

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 28 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-001-2019-00378-00, promovido por **Andrés Arévalo Ramírez** contra **Indumax de Colombia S.A.S.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 35 al 39): Depreca el accionante se declare que sostuvo una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido con la convocada a juicio desde el 18 de septiembre de 2018. Como consecuencia de ello, solicita se ordene a la demandada a reportar la enfermedad que padece a la respectiva ARL para que determine su origen, cancelar los reajustes de los salarios y seguridad social correspondiente a los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y la genérica.

Adujo para ello: **1) Que** inició con la accionada una relación laboral el 18 de septiembre de 2018, siendo vinculado para desempeñar labores de hornero (cargar y descarga de carbón a altas temperaturas), pactando un salario mensual por destajo de un promedio de \$1.700.000 **2) Que** la labor encomendada fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario señalado de 8 am a 6 pm y los sábados de 8 am a 12 pm., y, durante el tiempo de servicio no se presentaron descargos, queja alguna o llamado de atención. **3) Que** en febrero del año un curso comenzó a sentir molestias en sus extremidades superiores “un cosquilleo” y pérdida de fuerza, situación que le manifestó a los encargados de salud ocupacional de la empresa, pero no fue remitido a centro médico, y por ello, de sus propios medios solicitó permiso y asistió al hospital. Que posteriormente fue remitido a una cirugía de túnel carpiano y sus incapacidades se extendieron hasta agosto del 2019. **4) Que** durante el tiempo que estuvo incapacitado le empresa de manera arbitraria y sin mediar explicación alguna le desmejoró su salario, recibiendo como remuneración el mínimo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: (Fls 163 al 167) Idumax de Colombia S.A.S. se opuso a la totalidad de las pretensiones. Indicó que con el actor celebraron un contrato de trabajo a término indefinido, lo que demuestra la existencia de una relación laboral a partir del 25 de septiembre de 2018. Indicó que desde el 26 de julio de 2019 y hasta la fecha, el susodicho se encuentra reubicado conforme a las recomendaciones ocupacionales y desarrollando las labores de riego de plantas, limpieza, recoger basura, clasificación de desechos, ubicación en el punto de acopio y ayudante de circulación. Manifiesta que el accionante devenga un salario promedio mensual de \$1.129.540. Sostiene que se acordó la remuneración por destajo en función a lo que el trabajador laborara en el mes. Dice que sí fueron reportadas a la empresa incapacidades pero por un accidente de tránsito ocurrido el 29

de enero de 2019, el cual acompañó con su historia clínica en el que le diagnosticaron contusiones en distintas partes de su cuerpo y de manera específica de hombro y del brazo. Preciso que no es cierto que el trabajador estuvo incapacitado de manera continua e ininterrumpida desde febrero a agosto del 2019 por 240 días. Concluyó que se ha cancelado de forma adecuada tanto aportes a la seguridad social, el salario a destajo por la labor desempeñada y los días de incapacidad otorgados que corresponden a una tasa 66,66% mensual por tratarse de una enfermedad diagnosticada de origen común. Esgrimió las excepciones que denominó: inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, el 28 de junio de 2021, declaró la existencia entre los litigantes de una relación laboral regida por un contrato a término indefinido a partir del 24 de septiembre de 2018 y, absolvió a la pasiva de las pretensiones declarando probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido.

Consideró que al trabajador le fue cancelado el valor de las incapacidades de manera legal según el contenido de las nóminas de pago. Indicó que la pérdida de capacidad laboral no es de origen laboral sino común, razón por la que no se pueden pagar las incapacidades en un 100% sino en un 66%, no siendo obligación de la empresa reportar la enfermedad padecida por el demandante a la ARL de acuerdo a lo establecido en el artículo 62 del Decreto 1295 de 1994. Dijo que la suma de las incapacidades no excede los 180 días y según lo establecido en el artículo 227 del CST, el valor de la incapacidad médica son las 2/3 partes, que, en efecto, equivalen al 66%. A su juicio, se encuentra probado el monto del pago efectuado en favor del demandante de acuerdo con los artículos 227 y 228 del CST y el contenido traído sobre los valores cancelados con el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual arroja que es de

origen común. Concluyó que el demandante no logró probar que dicho promedio hubiese sido mayor teniendo en cuenta que su salario es variable.

