.A.S. Nótese como se limitaron a referenciar aspectos relativos a la modalidad de contratación, desarrollo de labores en instalaciones y horarios específicos, pago de salarios y subordinación continua.

Mírese, además, pese a que en los fundamentos fácticos contenidos en el escrito seminal, el actor indica que laboró al servicio de la enjuiciada hasta el 22 de abril de 2013, ningún respaldo probatorio se tiene al respecto. Obsérvese que en la misiva fechada del 22 de marzo del mismo año y que reposa a folio 23 del plenario, la extinta Cooperativa de Trabajo Asociado "Servisucoop" *-en la que el demandante reconoce haber estado vinculado y la pasiva admite como contratista-*, informó que el vínculo cooperativo no podría extenderse más allá del 31 de marzo de 2013, data reconocida incluso por el juzgador de primer grado, como finalización del contrato de trabajo.

De modo que, si Giofreddy Cifuentes Cubillos continuó desempeñando labores de enfermería en beneficio de la encartada, no lo acreditó en el juicio. Y en la medida en que no se allegó vestigio que demostrara que, en efecto, Dumina Medical S.A.S., unilateralmente, decidió dar por terminada la relación que venía desarrollándose, indefectible deviene la negativa de la indemnización por despido injusto deprecada, pues de accederse a ello, se premiaría la omisión de la parte interesada frente a su obligación de acreditar la existencia del despido, como se lo imponen la ley y jurisprudencia vigentes. Máxime, cuando el acervo probatorio da cuenta de que, la pasiva alega desconocer las particularidades del acuerdo

cooperativo que medió entre el actor, las Cooperativas de Trabajo Asociado "Alianza Asociativa", "Alianza Vivir C.T.A." y "Servisucoop C.T.A.".

Por tal razón, se confirmará la decisión apelada, debiendo declararse parcialmente probados los medios exceptivos de *"carencia de derecho para reclamar"* y *"cobro de lo no debido"*, esgrimidos por Dumian Medical S.A.S.

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

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 5 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADAS las excepciones de *"carencia de derecho para reclamar"* y *"cobro de lo no debido"*, formuladas por Dumian Medical S.A.S.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada $200.000 a su cargo. Liquídense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 9 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2018-00303-00 promovido por **Freddy Alonso Rozo Rincón contra Recuperadora del Medio Ambiente Ltda, Jaime Andrés Roa Cuellar, Fernando Montoya Puerto y José António Manrique Torres.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (Fl 61 al 85) Depreca el actor se declare que entre él y la Recuperadora del Medio Ambiente Ltda – R.M.A. LTDA-, existió un contrato de trabajo verbal desde el 2 de enero de 2015 y que nunca se dio su extinción. En consecuencia, solicita se condene a la pasiva y solidariamente a Jaime Andrés Roa Cuellar, Fernando Montoya Puerto y José Antonio Manrique Torres, al pago de los salarios dejados de percibir desde el 15 de julio de 2015 hasta el 30 de junio de 2018, cesantías, interesas de las mismas, primas de servicio, vacaciones, la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., la indemnización de los 180 días de salario del artículo 26 de la ley 361 de 1997, al pago del Sistema de la Seguridad Social integral, indemnización por culpa patronal, los daños y perjuicios morales a causa de las lesiones físicas y psicológicas, la indexación, la genérica y las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** el 2 de enero de 2015 celebró un contrato de trabajo verbal con Recuperadora del Medio Ambiente Ltda., mediante el cual fue vinculado al cargo de operario de aglutinadoras, con un salario de $300.000 quincenales. **2) Que** la labor encomendada fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo el horario señalado por éste. **3) Que** nunca fue afiliado al Sistema Integral de la Seguridad Social y no le fueron reconocidas prestaciones sociales. **4) Que** el 15 de julio de 2015 sufrió un accidente de trabajo el cual le ocasionó amputación traumática del primer dedo y pérdida por rigidez del segundo, tercero y cuarto de la mano derecha. **5) Que** por no encontrarse afiliado al sistema de Seguridad Social, la atención médica y el soporte psicológico por el requerido no ha sido adecuado, lo que agravó su limitación, vulnerándose sus derechos a la salud, al trabajo y a la seguridad social. **6) Que** la empresa Recuperadora del Medio Ambiente Ltda., no cuenta con un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, que nunca realizó las actividades de promoción y prevención en riesgos laborales que prevengan accidentes de trabajo o enfermedades laborales. Dice no recibió inducción en riesgo de esa materia, ni capacitación por parte de la empresa para evitar los riesgos laborales que prevengan accidentes de trabajo o enfermedades de esa índole. **7) Que** el 19 de julio de 2016, presentó petición ante su empleador de las acreencias laborales adeudadas, el cual fue respondido de manera negativa el 1 de agosto del mismo año. **8) Que** el 26 de julio de 2016, celebró diligencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo de Cúcuta, donde la empresa demandada a través de apoderado manifestó que no es, ni ha sido su trabajador. Alude que en ese mismo trámite, solicitó al inspector de trabajo acudir a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que fuera calificada su pérdida de capacidad laboral. **9) Que** en dictamen 833/2027 de fecha 31 de julio de 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó una pérdida de capacidad laboral en 53,27% con fecha de estructuración del 15 de junio de 2016, de origen laboral como consecuencia del accidente de trabajo sufrido el 15 de julio de 2015. **10) Que** el 20 de septiembre de 2016, solicitó ante el Ministerio

de Trabajo se adelantara visita de vigilancia y control para verificar el cumplimento de las normas que regulan el CST y las del sistema integral de seguridad social a la empresa Recuperadora del Medio Ambiente Ltda. **11) Que** el 26 de enero de 2018 el Ministerio de Trabajo emitió un auto por medio del cual comunica la existencia de mérito para adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio a la empresa empleadora en mención, el cual inició el 15 de marzo y se formularon cargos en su contra mediante auto del 21 del mismo mes y notificadas a la interesada el 3 de abril de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl 134 al 146) **Recuperadora del Medio Ambiente Ltda.** se opuso a las peticiones. Adujo que el vínculo con el actor fue eminentemente comercial, pues este, en su calidad de proveedor la abastecía de forma esporádica con material para la fabricación de productos que eran comercializados. Indicó que nunca celebró contrato de trabajo con el demandante, ni desempeño el cargo de operario de aglutinadora. Alude que el mencionado nunca prestó sus servicios personales a la empresa, porque recolectaba el material de forma autónoma e independiente, lo compraba a otras personas y empresas del sector y se lo vendía de manera personal o través de terceros cuando tenía disponibilidad.

Precisó que no está llamada a responder por acreencias laborales y demás conceptos requeridos por el demandante derivados de la existencia de un contrato de trabajo y la presunta culpa patronal imputada, pues no se configuran los supuestos de hecho establecidos en los artículos 24 y 216 del CST. Esgrimió las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva y cobro de lo no debido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el 9 de junio de la calenda que avanza, negó la totalidad de las pretensiones. Condenó en costas al demandante.

Consideró que el demandante no logró acreditar la presunción del artículo 24 del CST. Encontró que la empresa demandada tenía asegurado a todos sus trabajadores y por ello ante la ocurrencia de un accidente de trabajo solo debía reportarlo a la ARL para cubrir las contingencias de naturaleza laboral. Manifestó "*que no se explica el despacho porque no se hizo en este caso de haber sido trabajador de la empresa, salvo que hubieran tenido al trabajador en precarias condiciones y sin seguridad social.*"

Refirió que la investigación disciplinaria iniciada contra una empresa solo indica que se está verificando el cumplimiento del CST, salvo que haya sanción ejecutoriada. Aclara que el Ministerio de Trabajo no es competente para declarar la existencia de un contrato de trabajo y la sola denuncia no es prueba de este. Añadió que lo dicho por el actor a su favor no constituye objeto de prueba, toda vez que lo afirmado debe ser demostrado, razón por la que no es posible acceder a las peticiones.

RECURSO DE APELACIÓN: El demandante aspira a que se revoque la decisión. Manifestó que en la etapa probatoria se encontró en una condición de *debilidad de armas*, pues se escaparon de sus manos las pruebas para poder demostrar lo pretendido. Precisó que, pese a que hizo un esfuerzo para que asistiera el testigo Raúl Barca Rodríguez desconoce los motivos de su no comparecencia, siendo una prueba era determinante para demostrar los supuestos de hechos planteados. Pide por esto, se tenga presente el artículo 83 de CPTSS, dado que actuó de manera diligente.