RECURSO DE APELACIÓN: El demandante interpone el recurso de apelación buscando se condene a Indumax de Colombia S.A.S. al pago de las incapacidades por un monto superior al reconocido por el empleador. Dice que la interpretación que hizo el *a-quo* del artículo 228 del CST es equivocada porque según la norma, para calcular el promedio cuando se trata de un salario variable, se debe partir del año de servicio anterior a la fecha en la cual empezó la incapacidad o durante todo el tiempo de incapacidad si no alcanzare un año. Indicó que al momento en que había sufrido la primera incapacidad todavía no había transcurrido un año, y como el despacho y la pasiva están promediando con un año de servicio, siendo que la primera incapacidad en febrero de 2019, se le estaría afectando el mínimo vital debido a que antes de presentar la incapacidad estaba devengando un salario superior. Manifestó que las primeras incapacidades presentadas fueron en febrero del 2019, y como se probó en el proceso la relación laboral inicio el 25 de septiembre de 2018.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La parte demandante, replicó los argumentos expuestos en la apelación que elevó ante el *a-quo*. La convocada a juicio pidió confirmar la decisión de primer grado.

3o. CONSIDERACIONES

No es objeto de controversia en el presente proceso que (i) el demandante fue vinculado por la empresa enjuiciada mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 25 de septiembre de 2018 bajo la modalidad de pago por destajo (fl 57 a 62), (ii) que fue diagnosticado con síndrome de túnel carpiano “*con sensación de hormigueo en mano derecha e izquierda ... debilidad muscular para movimientos de flexión y extensión de falanges con mayor sensación de hormigueo en falanges digitales (...)*”

(fl 9 al 11) y que (iii) con ocasión de su estado de salud estuvo incapacitado por dicha enfermedad de origen común desde enero de 2019 hasta la fecha del reintegro laboral el 24 de julio de 2019 (fl. 65). En ese orden y en consonancia con la apelación, el problema jurídico consiste en determinar si el pago del auxilio monetario por incapacidad comprobada de que trata el artículo 227 del CST, fue realizado o no en concordancia con lo dispuesto en el artículo 228 ibídem.

Señala el artículo 227 del CST: **“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.”**

A su vez el contenido del artículo 228 del mismo cuerpo legal enuncia: **“ARTICULO 228. SALARIO VARIABLE.** *En caso del que el trabajador no devengue salario fijo, para pagar el auxilio por enfermedad a que se refiere este Capítulo se tiene como base el promedio de lo devengado en el año de servicio anterior a la fecha en cual empezó la incapacidad, o en todo el tiempo de servicios si no alcanzare a un (1) año.”*

Se colige de la normativa reseñada, que cuando se trata de una incapacidad debidamente acreditada y su origen es común, es decir no laboral, el trabajador tendrá derecho a que le sean reconocidas 2/3 partes del salario devengado por concepto de auxilio durante los primeros 90 días y la mitad del salario por el tiempo restante, esto es hasta los 180 días, los cuales serán a cargo de su empleador. Esto bajo la observancia de que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-543 de 2007, declaró condicionalmente exequible tal disposición en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente

Ahora, cuando el salario del trabajador es variable, el cálculo deberá hacerse de acuerdo al promedio de lo devengado durante el último año de servicio anterior a la fecha que inició la incapacidad o durante el todo tiempo de servicios sino no alcanzó tal lapso. Así, resulta entonces necesario determinar (i) la fecha de la primera incapacidad generada, (ii) la relación de los salarios devengados durante el vínculo laboral con antelación a la fecha de la primera incapacidad, (iii) si percibió ingresos superiores al SMLMV, y si es así, establecer si excedieron los 90 días de incapacidad.

En el sub analice, se tiene que la primera incapacidad surgió el 29 de enero de 2019 y el actor fue reintegrado laboralmente el 24 de julio de 2019 (fl 65), lo cual arroja un total de 119 días tal como se observa a continuación:

Fechas incapacidades	Días incapacidades	Folios exp digital
29/01/2019 – 1/02/2019	4	86
4/02/19 – 6/02/19	3	89
3/03/19	1	91
22/03/19 – 24/03/19	3	94
31/03/19 – 2/04/19	3	98
4/04/19 – 8/04/19	5	102
8/04/19 – 10/04/19	3	105
12/04/19 – 25/04/19	14	114
27/04/19 – 10/05/19	14	113
13/05/19 – 22/05/19	10	122
23/05/19 – 1/06/19	10	120
02/06/19 – 11/06/19	10	125
12/06/19 – 21/06/19	10	128

22/06/19 – 1/07/19	10	130
03/07/19 – 12/07/19	10	132
13/07/19- 15/07-19	3	134
16/07/19 – 21/07/19	6	136
Sumatoria días de incapacidad	119	

Como para el presente caso el actor devengaba un salario variable, resulta procedente la aplicación del artículo 228 del CST, teniendo en cuenta todo el tiempo laborado con anterioridad a la fecha de la primera incapacidad (29 de enero de 2019), esto es 4,5 meses, valga decir, menos de un año, como lo deja ver el siguiente cuadro:

Fechas laboradas con antelación a las incapacidades	Salario
25/09/18– 30/09/18 (5 días)	\$161.390
1/10/18 – 15/10/18	\$655.815
16/10/18 – 30/10/18	\$842.782
1/11/18 – 30/11/18	\$779.295
1/12/18 – 15/12/18	\$671.776
16/12/18 – 31/12/18	\$699.117
1/01/19 – 15/01/19	\$826.999
16/01/19 – 28/01/19	\$640.454

Meses laborados con antelación a la primera fecha de incapacidad	Total devengado del 25/09/18 hasta el 28/01/19 (fechas anteriores a la primera incapacidad)	Promedio devengado
4,5	\$5.277.628	\$1.172.806

Como queda visto, el salario que el actor percibió en promedio antes de la primera incapacidad fue de \$1.172.806, siendo para el 2019 el salario mínimo de \$828.116.