Indicó que la lesión que padece es un hecho notorio, pues una persona no se genera daño en su integridad con la finalidad de obtener un recurso económico, razón por la que considera que debe preponderar el principio de la primacía de la realidad sobre los documentos allegados al proceso, para que puedan ser demostradas las condiciones indignas en que se encontraba laborando.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Los sujetos procesales replicaron los argumentos expuestos en la demanda, contestación y recurso de alzada.

3o. CONSIDERACIONES

En consonancia con la apelación, el problema jurídico consiste en determinar (i) si se encuentran acreditados o no los elementos del contrato de trabajo, conforme lo dispone el artículo 23 del C.S.T. En consecuencia, si hay lugar o no al pago de las prestaciones e indemnizaciones deprecadas a cargo de la encartada y (ii) si resulta procedente dar aplicación a los dispuesto en el artículo 83 de CPTSS con la finalidad de que sea practicada en esta instancia el testimonio pedido por la parte demandante.

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

Este principio encuentra complemento en el artículo 24 del CST que reza: *"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*. Significa esto, que probada la prestación personal del servicio se tiene por cierta la existencia del contrato de trabajo. Presunción legal que admite prueba en contrario, esto es, que se desvirtúe la continuada subordinación o dependencia del trabajador y/o el carácter remunerado del servicio. En este sentido ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencia de enero 25 de 2017 radicación 48890.

A partir de lo reseñado, lo primero que debe hacer aparición cuando del establecimiento de un contrato de trabajo se trata, es la prestación personal

del servicio por parte de que aquel que se considera prestador de laborío, en favor del empleador. En otros términos, **es al incoante a quien le corresponde hacer ese primer esfuerzo de aportar todas aquellas pruebas que considere necesarias para demostrar las afirmaciones plasmadas en sus hechos y que den cuenta de la prestación personal del servicio, así como dar certeza de los extremos temporales.** Una vez establecido lo anterior, se invierte la carga, correspondiéndole a la demandada, derribar dicha presunción por los medios que considere eficaces. Ahora, si quien tiene el deber de probar los hechos que se afirman en la demanda y que son la base para sustentar las peticiones no lo logra, la pasiva queda relevada de la carga aludida.

Como el actor afirmó haber estado vinculado con **Recuperadora del Medio Ambiente Ltda.,** bajo la continuada subordinación, recibiendo órdenes y en condiciones de dependencia en el cargo de operario de aglutinadoras a partir del 2 de enero de 2015 y que nunca se dio la extinción de dicho vinculo, necesario resulta auscultar el acervo probatorio para determinar en un primer momento si la primera circunstancia en efecto se acreditó, para luego, si así fuere, establecer si existen rubros de índole laboral pendientes de sufragar, que a la par conlleven o no a la imposición de las sanciones resarcitorias deprecadas.

Como pruebas históricas se cuenta con el interrogatorio de parte absuelto por Fredy Alonso Rincón, de estado civil soltero y estudios hasta séptimo bachillerato. Refirió que en la época de 2013 al 2015 se desempeñaba como reciclador independiente y que los materiales que reciclaba se los vendía a la empresa Recuperadora del Medio Ambiente. Señala que a partir del 2015 dejó de trabajar por su cuenta para desempeñarse como operario de la demandada. Precisó que fue vinculado por Jaime Andrés Roa Cuello, gerente de la empresa para operar la maquina aglutinadora, que sirve para moler el plástico,

recibiendo un salario de $300.000 quincenales, trabajando toda la semana y en horarios de 7 am a 7 pm y los fines de semana.

También está el interrogatorio de parte absuelto por Jaime Andrés Roa Cuellar en calidad de representante de la pasiva, con estudios universitarios. Precisó que desde el 2016 no funciona Recuperadora del Medio Ambiente Ltda., debido a que quebró, pero jurídicamente existe. Indicó que era socio y representante legal de la empresa y que nunca realizó ningún acuerdo con el demandante. Contó que al servicio de esta había siete trabajadores con dos jornadas laborales, que en la noche laboraban dos trabajadores ingresando en turno de 6 pm a 7 am. Aclara que no hubo una tercera persona que prestara servicio durante ese tiempo. Describió la locación de la empresa: *había 2 entradas, la entrada principal era donde se recibían los materiales, unos metros enseguida de la entrada ingresaba el que vendía material, pero no tenían acceso a donde se encontraban instaladas las maquinas*". Precisa que de donde se entregaban los materiales a donde se encontraba la maquinaria, había una distancia de 15 metros y que para la época en esa zona estaban autorizados para trabajar en la jornada de la noche Otoniel Salas y Omar Reyes. Manifestó que no puede explicar cómo el actor sufrió la amputación en sus dedos ya que el accidente no sucedió en la empresa. Reitera que jamás tuvo acuerdo con el actor.

Manifestó que la entidad enjuiciada nunca asumió gastos médicos del actor, hecho que se puede constatar de todas las transacciones e historial bancario de la sociedad y de las efectivas se dejaba constancia. Dice que no es cierto que hubiere apoyado con dinero y terapias para el tratamiento médico del accionante. Manifestó que días después se enteró que sufrió un accidente porque frecuentaba las instalaciones de la empresa y tenía familiares que laboraban allí, además por los comentarios de los empleados que mencionaban se había volado un dedo, pero no escuchó que el suceso se hubiere dado en la empresa. A la pregunta de si existía otra persona diferente a él que pudiera contratar empleados, respondió que no.

La deponente Marta Lucia Durán Pérez, quien se dedica a ser selladora de bolsas plásticas, con estudios nivel técnico y trabaja actualmente en Probolsas, refirió que trabajó con la empresa demandada desde el 2013 hasta el 2016, desempeñándose como selladora en un turno de 7 am a 6 pm. Indicó que conocía al actor porque es hermano de un compañero que trabajaba con ella en la empresa pasiva, ejerciendo las labores de aglutinador, consistente en manejar *una licuadora donde muele el plástico y sale como arena.* Precisa que lo distinguía porque iba a llevar material a la empresa con la señora "*mim*a" Herminia, o si no, iba a llevarle el almuerzo al hermano. Manifestó que no era permitido que pudieran ingresar extraños a donde se encontraban las maquinas, que quizás él pasaba más allá porque iba a buscar al hermano. Explicó que como el actor llevaba almuerzos a la empresa, durante un tiempo dejó de presenciarlo y a los días se enteró que había tenido un accidente, pero que no le prestó atención; señala que no escuchó que el accidente del actor se diera en las instalaciones donde en ese momento laboraba. Aclaró que el día que sucedió el accidente estuvo presente en su jornada habitual, de 7am y a 7 pm. Finalmente, expresó que durante su vinculación con la demandada le daban vacaciones a final de año, por lo que las labores empezaban el 15 o 20 de enero de cada año y que del 1 al 15 de ese mes no había personal prestando servicios en las instalaciones.

La documental que interesa en el presente caso, está conformada por piezas correspondientes a certificado de existencia y representación legal de la demandada (fl 1 al 6), epicrisis médica del 15 de julio de 2015 (fl 7), fórmula médica (fl 8), incapacidad de 30 días y sus prorrogas (fl 9, 14, 19), recibo de caja por servicios médicos prestados y consulta ambulatoria por atención a medicina especializada (fl 10 y 11), historia clínica y diagnóstico de amputación traumática del pulgar (fl 12 y 22), citas con médico especialista de cirugía de mano (fl 13, 17), orden para tratamiento de fisioterapia (fl 18), control de terapias (fl 23 al 25), petición ante el ministerio de trabajo donde se solicita vigilancia del Ministerio de Trabajo (fl 26 al 28), solicitud de pago por concepto de acreencias laborales elevada ante el gerente de la empresa

demandada (fl 29 al 32), y respuesta de la misma (fl 33), acta de no conciliación celebrada por las partes (fl 34), auto por medio del cual el Ministerio de Trabajo dispone iniciar procedimiento administrativo sancionatorio a la entidad enjuiciada y la respectiva notificación (fl 43 al 45), calificación de pérdida de capacidad laboral del 53,27% emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez (fl 47 al 48)

Del análisis de este quantum probatorio, la conclusión a la que se llega, no puede ser otra que confirmar la decisión de primera instancia en tanto no se logró acreditar la prestación del servicio personal señalada por el actor en beneficio de la demandada. En efecto, véase como Marta Lucía Durán, quien fue trabajadora de la pasiva desde el 2013 hasta el 2016, desempeñando funciones de selladora en un turno de 7 am a 6 pm., es enfática y contundente en señalar que el actor nunca trabajó con la demandada y que lo distinguía porque iba a llevar material a la empresa con la señora "*mim*a" Herminia, o si no, iba a llevarle el almuerzo al hermano que trabajaba allí. Igualmente se tiene que, en cuanto al accidente sufrido por el incoante, sostuvo que nunca ocurrió en las instalaciones de la sociedad, pues, para la fecha del mismo, se encontraba laborando en la empresa y jamás vio que hubiera sucedido un accidente ese día. Dicho este que coincide con lo mencionado por el representante legal de la pasiva cuando alude que con el actor no celebró ningún acuerdo.

Las pruebas documentales aportadas si bien es cierto acreditan el accidente sufrido por el demandante, también es verdad que en tales no aparecen elementos probatorios suficientes para establecer que efectivamente el mismo, prestó sus servicios como operario de una maquina aglutinadora. En otras palabras, no se probó una relación directa entre el accidente padecido y las funciones que ejercía como operario en las instalaciones de la enjuiciada. Véase que solo fue presentada la historia clínica del actor que diagnostica la secuela sufrida de un accidente, la pérdida de capacidad laboral del 53, 27% emitida por la Junta Regional de Calificación de invalidez y el trámite

prejudicial adelantado por el actor a través del Ministerio de trabajo, sin que se puedan extraer elementos determinantes que demuestren la causalidad del insuceso mencionado y la empresa demandada (fl 7 al 48).

Ahora, como el actor señala que durante el trámite probatorio de primera instancia, se encontró en una condición desigual respecto del otro sujeto procesal, pues se escaparon de sus manos las pruebas para demostrar lo pretendido, refiriendo que no se pudo practicar el testimonio de Raúl Barca Rodríguez, que a su juicio era determinante para demostrar los supuestos planteados, por lo que solicita en esta instancia se de aplicación al artículo 83 del CPTSS para que sea practicada la referida prueba, para decidir es menester citar lo previsto en el artículo invocado:

"Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar prueba*s que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.*

Si en la audiencia no fuere posible practicar todas las pruebas, citará para una nueva con ese fin, que deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes."

Como puede verse, i) no es posible que las partes soliciten al tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia ii) **se dispone de manera excepcional que en caso de que en primera instancia y sin culpa de la parte interesada, se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretada**s, el tribunal a petición de parte, puede ordenar su práctica y iii) se faculta al tribunal para que oficiosamente decrete y practique aquellas pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.

Al cobijo de lo mostrado, como la prueba sobre la cual se insiste en su práctica, esto es, el testimonio de Raúl Barca Rodríguez, tuvo la oportunidad de ser adelantada en la audiencia de trámite y juzgamiento del 9 de junio de

2021, en la que el actor manifestó en el minuto 14:05 a 15:*30 "de los dos testigos solicitados para su práctica uno, al parecer ya no está viviendo en Cúcuta y el señor Raúl manifestó en las horas de la noche que no podía asistir a esta audiencia, razones, no las dio señor juez."* . También que, en los alegatos presentados en esta instancia, se acompañó declaración extraprocesal mediante la cual Raúl Barca Rodríguez manifestó que no pudo asistir a la audiencia a la cual fue citado porque no le dieron permiso en el trabajo, diáfano, indubitable y claro es que no se dan los supuestos de hecho necesarios para la práctica del medio de convicción en esta instancia.

En efecto, los artículos 217 y 218 del CGP, aplicables en materia procesal laboral por remisión analógica del articulo 145 CPTSS, disponen: "***ARTÍCULO 217. CITACIÓN DE LOS TESTIGOS***. ***La parte que haya solicitado el testimonio deberá procurar la comparecencia del testigo***. *Cuando la declaración de los testigos se decrete de oficio o la parte que solicitó la prueba lo requiera, el secretario los citará por cualquier medio de comunicación expedito e idóneo, dejando constancia de ello en el expediente.*

Cuando el testigo fuere dependiente de otra persona, también se comunicará al empleador o superior para los efectos del permiso que este debe darle.

En la citación se prevendrá al testigo y al empleador sobre las consecuencias del desacato.

ARTÍCULO 218. EFECTOS DE LA INASISTENCIA DEL TESTIGO. En caso de que el testigo desatienda la citación se procederá así:

1. Sin perjuicio de las facultades oficiosas del juez, se prescindirá del testimonio de quien no comparezca.

(...) Al testigo que no comparezca a la audiencia y no presente causa justificativa de su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes*, se le impondrá multa de dos (2) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv)."*

Se deprende de las normas en cita, que (i) es deber de la parte que solicita la prueba procurar la comparecencia del testigo y en caso de que éste sea dependiente, se debe comunicar a su empleador o superior inmediato de los efectos del permiso que se debe otorgar y (ii) si el testigo no comparece en la

oportunidad señalada **deberá presentar una causa justificativa de su inasistencia a los 3 días siguientes de la audiencia celebrada.**

Así, como la audiencia se celebró el 9 de junio de 2021, es claro que Raúl Barca contaba con los 3 días hábiles siguientes, esto es, hasta el 15 del mismo mes para presentar excusas por su inasistencia, deber que dejó pasar por alto. Además, los hechos mencionados no dejan ver con claridad las razones de la ausencia del testigo referido, toda vez que, dicha justificación no fue alegada momento de celebración de la diligencia, pues se indicó simplemente que "*el señor Raúl manifestó en las horas de la noche que no podía asistir a esta audiencia,* ***razones, no las dio señor juez"*** , resultando dudoso que no hubiera podido manifestar esa misma noche en la que se comunicó con el actor dicha eventualidad, y que, se haya conocido hasta el 29 de julio del año que avanza mediante una declaración extraprocesal ante notaría y sin mayores particularidades como el hecho de no referir quien es su empleador. Aunase que no fue aportada citación que acreditara que los testigos pedidos fueron notificados debidamente, esto es, acompañada de un comunicado dirigido a su superior inmediato para que autorizara la asistencia del mismo, ya que, es un deber de la parte su asistencia y de aquel darle el permiso sin perjuicio de las consecuencias del desacato.

En ese orden, no resultan de recibo las argumentaciones del apelante respecto a que la prueba se dejó de practicar sin su culpa, pues, como queda demostrado, no aportó elementos de juicio que permitieran ver esa debida diligencia al momento de la citación, ni después de celebrada la audiencia donde se practicaron las pruebas. Hechos que denotan el incumplimiento de los presupuestos del art. 83 del CPTSS, para dar cabida a la práctica de pruebas en segunda instancia. Se reitera, la prueba aducida en la petición tuvo la oportunidad procesal de ser practicada, sin que se presentara causa justificativa de la inasistencia del testigo.

En síntesis, como no quedó demostrada la prestación del servicio en beneficio de la pasiva, ni que el accidente sufrido por el actor haya estado vinculado con el manejo de una maquina aglutinadora en ocasión a un vínculo laboral celebrado con la demandada, no queda otra alternativa que confirmar la sentencia apelada.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP, aplicado por remisión normativa prevista en el 145 del CPTSS, se condenará en costas de esta instancia al impugnante por confirmarse en todas sus partes la decisión cuestionada. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada $200.000. Monto acorde con el Acuerdo N° PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 9 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta. **SEGUNDO.-** costas a cargo de la pasiva. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de $200.000. Liquídense de manera concentrada en el Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Melissa M.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Ordinario laboral Rad. 54 001 31 05 004 2019 00249 00

Demandante: Marisol Torres

Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A.

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

1º. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A. contra el auto del 14 de mayo de 2021 del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta Norte de Santander.

2º. ANTECEDENTES

Marisol Torres inició demanda en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones y Porvenir S.A., con la finalidad de que fuera declarada la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia, se ordenara su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones. En primera instancia el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 7 de diciembre de 2020 declaró la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con el fondo de pensiones Porvenir S.A. Condenó al fondo privado a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de aquella, como cotizaciones,

bonos pensionales, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado de la accionante del RAIS al régimen que ésta administra. Y gravó en costas solamente a la AFP de naturaleza privada en suma de $2.633.409 (3SMLMV).

El 25 de marzo de 2021, se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia mencionada, confirmándose íntegramente la decisión de primer grado. Se impuso condena en costas a cargo de las encartadas por valor de $200.000 a cargo de cada una de ellas.

A través de providencia del 11 de mayo de 2021, se aprobó la liquidación de costas de conformidad con el artículo 366 del CGP, así:

AGENCIAS EN DERECHO PRIMERA INSTANCIA:

A favor de la parte demandante y a cargo de la demandada:

Porvenir S.A……$ 2.633.409,oo

AGENCIAS EN DERECHO SEGUNDA INSTANCIA:

A favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas:

Porvenir S.A.....$200.000,oo

Colpensiones.....$200.000,oo

TOTAL LIQUIDACION DE COSTAS.....$3.033.409.oo

Inconforme con lo anterior, el 20 de mayo hogaño, Porvenir S.A. interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, solicitando el reajuste del valor establecido aplicando los criterios señalados por el Consejo Superior de la Judicatura de cara a la naturaleza del trámite adelantado.