En ese orden al aplicar sobre dicho monto las 2/3, esto es, el 66,67% se obtiene un salario promedio de \$781.909. Monto que resulta inferior al mínimo legal para la época (2019), por lo que deberá incrementarse a \$828.116 (SMLMV). Cantidad que debió percibir el demandante durante el tiempo de incapacidad.

De esta manera las cosas, resulta necesario proceder a revisar si esos fueron los valores recibidos por el actor durante ese lapso de tiempo. Al efecto se tiene:

Mes	Auxilio devengado	Auxilio del artículo 227 CST	Diferencia
Enero 29 y 30 del 2019	\$45.746	\$55.207	\$9.461
Febrero de 2019	\$912,755		
Marzo 2019	\$759.114	\$828.116	\$69.002
Abril 2019	\$770.259	\$828.116	\$57.857
Mayo 2019	\$711.868	\$828.116	\$116.248
Junio 2019	\$761.868	\$828.116	\$66.248
Después de los 90 días			
A Julio 23 de 2019 (23 días)	\$595.982	\$634.888	\$38.906
Total diferencia a pagar			\$357.722

De acuerdo con los cálculos señalados y las pruebas aportadas en el pago efectuado por auxilio de incapacidad entre el 29 de enero de 2019 y el 23 de julio del mismo año (fl 68 al 82), a favor del demandante se presenta una diferencia igual a \$357.722, la cual deberá pagar la pasiva de manera indexada.

En virtud de lo reseñada, se procederá a modificar la providencia del 28 de junio de 2021 en cuanto absolvió a la parte demandada de la totalidad de las súplicas, para en su lugar condenar al pago de \$357.722 por concepto del auxilio por incapacidad de que trata el artículo 227 del CST. Se declararán probado parcialmente los medios exceptivos de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se absolverá de condenar en costas al demandante Andrés Arévalo Ramírez por salir avante en su apelación.

4.º DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 28 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta respecto a los numerales segundo y tercero, para en su lugar declarar probadas parcialmente las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido. Condenar a Indumax de Colombia S.A.S. al pago de \$357.722 a favor del actor, por concepto de auxilio por incapacidad en los términos del artículo 227 del CST. Se confirma en lo demás.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE.

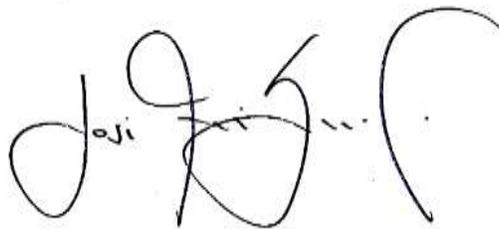
Los magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

Melissa M.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 12 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-001-2019-00426-00, promovido por **Patricia Laura María del Socorro Ángel Rodríguez** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, surtir el grado de jurisdicción de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue apelado por ésta.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 43 a 47): 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. En forma subsidiaria, persigue el pago de indemnización por los perjuicios ocasionados o la diferencia monetaria entre la mesada pensional reconocida en el RAIS de cara a la que le correspondería en el RPM.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 25 de agosto de 1956, y el 14 de mayo de 1991 se afilió al régimen de prima media administradora por el otrora ISS, del que mutó con destino a la administradora Protección, el 1° de junio de 1999, sin que mediara una verdadera asesoría o mínima ilustración sobre los riesgos y consecuencias que acarrearía el cambio; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, voluntaria, ni libre. Al igual que sucedió con los movimientos efectuados con posterioridad, dígase, ante Porvenir S.A., el 1° de marzo del 2000, y luego hacia Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. **2) Que** el 2 de octubre de 2019, la última AFP le entregó la simulación de reconocimiento pensional en el RAIS cuyo resultado arrojó mesada de \$921.000, que resulta bastante desfavorable comparada con la que le hubiese correspondido en el RPM (\$5.330.339). **4) Que** formuló ante las tres administradoras de pensiones convocadas a juicio, petición de nulidad del traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: Colpensiones se opuso a las pretensiones (fls. 74-79). Admitió las circunstancias fácticas relativas a la edad de la actora, la data de afiliación al RPM, los distintos traslados efectuados ante el RAIS y el reclamo administrativo elevado. Argumentó que la actora se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria y, se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen establecida en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que, está a menos de diez años para pensionarse. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. igualmente resistió las súplicas (fl. 145-152). Indicó no constarle ninguno de los hechos, con excepción de la petición de traslado elevada por la actora. Adujo que ésta no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación suscrito por

aquella en 1999, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la ocurrencia de cualquier vicio de la voluntad. Además, en forma posterior hubo traslado entre administradoras del RAIS, lo que evidencia que decidió permanecer en este régimen. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada.