Indicó que para un proceso declarativo y que carece de cuantía como el de marras, los rangos de condena por agencias en derecho oscilan entre 1 y 10 SMLMV, cuyo monto final dependerá de la naturaleza del asunto, duración del trámite y calidad de la gestión adelantada, tal como asegura, dispone el artículo 2° del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de

2016 emanado por el CSJ. Motivo este, dice, por el que sólo deben aplicarse costas equivalentes a 1SMLMV pues la pretensión debatida (ineficacia del traslado) es un asunto decantado jurisprudencialmente, que por el principio de inversión de la carga de la prueba, no requiere del extremo activo un despliegue mayor de actividad probatoria. Máxime, resalta, cuando el caso fue resuelto con prontitud.

Discute también, con independencia de su postura conciliadora o no, que el trámite continuó por la negativa que en dicho sentido expresó Colpensiones, quien en últimas, no resultó gravada en costas; siendo a su parecer injusto, el que deba asumir sola el alto monto de las agencias en derecho.

Por medio de auto fechado del 21 de julio de actual calenda el juez *A Quo* desestimó el recurso de reposición y concedió la alzada. Indicó que aun cuando la norma referenciada por el recurrente lo habilita para imponer costas hasta de 10 SMLMV, tan solo cargó el equivalente a 3 de ellos, es decir, $2.633.409, lo que además de lógico, se ajusta a derecho.

ALEGATOS DE CONSLUSIÓN: La AFP Porvenir replicó los argumentos esbozados en el recurso de alzada. La activa, pese al traslado concedido, obvió presentar alegaciones finales.

3º. CONSIDERACIONES

Preceptúa el artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable en materia procesal laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que las agencias en derecho se fijarán de conformidad con las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas disponen un mínimo o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales.

A su vez, el artículo 2° del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dispone:

ARTÍCULO 2º. Criterios. <u>Para la fijación de agencias en derecho</u> *el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo,* ***<u>la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad,</u>*** *que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites.*

A partir de lo señalado, es claro que para la fijación de las agencias en derecho como parte integrante de las costas, además de los topes máximos y mínimos establecidos, deben tener presentes hechos como la naturaleza, duración y calidad de la gestión, la cuantía y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, entre otras.

Así, como en el sub analice se tiene que la demanda se presentó el 25 de julio de 2019 (fl. 96), siendo admitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 26 de noviembre de 2019 (fl. 100), con fallo de primera instancia del 7 de diciembre de 2020, de segunda instancia del 25 de marzo de 2021 y remitido al juzgado de origen a través del oficio 0505 el 29 de abril de 2021, con una duración de 1 año y 8 meses -aun mediando la suspensión de términos a raíz del Covid-19-. Que la gestión del procurador judicial de la activa se ajustó al proceder habitual, generando un fallo de primera instancia que concedió las pretensiones a favor de la actora, con confirmación íntegra de la decisión en sede de alzada. Acomodado a las previsiones legales resulta fijar las agencias en derecho en la suma de 1SMLMV tal como lo discute la AFP Porvenir S.A.

Efectivamente, ha de tenerse en cuenta que la pretensión de *"nulidad y/o ineficacia de traslado"* de afiliados al RAIS constituye un tema ampliamente debatido en los estrados judiciales y cuya línea jurisprudencial de resolución se encuentra trazada por el órgano de cúspide de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral. Tan es así, que de cara

a la inversión de la carga de la prueba establecida en cabeza de los fondos privados, quien despliega el ejercicio de acción frente a éstos, ni siquiera efectúa un esfuerzo probatorio de consideración para respaldar su pretensión, pues le basta con afirmar que mutó a este régimen sin que mediara un consentimiento informado, para que se radique en cabeza de la AFP la ineludible obligación de demostrar que ello no ocurrió así, debiendo incluso aportar la documental que contenga la radiografía del histórico de la cuenta de ahorro individual del afiliado desde la data primigenia de vinculación.

Menos se evidencia que al trámite se hubiesen asomados testimonios, dictámenes periciales que generaran costos sufragados por el extremo activo, pues incluso la simulación pensional que sirve de argumento para sustentar el detrimento económico de la futura mesada pensional, es proyectada y entregada al afiliado por el fondo privado.

Es preciso resaltar que entre la decisión de primera instancia y la resolución de los recursos de apelación impetrados, transcurrieron alrededor de tres meses (sin contar la vacancia judicial). Espacio temporal que da cuenta de la prontitud con la que se desató la contienda procesal y permitió la ejecutoria de la providencia de primera instancia al no haberse presentado recurso extraordinario de casación.

No menos importante resulta destacar que la codemandada Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, pese a presentar oposición directa a las pretensiones y resultar por ende vencida en juicio, no fue condenada al reconocimiento del rubro de agencias en derecho. Sin que resulte justificado el que solo la AFP Porvenir deba asumirlas tal alto valor de cara a la gestión adelantada, naturaleza y duración del proceso.

Son suficientes las razones hasta aquí enunciadas para dar plena acogida al dicho de la inconforme procesal, por lo que se modificará la condena en costas y agencias en derecho de primera instancia contenida en el auto

apelado, fijándolas en valor de 1SMLMV, esto es, $877.803 y a cargo de Porvenir S.A.

4° DECISIÓN

Por lo expuesto, Sala de Decisión Laboral, **del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, RESUELVE:**

PRIMERO: MODIFICAR las agencias en derecho de primera instancia fijándolas en la suma equivalente a 1 SMLMV ($877.803).

SEGUNDO: Aprobar la liquidación de costas en la suma de $1.077.803 a cargo de Porvenir S.A., y $200.000 a cargo de Colpensiones. Sin costas en esta instancia.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 30 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-004-2019-00333-00, promovido por **Jhon Jairo Martínez Rojas** contra **TCC S.A.S.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Depreca el accionante se declare que sostuvo una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo con la convocada a juicio desde el 18 de marzo de 2014 hasta el 14 de febrero de 2017, finalizado de manera ilegal, por su estado de debilidad manifiesta y contar con una estabilidad laboral reforzada. Como consecuencia de ello, solicita sea reintegrado a un cargo de igual o mejor categoría junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social desde la fecha de desvinculación hasta que se produzca la reinstalación efectiva, además, solicitó la indemnización moratoria de

que trata la Ley 50 de 1990, e intereses moratorios del artículo 65 del CST. y las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** laboró para la pasiva como trabajador en misión enviado por la empresa de servicios temporales Activos S.A.S. desde el 7 de noviembre de 2008 hasta el 17 de febrero de 2014, desempeñando el cargo de estibador y auxiliar de servicios. **2) Que** el 18 de marzo de 2014 ingresó a laborar para la demandada en el cargo de auxiliar logístico, a través de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con extremo final el 14 de septiembre de 2014. **3) Que** el contrato se prorrogó automáticamente en cuatro oportunidades, teniéndose como fecha final el 18 de marzo de 2017. **4) Que** el 1° de agosto de 2016 sufrió un accidente laboral cuyo diagnóstico de egreso fue *"CONTUSIÓN DE LA REGIÓN LUMBOSACRA Y DE LA PELVIS"* (sic) **5) Que** el 14 de febrero de 2017 la demandada le finalizó de manera unilateral y sin justa causa el contrato laboral mientras se encontraba en tratamiento y en proceso de calificación. **6) Que** la pasiva conocía su estado de salud, así como de las citas médicas y tratamientos pues lo tenía reubicado con otras funciones. **7) Que** a raíz de la finalización sin justa causa del contrato de trabajo y el estado de debilidad manifiesta en que se encontraba, perdió su hogar e ingresó a tratamiento por psicología y psiquiatría.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: TCC S.A.S. se opuso parcialmente a las pretensiones. Manifestó que la vinculación del actor no fue para la fecha citada sino desde el 18 de marzo de 2014 hasta el 14 de febrero de 2017. Indicó que la relación laboral finalizó sin que mediara justa causa, a partir de lo establecido en el artículo 64 del CST, realizando el pago de la respectiva indemnización. Aceptó la ocurrencia del accidente laboral el 1° de agosto de 2016, el cual derivó en una incapacidad de 3 días. Señaló que al momento del despido, el actor no se encontraba en estado de debilidad manifiesta ni cobijado por un fuero

de estabilidad laboral reforzada pues no tenía limitaciones para ejercer las funciones del cargo ni contaba con una pérdida de capacidad laboral calificada mínimo del 15%. Negó conocer o haber sido informada del estado de salud del demandante, que éste no presentó incapacidades prolongadas y no se encontraba en tratamiento médico ni reubicado. Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de estabilidad laboral reforzada, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el 30 de junio de 2021, declaró la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo entre las partes desde el 18 de marzo de 2014 al 14 de febrero de 2017, cuya terminación fue por decisión unilateral y sin justa causa por la pasiva. Negó las demás peticiones y gravó en costas al actor.

Consideró que en la finalización del contrato laboral no hubo una incidencia sustancial del estado de salud del actor en la ejecución de las labores propias al servicio de la pasiva. Igualmente señala que no se logró demostrar con la prueba documental y testimonial que la demandada tuviera conocimiento o hubiese sido informada del estado de salud del actor.

RECURSO DE APELACIÓN: La activa solicita se revoque la decisión en cuanto absolvió a la pasiva y, en su lugar se le condene a los pedimentos esgrimidos en el libelo introductorio. Discute que existió una errónea valoración del testimonio de Oscar Alexis Jaimes Márquez, pues la exposición rendida demuestra la reubicación y el conocimiento de su estado de salud por parte de la empresa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: El actor replicó los argumentos contenidos en el escrito genitor de demanda y el recurso de alzada. La

pasiva, pese a estar enterada del traslado concedido, obvió presentar alegaciones finales.

3o. CONSIDERACIONES

En consonancia con la alzada, el problema jurídico consiste en determinar si a la finalización del contrato de trabajo el demandante gozaba o no de estabilidad laboral reforzada en razón a su estado de salud y, si su empleador conocía tal situación.

Como el demandante pretende se declare que la terminación de su contrato de trabajo es ineficaz al gozar de estabilidad laboral reforzada por encontrarse en situación de discapacidad, ha de resolverse tal cuestión a la luz de lo dispuesto en la Ley 361 de 1997, a través de la cual se establecieron mecanismos de integración social de las personas con limitación. Reza el artículo 26 de la norma en mención:

"(…) ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado

por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo."

Frente a la citada disposición, la jurisprudencia tanto constitucional como ordinaria, ha señalado que la misma tiene como fin promover la inclusión y participación de los trabajadores con discapacidad y a su turno, evitar que los ámbitos laborales sean espacios de discriminación o exclusión. En esa medida, es palmario que dicha norma protege al trabajador que presente una merma importante en su estado de salud, en la fase de la extinción del vínculo laboral con la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, valga decir, aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental.

Así, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que, sanciona el hecho que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Significa esto, que

las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva, son legítimas en orden a dar por concluida la relación laboral.

Respecto a los sujetos que gozan de una estabilidad laboral reforzada, la Corte Suprema de Justicia ha considerado de vieja data que la prohibición de despedir o dar por terminado el contrato, opera para las personas que presenten una minusvalía o limitación, superior al 15%, es decir, desde el grado moderado de severidad. Esto en virtud de lo establecido en el artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, actualmente derogado por el 1352 de 2013. Por tanto, no tiene cabida esta seguridad para quienes padezcan cualquier tipo de limitación; menos aún para quienes se hallen en una incapacidad temporal por afecciones de salud.

De esta manera, en reciente jurisprudencia SL 635 de 2020 y SL2797-2020, se señaló que si el trabajador demuestra que para el momento del despido, padecía una limitación física, psíquica o sensorial igual o superior al 15% de PCL y acredita que el empleador tenía conocimiento de las patologías, deficiencias, discapacidad y minusvalías adquiridas durante el desarrollo del contrato de trabajo, con independencia de que la calificación se emita con posterioridad a la finalización del vínculo contractual, habrá de presumirse a su favor que la terminación del contrato de trabajo obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud; teniendo entonces, el empleador la carga probatoria de derruir tal presunción, demostrando que ello acaeció por virtud de una razón objetiva o una justa causa.

No son objeto de discusión en esta instancia los siguientes presupuestos facticos: **i)** Entre el demandante y TCC S.A.S. existió un contrato de trabajo a término fijo ejecutado desde el 18 de marzo de 2014 al 14 de febrero de 2017. **ii)** En desarrollo de sus funciones el 1 de agosto de 2016 sufrió un accidente laboral. y **iii)** que el 14 de febrero de 2017 le fue finalizado el contrato laboral por decisión unilateral y sin justa causa por la pasiva.

Como el fundamento de la alzada, es que el Juez *A Quo* no analizó en forma íntegra y a la luz de la sana critica el testimonio rendido por el señor **Oscar Alexis Jaimes Márquez**, se tiene que el mismo manifestó haber trabajado en TCC SAS para el año 2011 hasta el año 2019 en el cargo de auxiliar logístico conductor, que ocasionalmente coincidía en horario de trabajo con el actor en razón de la ejecución de su trabajo. Señaló que la labor del demandante era descargar la mercancía que llegara a la bodega y realizar el reparto local, que normalmente se le asignaban rutas donde debía manipular pesos superiores a los 50 kilogramos. Que, se enteró del accidente de trabajo del actor, que duró incapacitado unos días y que al regreso ejecutó labores donde debía manipular objetos cuyo peso no excediera el kilogramo, funciones que alternaba con las de realizar inventario y que perduraron hasta el retiro. Informó que la empresa realizaba estas modificaciones en las funciones de los trabajadores incapacitados y que a su interpretación el tema del accidente laboral del señor demandante era un caso de poca aceptación en los superiores jerárquicos. Cuando fue increpado frente a los permisos para asistir a consultas médicas, respondió que se debían solicitar ante sus superiores y que los mismos eran concedidos, pero tocaba cuadrarlos muy bien que no afectaran el horario laboral. Indicó que el señor Jhon Martínez estuvo incapacitado con posterioridad al accidente de trabajo, le consta porque no lo veía en bodega y era lo que el demandante le decía, no obstante, no conoce la duración de las mismas. Finalmente, dice que el procedimiento general para los trabajadores que sufren lesiones en el desempeño de sus labores son ubicados en puestos donde no deben realizar mucho esfuerzo.

También se cuenta con un acervo probatorio documental conformado por piezas correspondientes al certificado de existencia y representación legal de la demandada (fl. 3 a 4); copia cedula de ciudadanía del actor (fl. 5); contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año (fl. 6 a

9); examen médico ocupacional de ingreso (fl 10); examen médico ocupacional de egreso (fl. 11 y 12); certificaciones laborales EST Activos SAS (fl. 13 a 16); memorial finalización contrato de trabajo (fl. 17); formato único de reporte de accidente de trabajo (fl. 18 a 20); dictamen de Calificación de Origen N° 955/2018 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander el 13-09-2018 (fls. 21 a 24); registro civil de nacimiento de la menor hija (fl. 24); historia Clínica del actor correspondiente al año 2019; Informe final de terapias fechado el 9-05-2019; Examen RM y RX de columna lumbosacra del año 2019; notificación pérdida de capacidad laboral emitido por ARL SURA el 16 de julio de 2019; dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral N° 1027/2019, con un PCL de 13.30% emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander el 27-08-2019. Solicitudes de historia clínica completa elevadas ante ARL Sura, Medimás EPS y Somefyr SAS.

Al realizar un nuevo análisis a la testimonial criticada, así como de la documental arrimada, ninguna conclusión diferente a la que arribó el Juez *A Quo* se puede tener en esta instancia, en tanto fluye claro que no se acredita la existencia de una limitación física o sensorial al momento del despido y que el empleador tenía pleno conocimiento de dichas patologías o padecimientos.

En efecto, si bien, Oscar Alexis Jaimes Márquez señala que el demandante si fue incapacitado con posterioridad al accidente de trabajo, esta manifestación no concuerda con ninguna otra prueba decretada y practicada en el proceso, mucho menos con la declaración de parte rendida por el actor quien de manera clara afirmó que la última incapacidad fue la de tres (3) días, que al momento del despido no se encontraba incapacitado y que no recibió tratamiento médico por el accidente de trabajo. Es decir, poco o nada aporta el deponente en cita que valide los argumentos de la alzada.

Lo mismo sucede con la documental aportada, valga decir, con tal no se corrobora el estado de debilidad manifiesta que alega para el momento del despido, así como del conocimiento por parte del dador de laborío. Véase como se arriman documentos médicos emanados con posterioridad al suceso.

Bajo este escenario, habrá de señalarse que la súplica de reintegro por gozar el actor con estabilidad laboral reforzada al momento de la finalización del contrato de trabajo, no está llamada a prosperar en la medida en que, la Ley 361 de 1997 en la cual se funda, si bien protege al trabajador que presente una merma importante en su estado de salud, lo es frente a comportamientos discriminatorios por parte de su empleador, es decir, aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo a través del despido, circunstancia esta última que no resultó probada en el de marras como se ha hecho ver.