Protección S.A. también se opuso a la pedido (fls. 163 a 171). Reconoció como ciertos los hechos atinentes a la data de afiliación de la demandante en el RAIS y su petición de retorno al RPM; de los demás aseguró no constarle. Señaló que la incoante de manera libre y voluntaria suscribió la vinculación al RAIS en 1999 con el pleno conocimiento y suficiente ilustración, sin que la simple inconformidad con el régimen seleccionado de lugar a la ineficacia del traslado que se pretende. Formuló como excepciones: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de, e innominada.

Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. no dio respuesta al libelo genitor.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el 12 de agosto de 2021, resolvió declarar la “ *nulidad e ineficacia* ” de las afiliaciones al régimen de ahorro individual que la accionante surtió primeramente con el fondo de pensiones Davivir, hoy Protección, luego ante Porvenir S.A. y posteriormente hacia Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. Condenó a dichos fondos privados a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y

todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Asimismo, asumir los deterioros sufridos por el bien administrado (en caso de que se hubieren causados), mermas del capital destinado a financiar la pensión de vejez del demandante, por los gastos de administración en que haya incurrido, en los términos del artículo 963 ibídem. De igual manera, ordenó a Colpensiones que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado de la accionante del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas a las demandadas.

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

RECURSOS DE APELACIÓN: Las administradoras del RAIS, Protección, Porvenir S.A. y Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. aspiran a que se revoque la decisión. Coinciden en que las disposiciones legales vigentes a la fecha del traslado de la actora, tales como el estatuto financiero y el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar la decisión de traslado, dichas disposiciones no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular; de modo que resulta suficiente el formulario de afiliación o traslado que suscribió la demandante, que da cuenta de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor, luego, aducen que no es cierto que se haya omitido dar una información suficiente para que aquella tomara la decisión de traslado. Aseguran que como están estructurados los

regímenes pensionales en la ley 100 de 1993, resulta imposible que en el año 1999, cuando la actora estaba comenzado a construir su pensión, se pudiese hacer una proyección de cómo sería la prestación económica y si iba a ser mejor o no en un régimen que en otro.

En relación con la devolución de sumas adicionales, dentro de las que se encuentran los gastos de administración, refieren que, si bien es cierto ingresan al patrimonio del fondo de cesantías, ellos son para remunerar y cubrir los costos y gastos, que esa producción de rentabilidad, que también se ordena trasladar a Colpensiones, incurrió el fondo para lograrla, eso compaginado con lo señalado en el artículo 964 del Código Civil, que prevé que en toda restitución de frutos se abonará a quien la hace, los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos, que para el caso en concreto son los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el seguro previsional. Así las cosas, concluyen que en virtud a la ineficacia del traslado declarada, lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual.

La aspiración de Colpensiones también es derruir la decisión de primer grado. Manifestó que el traslado pretendido no es viable, en la medida en que, a la actora le faltan menos de diez años para adquirir el derecho pensional, situación que legalmente impide la aludida mudanza. Depreca igualmente se le exonere de la condena en costas, debido a que no tiene responsabilidad frente a las peticiones de aquella.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Patricia Laura María del Socorro Ángel Rodríguez, se ratificó en lo propuesto en el líbelo introductor, solicitando mantener incólume el fallo apelado.

Colpensiones alega que la declaratoria de ineficacia de traslado no resulta procedente, dado que a la fecha, el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad goza de plena validez en tanto se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal b de la ley 100/93 y según el artículo 48 de la ley 1328 del

2009 que modificó los literales c) y d) del artículo 60 de la ley 100 de 1993. Refiere que ha actuado con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas, de modo que no resulta dable que en el caso de marras se le imponga condena en costas.

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

La AFP Protección y Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. omitieron presentar alegaciones finales.