Por lo dicho, se confirmará tal aspecto de la decisión de primer grado, en tanto tuvo derruida la presunción discriminatoria de la terminación del contrato de trabajo y en tal línea, se abstuvo de conceder las peticiones de reinstalación y pago de acreencias laborales.

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

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

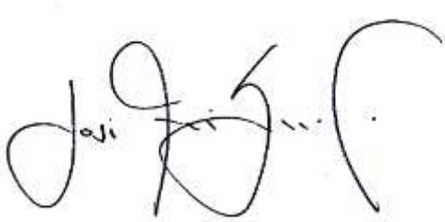
SEGUNDO: COSTAS a cargo del actor y a favor de la demandada. Inclúyase como agencias en derecho de esta instancia la suma de $200.000. Liquídense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 26 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2021-00028-00 promovido por **Juan José Ascanio Sepúlveda** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-.** Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, surtir el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Depreca el actor se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones, lo que resulte probado ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 26 de enero de 1960, y se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS desde el 1° de enero de 1977, del que mutó el 27 de marzo de 1997 con destino a la administradora Porvenir S.A. **2) Que** nunca fue advertido de los efectos negativos que conllevaba el traslado, indicando que dicho movimiento no fue libre ni voluntario al no mediar una

verdadera asesoría sobre los riesgos y consecuencias que acarreaba dicho cambio; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera nulidad de dicho acto. **3) Que** peticionó a las convocadas a juicio la nulidad del traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa, a sabiendas que el retorno al RPM resulta más beneficioso por cuanto la mesada pensional que percibiría alcanza $4.520.456 frente a la proyectada en el RAIS de $1.683.105.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido, admitiendo como hechos ciertos, los relativos a la edad y reclamación administrativa elevada por el actor. Argumentó que éste se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria. Señaló que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas de las cuales desconoce su veracidad y de la que no existe fundamento que permita la declaratoria de nulidad. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de materializar los efectos de la ineficacia cuando el demandante ya tiene una situación jurídica consolidada o adquirió el status de pensionado en el régimen de ahorro individual, buena fe, prescripción, y la genérica.

Igualmente, **Porvenir S.A.** También se resistió a las peticiones. Dijo no constarle ninguno de los hechos. Adujo que el incoante no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando, dice, obra formulario de vinculación o traslado suscrito por el mismo, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la presencia de vicio alguno de la voluntad. Aduce que el petente se halla inmerso

en la causal fáctica de prohibición legal de traslado. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, e innominada.

Por su parte, la Agencia Nacional del Estado no dio contestación a la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 26 de julio de 2021, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual que el accionante surtió con el fondo de pensiones Porvenir S.A. Condenó al fondo privado a devolver a Colpensiones, en el término impostergable de un mes, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de aquel, como cotizaciones, bonos pensionales, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado del accionante del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas a ambas AFP.

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

RECURSOS DE APELACIÓN: Colpensiones busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado del incoante a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó literal e), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al establecer que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la pensión de vejez; evento que satisface el actor al encontrarse en el rango de

edad prescrito. En cuanto a la ineficacia del traslado, indica que no es viable, en la medida que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, ya que, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su artículo 48. Asevera que a partir del acto de traslado, el afiliado contaba con la carga ineludible de ejercer diligencia y cuidado en los casi 20 años que se mantuvo en el RAIS, pudiendo haber probado que realizó actos tendientes a mejorar su situación pensional, lo que no ocurrió. Añade que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque la entidad tendría que asumir la diferencia monetaria entre la mesada pensional causada en el RAIS de cara a la que llegare a liquidarse en el RPM.

Porvenir S.A. también eleva petición de revocatoria. Manifestó que la ineficacia debe declararse improcedente porque las disposiciones legales vigentes a la fecha del traslado del accionante -1997-, tales como el estatuto financiero y el artículo 13 de la ley 100 de 1993, Decretos 1161 de 1994 artículo 1°, Decreto 692 de 1994 en su artículo 11, si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar la decisión de traslado, dichas normas no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular, siendo como único requisito el formulario de afiliación o traslado que suscribió el demandante que da cuenta de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor acorde a derecho.

Alude que aun cuando existe una doctrina probable del máximo tribunal en lo laboral desarrollada a partir del 2008, no es procedente su aplicación en virtud a que el acto jurídico demandado se realizó con anterioridad, esto es, para el año 1997, siendo imposible exigirse retroactivamente su aplicación. Máxime, cuando afirma, el actor decidió permanecer continuamente en el RAIS por espacio superior a los veinte años, aun cuando el fondo informó a través medios de amplia circulación nacional la posibilidad con que contaban sus afiliados de retornar al RPM. Pide que, de no acogerse tal argumento,

se reconsidere la orden de restitución de frutos y rendimientos porque dice, su producción generó gastos a la AFP que la misma ley reconoce como comisiones de administración por la gestión de los aportes; igual que afirma, sucede, con el seguro provisional aplicado a la cuenta de ahorro individual que se efectúa en favor de un tercero de buena fe. Hechos que cataloga como consumados y por tanto, imposibles de retrotraer. Discute que ningún detrimento de la cuenta del afiliado se puede reputar porque arguye, los rendimientos generados por el RAIS siempre serán superiores a los del RPM en tanto que éste último es un fondo común que no garantiza siquiera la rentabilidad mínima que las AFP están obligadas a reconocer incluso con su propio patrimonio.

Así, advierte que, en virtud a la ineficacia del traslado declarada lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Porvenir S.A. replicó los argumentos expuestos en la apelación elevada ante el *a-quo*.

Los demás sujetos procesales, pese a hallarse debidamente enterados del traslado concedido, omitieron presentar alegaciones finales.

3o. CONSIDERACIONES

Deberá establecerse si el traslado del actor del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual, ante Porvenir S.A., adolece o no del consentimiento informado de aquélla. En ese orden, se verificará también, si resulta viable o no que la encartada del RAIS restituya lo descontado por concepto de gastos de administración, comisiones y primas. Asimismo, si la condena en costas resulta ajustada a derecho.

De la ineficacia del traslado.

A la luz del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, una de las características del sistema general de pensiones es la **selección libre y voluntaria** del régimen pensional por parte de los afiliados. Por eso, cuando de traslados del RPM al

RAIS se trata, para que esa determinación contenga las condiciones de la disposición referida, es decir, para poder predicar la libertad y voluntariedad en ello, previamente, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar.

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

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

Así, identificó la Corte dentro del desarrollo normativo de ese deber de información tres momentos. Inicialmente encontró sustento en el literal b del Art. 13 de la ley 100 de 1993, en cuanto dispuso que la escogencia del régimen pensional por parte de los trabajadores es libre y voluntaria y presuponía el conocimiento a plenitud de las consecuencias de su decisión de traslado. Para ello dice, era necesario que se les describieran al potencial afiliado al momento de asesorarlo, las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de

los regímenes pensionales; de tal suerte que éste conociera las ventajas y las desventajas de cada uno, inclusive, las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

De esta manera, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son éstos, los que en el proceso judicial deben acreditar

que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual **(i)** las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, **(ii)** las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y **(iii)** las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Así, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad en el sub lite, está en cabeza de la AFP Porvenir S.A., al argumentar el demandante que se omitió información a la hora de trasladarse. Atendiendo entonces, la carga de la prueba mencionada, se hace necesario verificar si el consentimiento que dio Juan José Ascanio Sepúlveda para hacer efectivas la mutación de régimen pensional, fue informada, es decir, si la AFP codemandada cumplió o no con su deber legal de información a partir del precedente judicial de la alta corporación en la especialidad y, de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Se tiene que el actor suscribió un formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 13 de agosto de 1997, data en la que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a la AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que la encartada no le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a ésta desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron al accionante sopesara la conveniencia

o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

No obstante, ninguna probanza en tal sentido se arrimó, más allá del mismo formulario de afiliación, que en todo caso a nada conducen para ese propósito, pues, el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Ascanio Sepúlveda de la anotación: "*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones(…)*", como lo señala el órgano cúspide, si bien denota un consentimiento, no se verifica con ello que hubiese sido informado. Situación que ratifica el protagonista procesal al momento de rendir interrogatorio de parte, pues insiste en que no se asesorado porque su afiliación se perfeccionó en 1997 a través de una *"promotora"* bajo el argumento de que el Seguro Social estaba en crisis e iba a desaparecer y que quienes estaban allí afiliados quedarían en el limbo, sin resultar advertido acerca de las ventajas y desventajas del traslado, ni el eventual monto de la pensión de parte de ninguna AFP. Agregando que antes no buscó trasladarse por desconocimiento y porque el fondo privado siempre aseguró que se podría pensionar con el 90% del capital ahorrado.