3o. CONSIDERACIONES

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

El tribunal de cierre como respaldo a esta regla general que creó en estas decisiones judiciales, argumentó que ese deber de información de las administradoras pensionales existe y es exigible desde la creación de la ley 100 de 1993, mismo que con el transcurrir del tiempo evolucionó para acumular más obligaciones a cargo de las AFP. En ese orden, identificó la Corte dentro del desarrollo normativo de ese deber de información tres momentos a saber, iniciando con el que en principio encontró sustento en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 en cuanto dispuso que la escogencia del régimen pensional por parte de los trabajadores es libre y voluntaria y presuponía el conocimiento a plenitud de las consecuencias de su decisión de traslado, para

ello era entonces necesario que se les describieran al potencial afiliado al momento de asesorarlo, las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; de tal suerte que éste conociera las ventajas y las desventajas de cada uno, inclusive las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

Acreditado se tiene que la incoante suscribió un formulario de afiliación a ING (hoy Protección), el 22 de abril de 1999, el 28 de enero del 2000 otro documento de igual naturaleza ante Porvenir S.A., y posteriormente un tercer escrito para mutar hacia Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. 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 AFP encartadas le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a éstas desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron a la accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

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

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

En conclusión las citadas AFP se sustrajeron al momento de suscribirse los formularios de traslado y en perjuicio de la actora, de suministrar información relevante con la finalidad de promover su cambio de régimen, es decir faltaron

a los deberes de ilustrar sus características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de ellos, de manera que no se puede predicar que existió una decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, siendo que ello es un presupuesto de eficacia jurídica de tal acto. Suficiente lo expuesto para confirmar la decisión del *A-Quo* en lo que refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del Régimen de prima media al RAIS.

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

Aclarado el anterior contexto, se tiene que frente a la afirmación de las AFP Porvenir S.A. y 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.

Tampoco es de recibo la tesis planteada por Colpensiones en cuanto alude a la imposibilidad de traslado del afiliado al que le falten menos de 10 años para

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

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

Se colige así, que al determinarse que como el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su momento la AFP ING (hoy Protección), Porvenir S.A., ni en su oportunidad Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A., con el deber de información, deberá ésta como última administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Patricia Laura María del Socorro Ángel Rodríguez, devolver todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Véase que en lo que refiere a los gastos de administración, seguro previsional y los frutos, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló :*“Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...”*

Y, como la irregularidad en el acto objeto de debate, se itera fue por conducta indebida de las administradoras privadas, éstas también deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Siendo claro así, que no tiene asidero la afirmación de la apelante quien indica que no se dan los presupuestos para que opere la restitución mutua del código civil.

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 íntegro reconocimiento. Así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia

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

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, Protección, Porvenir S.A. y Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A., por cuanto sus apelaciones resultaron imprósperas. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una \$400.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costar Colpensiones, Porvenir S.A., Protección y Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de \$400.000 a cargo de cada una de ellas. Líquidense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Fuero Sindical - Rad. 54-001-31-05-001-2020-00212-01

Demandante: Corporación Universidad Libre

Demandado: Mario Jácome Sagra

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Atendiendo a que a la fecha el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta no ha dado respuesta al requerimiento efectuado por esta Sala en octubre de la calenda que avanza, se ordena requerir nuevamente a la dependen judicial para que:

“en el término improrrogable de cinco (5) días, proceda a remitir copia de la demanda, contestación y sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso especial de fuero sindical con radicado único nacional No. 54001 31 05 001 2009 00347 00”.

Por la secretaria de la Sala expídase el oficio referido.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

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



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 9 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-001-2021-00009-00 promovido por **Jefran Eduardo Lobo Flórez** contra la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: **Depreca** el actor, se condene a la administradora de pensiones demandada a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes en su calidad de hijo mayor con estudios causada por la muerte de su madre Nidia Esperanza Flórez Meza, desde el 11 de enero 2019 hasta que cumpla los 25 años. También los intereses de mora e indexación.

Adujo para ello: **1) Que** es hijo de Nidia Esperanza Flórez Meza, fallecida el 11 de enero de 2019. **2) Que** su madre se encontraba afiliada a Porvenir S.A.; entidad a la que el 12 de marzo de 2019 petitionó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su calidad de hijo mayor con estudios, obteniendo respuesta negativa el 10 de abril de 2019. **3) Que** la fallecida cotizó al subsistema de pensiones, 50 semanas dentro los tres años previos al deceso, dejando causado el derecho a la pensión de sobrevivientes. **4) Que** Porvenir S.A. fundamentó su negativa, en la existencia del reporte como cotizante activo a la fecha del siniestro en la plataforma FOSYGA. **5) Que** ha estudiado desde el 2018 la carrera de Comercio y Negocios Internacionales, cursando

quinto semestre con una intensidad horaria de más de 50 horas semanales en la Universidad Simón Bolívar. **6) Que** es huérfano de padre y madre, que dependía económicamente de su señora madre y al momento del deceso de la causante no se encontraba laborando. **7) Que** ha incurrido en numerosos préstamos y créditos con amigos y familiares con el fin de culminar sus estudios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: Porvenir S.A. se opuso a las peticiones arguyendo que en la investigación administrativa se pudo corroborar que el actor es cotizante del régimen contributivo en salud en calidad de trabajador dependiente desde 10 de diciembre de 2015 hasta el 30 de julio de 2019, concluyendo que no hay dependencia económica de la afiliada fallecida. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, improcedencia del cobro de intereses de mora, prescripción, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del 9 de agosto de 2021, condenó a Porvenir S.A. a pagar al demandante la pensión de sobrevivientes, a partir del 11 de enero de 2019 hasta que cumpla los 25 años. También dispuso los incrementos legales y los intereses moratorios. Gravó en costas a la pasiva.

Consideró probada la calidad de estudiante, así como la dependencia económica del actor respecto de la afiliada fallecida. Llegó a estas conclusiones teniendo en cuenta los testimonios, el interrogatorio de parte y los documentos aportados. Probanzas a partir de las cuales concluyó, que la falta de colaboración económica de la causante, produjo una merma en la calidad de vida de aquél, inclusive teniendo que cambiar de carrera profesional. Arguyó que la jurisprudencia del tribunal de cierre ha señalado

que el beneficiario no ha de estar en una situación de indigencia total para predicarse la dependencia económica.

RECURSO DE APELACIÓN: Porvenir S.A. impugnó las condenas pidiendo sean revocadas y se le absuelva. Dijo que el reconocimiento pensional no se ajusta a derecho porque el accionante no logró acreditar los requisitos de dependencia económica al momento del fallecimiento, y, la incapacidad para trabajar por razón de sus estudios, tal como lo contempla la normativa. Señaló que en la investigación administrativa verificó, que el demandante laboró para la empresa JYN Soluciones Express SAS y Estrategia Empresarial SAS, estando afiliando a EPS, ARL y CCF. Aseveró que los testimonios decretados y practicados no son suficientes para respaldar las pretensiones, cuando la prueba ideal es la documental, aunado al hecho que todos los testigos fueron contestes en manifestar que efectivamente el actor sí trabajaba. Arguyó que el empleo del actor, demuestra claramente que no se encontraba en incapacidad de trabajar por razón de sus estudios al momento del deceso. Echó de menos la dependencia económica del susodicho respecto de la causante, pues, afirma, que no se demostró administrativa ni judicialmente la cuantía, periodicidad y la subordinación. Peticionó que en caso de mantenerse la condena impuesta, se revoquen los intereses moratorios, ya que, a su juicio, fue en este proceso judicial que se acreditaron los elementos constitutivos de la pensión de sobrevivientes y por lo tanto no existe mora en el reconocimiento de la mesada pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Porvenir S.A. replicó los argumentos sostenidos en la contestación de la demanda y el recurso de apelación. EL extremo activo obvió presentar alegaciones finales, pese a hallarse enterado del traslado concedido para tal fin.

3o. CONSIDERACIONES

No siendo objeto de controversia que la afiliada a Porvenir Nidia Esperanza Flórez Meza, al momento de su fallecimiento (11 de enero de 2019) había cotizado para los riesgos de vejez, invalidez y sobrevivientes un total de 476 semanas y 149 en los últimos 3 años, ni que el actor es hijo de la misma y tiene en la actualidad 22 años, conforme al registro civil visto a folio 13, a partir de lo decidido en primera instancia y la fundamentación de la alzada, corresponde establecer si **Jefran Eduardo Lobo Flórez** es o no beneficiario de la prestación de sobrevivientes. En caso afirmativo, si proceden o no los intereses de mora reclamados y la condena en costas.

En tal ruta, necesario se hace dejar en claro cuáles son las exigencias tanto de orden legal como fáctico que han de colmarse. Así se tiene que el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al hacer referencia a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, menciona en su literal c) del inciso primero: *“Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993”*. Regulación pertinente dada su vigencia para el 11 de enero de 2019, momento del fallecimiento de Nidia Esperanza Flórez Meza,

Como queda visto, en las circunstancias reseñadas, quien pretenda hacerse acreedor de una pensión de sobrevivientes esgrimiendo la calidad de descendiente, debe probar la misma al momento del obitamiento, y, además

demostrar que se encuentra dentro de los parámetros etarios, la dependencia económica respecto del causante y la imposibilidad de trabajar en razón de sus estudios.

Mención especial merece el concepto de dependencia económica del causante. Ha de decirse sobre tal, que no se trata de “*una dependencia absoluta y total*”, sino de diseccionar entre la enorme variedad de matices que encierra la realidad de la vida, y la multiplicidad de factores que convergen a solventar las necesidades de una familia, para establecer si el reclamante alcanza un grado de sostenimiento autosuficiente, que según la jurisprudencia, es la única condición que puede valer para desvirtuar la pretendida condición de beneficiario”. (Eduardo López Villegas, Seguridad Social, teoría crítica, página 217).

Sobre el particular el órgano cúspide en su especialidad laboral reseñó: “...*la dependencia económica, no es sinónimo de carencia absoluta de recursos económicos, ni equivale a indigencia o miseria, ni se opone a que una persona reciba un ingreso adicional en razón de su propio trabajo o actividad. Lo determinante, como ya se dejó apuntado, es definir si ese ingreso adicional otorga autosuficiencia económica y por tanto, no necesita de auxilio o protección de otra persona*” (Sentencia de octubre 8 de 2008, radicado 34024).