No asumió entonces Porvenir S.A. la carga de desvirtuar, como le correspondía, los hechos aducidos por el deprecante como sustento de su pretensión, demostrando para ello lo contrario, esto es, que cumplió con su deber de información, toda vez que, no bastaba con que señalara en su contestación de demanda que sí brindó la asesoría en donde le explicó en concreto, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin arrimar medio de convicción alguno. Téngase presente que afirmar no es probar. Debió haber desplegado un importante esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido efectuó. Lo cual no ocurrió.

En conclusión, el fondo de pensiones convocado a juicio, se sustrajo al momento de suscribir el formulario de traslado y en perjuicio del demandante, de suministrar información relevante con la finalidad de promover su cambio

de régimen, es decir, faltó a su deber de ilustrar sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de ellos. No se puede predicar que existió una decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, siendo que tal es un presupuesto de eficacia jurídica de tal acto.

No resulta de recibo en consecuencia, el dicho de Colpensiones sobre la imposibilidad del traslado luego que le faltaren menos de 10 años al afiliado para alcanzar la edad, ya que, de que se trata es de la ineficacia de un acto, valga decir, de la inexistencia del mismo (traslado). Igual suerte corre la afirmación de que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, al realizarse ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su art 48, habida cuenta de que, como ha quedado establecido, si bien pudo existir un consentimiento el mismo no fue informado como lo demanda la jurisprudencia respectiva. Menos puede aceptarse que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque ningún medio de convicción se arrimó sobre ello.

También se desestima la afirmación de Porvenir S.A. sobre la imposibilidad de aplicar el precedente judicial vertical en el sub-analice, ya que, si bien la vinculación primigenia del actor al RAIS se dio en 1997, el órgano de cúspide ha sido claro y reiterativo en precisar que la obligación de información a cargo de las AFP se encuentra prevista desde la creación del SGP. Tampoco que la existencia de cualquier falencia fue superada con la permanencia por espacio temporal considerable en el RAIS, ya que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por la fidelidad dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de permanecer en una y otra administradora de ahorro individual o incluso efectuar trasladados entre éstas, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Suficiente lo expuesto para confirmar la decisión del *A-Quo* en lo que se refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del régimen de prima media al RAIS.

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su momento la AFP Porvenir S.A., con el deber de información, deberá ésta como administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Juan José Ascanio Sepúlveda, devolver todas las prestaciones que del afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

En lo que tiene que ver con los gastos de administración, seguro previsional y los frutos, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, son que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló :*"Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C…"*

Y, como la irregularidad en el acto objeto de debate, se itera fue por conducta indebida de la administradora privada, ésta también debe asumir los deterioros

sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

A partir de lo anterior, no tiene acogida la afirmación de la codemandada perteneciente al RAIS, de que lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual y no los gastos de administración y primas, que si bien es cierto dicen, ingresan a su patrimonio son para remunerar y cubrir los costos y gastos en que incurrieron para tal fin y que de hacerse, originaría su empobrecimiento injustificado, porque como ha quedado elucidado, las irregularidades presentadas en el acto de traslado les son totalmente achacables, debiendo asumir las mermas sufridas por el capital aportado, destinadas a los gastos de administración y primas.

Consulta.

En lo que toca con la prescripción de la acción para deprecar la ineficacia del traslado, debe precisarse que, al tratarse de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la seguridad social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias SL 1689-2019 y SL1421-2019, "*la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).*".

Condena en costas a Colpensiones en primera instancia.

El artículo 365 del Código General del Proceso consagra un criterio objetivo para la imposición de las costas, orientado a que éstas sean cubiertas por la parte que pierde el litigio. Como las pretensiones prosperaron en este juicio, habiéndose opuesto a ello la AFP del RPM no cabe duda que debe ser condenada al pago de las costas del proceso en primera instancia.

En síntesis, como no se encontró que el cambio de sistema pensional se hubiere celebrado con el cumplimiento del deber de información, resulta ajustada a derecho la intelección que, frente a dicho tópico, efectuó el juez de primera instancia, siendo ineludible la confirmación íntegra de dicha decisión.

Por último, con fundamento en el aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas a Colpensiones y Porvenir S.A., por cuanto sus apelaciones resultaron imprósperas. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una $200.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 26 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

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

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 26 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2021-00040-00 promovido por **Luz Stella Acosta** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-.** Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, surtir el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Depreca la actora se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones; lo que resulte probado ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 3 de enero de 1966, y se afilió al régimen de prima media administrado temporalmente por la extinta Cajanal, del que mutó el 20 de marzo de 1998 con destino a la administradora Colpatria (hoy Porvenir S.A.), de la que se trasladó al año siguiente - 5 de octubre de 1999- hacia la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.). **2) Que** nunca fue advertida de los efectos negativos que conllevaba el traslado; indica que dicho movimiento

no fue libre ni voluntario al no mediar una verdadera asesoría sobre los riesgos y consecuencias que acarreaba dicho cambio. Falta de información que dice, revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera nulidad de dicho acto; buen consejo que sostiene, no se perfeccionó con anterioridad al 3 de enero de 2013. **3) Que** peticionó a las convocadas a juicio la nulidad del traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido, admitiendo como hechos ciertos, los relativos a la edad y reclamación administrativa elevada por la actora. Argumentó que ésta se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria. Señaló que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas de las cuales desconoce su veracidad y de las que no existe fundamento que permita la declaratoria de nulidad. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de materializar los efectos de la ineficacia cuando el demandante ya tiene una situación jurídica consolidada o adquirió el status de pensionado en el régimen de ahorro individual, buena fe, prescripción, y la genérica.

Igualmente, **Porvenir S.A.** se resistió a las peticiones. Dijo no constarle ninguno de los hechos. Adujo que la incoante no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime dice, cuando obra formulario de vinculación o traslado suscrito por la misma, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la presencia de vicio alguno de la voluntad. Aduce que la petente se halla inmersa en la causal fáctica de

prohibición legal de traslado. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, e innominada.

Por su parte, la Agencia Nacional del Estado no dio contestación a la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 26 de julio de 2021, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con el fondo de pensiones Porvenir S.A. Condenó a éste a devolver a Colpensiones, en el término impostergable de un mes, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de aquella, como cotizaciones, bonos pensionales, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado del accionante del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas a ambas AFP.

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

RECURSOS DE APELACIÓN: Colpensiones busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó literal e), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al establecer que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la pensión de vejez; evento que satisface la actora al encontrarse en el rango de edad prescrito. En cuanto a la ineficacia del traslado, indica que no es viable,

en la medida que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, ya que, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su artículo 48. Asevera que a partir del acto de traslado, la afiliada contaba con la carga ineludible de ejercer diligencia y cuidado en los casi 20 años que se mantuvo en el RAIS, pudiendo haber probado que realizó actos tendientes a mejorar su situación pensional, lo que no ocurrió aun cuando se trata de una profesional del derecho que debía conocer las implicaciones de permanencia en uno u otro régimen. Añade que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque la entidad tendría que asumir la diferencia monetaria entre la mesada pensional causada en el RAIS de cara a la que llegare a liquidarse en el RPM.

Porvenir S.A. también eleva petición de revocatoria. Manifestó que la ineficacia debe declararse improcedente porque las disposiciones legales vigentes a la fecha del traslado del accionante -1998-, tales como el estatuto financiero y el artículo 13 de la ley 100 de 1993, Decretos 1161 de 1994 artículo 1°, Decreto 692 de 1994 en su artículo 11, si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar la decisión de traslado, dichas normas no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular, siendo como único requisito el formulario de afiliación o traslado que suscribió la demandante que da cuenta de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor acorde a derecho.

Alude que aun cuando existe una doctrina probable del máximo tribunal en lo laboral desarrollada a partir del 2008, no es procedente su aplicación en virtud a que el acto jurídico demandado se realizó con anterioridad, esto es, para el año 1998, siendo imposible exigirse retroactivamente su aplicación. Máxime cuando, afirma, la actora decidió permanecer continuamente en el RAIS por espacio superior a los veinte años, aun cuando el fondo informó a través medios de amplia circulación nacional la posibilidad con que contaban sus

afiliados de retornar al RPM. Pide que, de no acogerse tal argumento, se reconsidere la orden de restitución de frutos y rendimientos porque dice, su producción generó gastos a la AFP que la misma ley reconoce como comisiones de administración por la gestión de los aportes; igual que afirma, sucede, con el seguro provisional aplicado a la cuenta de ahorro individual que se efectúa en favor de un tercero de buena fe. Hechos que cataloga como consumados y por tanto, imposibles de retrotraer. Discute que ningún detrimento de la cuenta del afiliado se puede reputar porque arguye, los rendimientos generados por el RAIS siempre serán superiores a los del RPM en tanto que éste último es un fondo común que no garantiza siquiera la rentabilidad mínima que las AFP están obligadas a reconocer incluso con su propio patrimonio.