En lo que tiene que ver con la calidad de estudiante que imposibilita para trabajar, se ha de entender como una protección especial de un estadio de la vida en el que la persona se prepara para ingresar al mundo laboral, se forma académicamente para adquirir destrezas o título para ejercer oficio o profesión. Tal condición (estudiante), se debe acreditar mediante la matrícula en un establecimiento de educación aprobado por el gobierno nacional en los términos del Decreto 1889 de 1994.

Por manera que cuando se llega al caso concreto y se tiene que el testigo **Luis Flórez Agudelo**, quien dijo ser vigilante, abuelo del demandante. Manifestó que su hija era vigilante, que se encontraba afiliada a la seguridad social y que únicamente procreó ese hijo. Indica que su nieto estudia una técnica empresarial de contaduría en el Instituto Sin Fronteras, cursando el segundo semestre. Indicó que le está pagando la carrera actual y que tuvo que dejar la carrera de comercio internacional en la Universidad Simón Bolívar por problemas económicos. Sostiene que siempre ha estudiado. Señaló que el demandante trabajó en un parqueadero haciendo unas vacaciones a un amigo con la finalidad de poder ayudar con medicina para su madre. Dijo no saber si el susodicho fue afiliado a la seguridad social y desconoce quién fue el empleador.

Igualmente **Luz Adriana Fonseca Guerrero**, quien indica que trabaja en un almacén, que conoció a la causante y es suegra del demandante. Señaló que el referido es hijo único, que siempre ha vivido con los abuelos y con la madre cuando esta vivía. Que el mencionado estudia una carrera técnica en el Instituto Sin Fronteras, y que tuvo que abandonar los estudios de Comercio Internacional en la Universidad Simón Bolívar. Señaló que el actor tuvo que trabajar en un parqueadero para ayudar con el tratamiento de su madre; que éste nunca ha trabajado porque dependía de la causante. Manifestó que no conoce quién fue el empleador del demandante.

Y **Heidi Johanna Rivera Villamizar**, quien dijo trabajar como técnico asistente administrativo y ser tía política del actor. Sostuvo que éste siempre vivió con la mamá y actualmente con los abuelos. Relata que el padre del mismo falleció y que no conoce de la existencia de otros hijos. Informó que el actor siempre ha estudiado, que trabajó para apoyar económicamente el tratamiento de la señora Nidia mientras estuvo incapacitada pero que siempre

ha dependido de ésta y actualmente de los abuelos. Que la causante era quien asumía todos los gastos de su hijo. Que con ocasión de la muerte de la señora Nidia, el actor tuvo que cambiar a una carrera técnica y que actualmente solo se dedica a estudiar. Indicó que el actor solo trabajó haciendo unas vacaciones y desconoce quién fue el empleador.

A su turno, **Jefran Eduardo Lobo Flórez** refirió que la única vinculación laboral que tuvo, fue al realizar unas vacaciones en el 2018 cuando su madre se enfermó de los ovarios y matriz. Indicó que laboró para la empresa JYN Soluciones Express S.A.S., que no estuvo afiliado a la seguridad social. Respondió que tiene una cuenta en el Banco Caja Social y que allí no recibía sueldo alguno. Manifestó que trabajó unos días de octubre y mes completo de noviembre de 2018, por lo cual devengó un salario mínimo.

Que aparecen como pruebas documentales: cédula de ciudadanía, registro civil de nacimiento y de defunción de Nidia Esperanza Florez Meza (fls. 8-11); Documento de identificación, registro civil de nacimiento de Jefran Eduardo Lobo Florez (fls. 12-14). Registro civil de defunción Rafael Eduardo Lobo Tarazona (fl. 15-16); Certificado estudiantil en el programa Comercio y Negocios Internacionales de la Universidad Simón Bolívar, como matriculado y activo en el 3, 4 y 5 semestre (fl. 17-19); Declaración extra judicial rendida por Luz Adriana Fonseca Guerrero (fls. 20-21); Declaración extra judicial rendida por Pedro Ramón Galvis Jauregui y Heidi Johanna Rivera Villamizar (fl. 22); Formulario Porvenir Reclamación de prestaciones económicas (fls. 23-28); Respuesta negativa de Porvenir SA, frente a la solicitud pensional (fl. 29); Solicitud de información (fl. 30); Respuesta a la petición de información y pago de auxilio funerario (fls. 31-36); Consulta afiliados ADRES del actor (fl. 37). Las documentales aportadas por la demandada se tienen (Expediente digital archivo “Expediente Nidia Esperanza Florez Meza”): Historia Laboral