Así, advierte que, en virtud a la ineficacia del traslado declarada lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La activa se ratificó en lo propuesto en el líbelo introductor, solicitando mantener incólume el fallo apelado, resaltando que la aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió en el RAIS, por lo que en entendimiento de la jurisprudencia, no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad, que se traduce en la ineficacia del acto jurídico de traslado, en tanto que los fondos, siendo su ineludible carga, omitieron acreditar la veracidad de sus dichos.

Porvenir S.A. replicó los argumentos expuestos en la apelación elevada ante el *a-quo*.

Colpensiones, pese a hallarse debidamente enterada del traslado concedido, omitió presentar alegaciones finales.

3o. CONSIDERACIONES

Deberá establecerse si el traslado de la demandante del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual, antes Porvenir S.A.,

adolece o no del consentimiento informado de aquélla. En ese orden, se verificará también, si resulta viable o no que la encartada del RAIS restituya lo descontado por concepto de gastos de administración, comisiones y primas. Asimismo, si la condena en costas resulta ajustada a derecho.

De la ineficacia del traslado.

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

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

El tribunal de cierre como respaldo a esta regla general que creó en estas decisiones judiciales, argumentó que ese deber de información de las administradoras pensionales existe y es exigible desde la creación de la ley 100

de 1993, mismo que con el transcurrir del tiempo evolucionó para acumular más obligaciones a cargo de las AFP.

Así, identificó la Corte dentro del desarrollo normativo de ese deber de información tres momentos. Inicialmente encontró sustento en el literal b del Art. 13 de la ley 100 de 1993, en cuanto dispuso que la escogencia del régimen pensional por parte de los trabajadores es libre y voluntaria y presuponía el conocimiento a plenitud de las consecuencias de su decisión de traslado. Para ello dice, era necesario que se les describieran al potencial afiliado al momento de asesorarlo, las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; de tal suerte que éste conociera las ventajas y las desventajas de cada uno, inclusive, las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

Así, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad en el sub lite, está en cabeza de la AFP Porvenir S.A., al argumentar la demandante que se omitió información a la hora de trasladarse. Atendiendo entonces, la carga de la prueba mencionada, se hace necesario verificar si el consentimiento que dio Luz Stella Acosta para hacer efectivas la mutación de régimen pensional, fue informada, es decir, si la AFP codemandada cumplió o no con su deber legal de información a partir del precedente judicial de la alta corporación en la especialidad y, de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Se tiene que la accionante suscribió un formulario de afiliación a Colpatria (hoy Porvenir S.A.), el 20 de marzo de 1998 y de ésta AFP a Pensiones Horizonte (hoy Porvenir S.A.) el 5 de octubre de 1999. Espacios temporales

en los que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a la AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que la encartada no le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a ésta desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron al accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

No obstante, ninguna probanza en tal sentido se arrimó, más allá del mismo formulario de afiliación, que en todo caso a nada conducen para ese propósito, pues, el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Acosta de la anotación: "*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones(…)*", como lo señala el órgano cúspide, si bien denota un consentimiento, no se verifica con ello que hubiese sido informado. Situación que ratifica la protagonista procesal al momento de rendir interrogatorio de parte, pues insiste en que no se asesorado porque su afiliación se perfeccionó en 1998 o 1999 a través de un funcionario de Asonal Judicial a cada Despacho Judicial con una funcionaria del fondo privado, indicando que como el ISS se iba a acabar era muy importante trasladarse al fondo, confiándose por la presencia de un compañero de trabajo de Asonal, sin resultar advertida acerca de las ventajas y desventajas del traslado, ni el eventual monto de la pensión de parte de ninguna AFP, acotando que si bien, ha laborado en la rama judicial, su especialidad es el derecho penal. Agregando que a cumplidos los 47 años envió solicitud a Colpensiones por escrito en procura de retornar al RPM pero obtuvo respuesta negativa. Dijo desconocer la diferencia monetaria existente entre una y otra mesada pensional causada en ambos regímenes.

No asumió entonces Porvenir S.A. la carga de desvirtuar, como le correspondía, los hechos aducidos por la deprecante como sustento de su

pretensión, demostrando para ello lo contrario, esto es, que cumplió con su deber de información, toda vez que, no bastaba con que señalara en su contestación de demanda que sí brindó la asesoría en donde le explicó en concreto, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin arrimar medio de convicción alguno. Téngase presente que afirmar no es probar. Debió haber desplegado un importante esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido efectuó. Lo cual no ocurrió.

En conclusión, el fondo de pensiones convocado a juicio, se sustrajo al momento de suscribir el formulario de traslado y en perjuicio de la demandante, de suministrar información relevante con la finalidad de promover su cambio de régimen, es decir, faltó a su deber de ilustrar sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de ellos. No se puede predicar que existió una decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, siendo que tal es un presupuesto de eficacia jurídica de tal acto.

No resulta de recibo en consecuencia, el dicho de Colpensiones sobre la imposibilidad del traslado luego que le faltaren menos de 10 años al afiliado para alcanzar la edad, ya que, de que se trata es de la ineficacia de un acto, valga decir, de la inexistencia del mismo (traslado). Igual suerte corre la afirmación de que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, al realizarse ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su art 48, habida cuenta de que, como ha quedado establecido, si bien pudo existir un consentimiento el mismo no fue informado como lo demanda la jurisprudencia respectiva. Tampoco puede aceptarse que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque ningún medio de convicción se arrimó sobre ello. Menos el que por ostentar la accionante la profesión de abogada debía conocer íntegramente las particularidades de cada régimen y

eventuales desventajas que podrían acarrear, pues como se ha indicado, es a la AFP a la que le corresponde suministrar el buen consejo a sus futuros adeptos.

También se desestima la afirmación de Porvenir S.A. sobre la imposibilidad de aplicar el precedente judicial vertical en el sub-analice, ya que, si bien la vinculación primigenia de la actora al RAIS se dio en 1998, el órgano de cúspide ha sido claro y reiterativo en precisar que la obligación de información a cargo de las AFP se encuentra prevista desde la creación del SGP. Tampoco que la existencia de cualquier falencia fue superada con la permanencia por espacio temporal considerable en el RAIS, ya que, la actuación irregular de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por la fidelidad dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de permanecer en una y otra administradora de ahorro individual o incluso efectuar trasladados entre éstas, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Suficiente lo expuesto para confirmar la decisión del *A-Quo* en lo que se refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del régimen de prima media al RAIS.

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su momento la AFP Porvenir S.A., con el deber de información, deberá ésta como administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Luz Stella Acosta, devolver todas las prestaciones que de la afiliada hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

En lo que tiene que ver con los gastos de administración, seguro previsional y los frutos, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro

individual, son que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló : *"Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C…"*

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

A partir de lo anterior, no tiene acogida la afirmación de la codemandada perteneciente al RAIS, de que lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual y no los gastos de administración y primas, que si bien es cierto dicen, ingresan a su patrimonio son para remunerar y cubrir los costos y gastos en que incurrieron para tal fin y que de hacerse, originaría su empobrecimiento injustificado, porque como ha quedado elucidado, las irregularidades presentadas en el acto de traslado les son totalmente achacables, debiendo asumir las mermas sufridas por el capital aportado, destinadas a los gastos de administración y primas.

Consulta.

En lo que toca con la prescripción de la acción para deprecar la ineficacia del traslado, debe precisarse que, al tratarse de una controversia de índole

pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la seguridad social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias SL 1689-2019 y SL1421-2019, "*la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).*".

Condena en costas a Colpensiones en primera instancia.

El artículo 365 del Código General del Proceso consagra un criterio objetivo para la imposición de las costas, orientado a que éstas sean cubiertas por la parte que pierde el litigio. Como las pretensiones prosperaron en este juicio, habiéndose opuesto a ello la AFP del RPM no cabe duda que debe ser condenada al pago de las costas del proceso en primera instancia.
En síntesis, como no se encontró que el cambio de sistema pensional se hubiere celebrado con el cumplimiento del deber de información, resulta ajustada a derecho la intelección que, frente a dicho tópico, efectuó el juez de primera instancia, siendo ineludible la confirmación íntegra de dicha decisión.

Por último, con fundamento en el aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas a Colpensiones y Porvenir S.A., por cuanto sus apelaciones resultaron imprósperas. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una $200.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 26 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

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

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

ELVER NARANJO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 101, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de octubre de 2021.

_____

Secretario