Consolidada (fls. 1-4); Relación de semanas aportadas (fls. 5-13); Reclamación de auxilio funerario (fls. 14-45); Reclamación pensional y documentos anexos a la reclamación (fl. 46-118); Respuesta negativa a la solicitud pensional (fl. 119); Reiteración a la solicitud pensional (fl. 120); Constancia laboral y planilla de pagos al SGSSS del actor. (fl. 121-127); Comunicaciones cruzadas con el demandante y su apoderado, y oficios que resuelven la prestación (fls. 128-143); Resultados de las investigaciones desplegadas por Porvenir S.A. (fls. 144-149). Certificaciones Registraduría Nacional del Estado Civil (fls. 150 a 153); Consulta afiliados ADRES de Nidia Florez (fl. 154); Consulta afiliados ADRES del actor (fl. 155); Consulta afiliados ADRES de Rafael Lobo (fl. 156); Consulta Afiliados Compensados del actor (fl. 157); Consulta afiliaciones de una persona en el sistema RUAF (fl. 158); Certificaciones Universidad Simón Bolívar y verificación (fls. 159-161).

Es claro, que, del análisis de este quantum probatorio, la conclusión a la que se arriba no es una diferente a la del juez *A Quo*, pues el demandante dependía económicamente de su progenitora al momento del fallecimiento y se encontraba cursando una carrera profesional estando por ello incapacitado para trabajar. En efecto, nótese que los testimoniantes arrimados al proceso y sobre los cuales no recae tacha alguna, fueron contestes en afirmar que el sueldo devengado por la causante era la única fuente de ingresos, hasta el punto que cuando esta se enfermó, el actor ingresó a laborar con la finalidad de ayudar a solventar los gastos del tratamiento. La declarante Rivera Villamizar afirma fehacientemente que la obitada, asumía los gastos de su hijo siendo su sueño verlo profesional, en igual sentido se expresa el abuelo del demandante, quien señaló que su nieto siempre ha estudiado siendo el único oficio de este, que si bien laboró unos días, fue con la intención de apoyar en los gastos del tratamiento de su madre, idénticas manifestaciones realizó la

suegra del susodicho, denotándose claramente la dependencia requerida por la normativa.

Lo referenciado, también se halla en lo dicho por el actor en el interrogatorio absuelto en el que afirmó que la única vinculación laboral que tuvo, fue al suplir unas vacaciones en unos días de octubre y mes completo de noviembre de 2018, cuando su madre enfermó de los ovarios y matriz, devengado un salario mínimo que usó en el tratamiento de su progenitora, información laboral que concuerda con las planillas de aportes a seguridad social y las consultas al ADRES y RUAF que usa la pasiva como fundamento de su apelación.

Es del caso indicar, que el laborío desempeñado por el actor en un servicio temporal como lo fue suplir unas vacaciones en un periodo de 45 días (Constancia laboral y planilla de pagos al SGSSS fl. 121-127), en ningún momento lo convierten en autosuficiente, pues según lo probado, no fue permanente, el destino de estos devengos fue para ayudar en el tratamiento de su señora madre quien se encontraba incapacitada para ese entonces, no superaba el salario mínimo mensual, es de acotar que los mismos no alcanzarían a suplir el pago de un semestre de la carrera universitaria del demandante; Afianzando la dependencia hacia la obitada.

Al respecto el máximo órgano constitucional en un caso de idénticos facticos al de marras, acude al “*principio de solidaridad familiar*”, explicando que es viable omitir la obligación legal de ejercer las actividades académicas para el momento en que se genera el deceso del progenitor, imponiéndole la carga probatoria de acreditar que la suspensión fue consecuencia directa del acompañamiento y cuidado que el solicitante suministró al causante. (Sentencia SU 543 de 2019).

Por otro lado, la sentencia SL3315 de 2020, la Sala Laboral de la CSJ, en un caso de contornos parecidos al aquí decidido, señaló que “(...) Además, *La prestación de sobrevivientes tiene por finalidad permitir que el aporte esencial o necesario que el asegurado suministraba en vida a sus beneficiarios, sea continuado luego de su muerte, no para que tales beneficiarios se enriquezcan, sino para que puedan seguir llevando una vida en condiciones de dignidad, como la que tenían antes de la muerte del aportante...*”. Al realizar un nuevo análisis del acervo probatorio, está claro que las consecuencias del fallecimiento afectaron las condiciones de vida del actor hasta el punto que suspendió el estudio de una carrera profesional e inició una técnica, pues según lo manifestado por los declarantes, era mucho más económica. Obsérvese que en este asunto hay unanimidad entre los testigos.

En consonancia con el problema jurídico planteado, las certificaciones emitidas por el claustro universitario logran determinar que el demandante estaba adscrito a un programa de pregrado que, con expectativas legítimas, estaba presto a culminar. Anheló que se vio suspendido con el fallecimiento de su madre. De la documental vista a folios 17-19 se logra extraer que el actor se encontraba vinculado a la Universidad Simón Bolívar en el programa de Comercio y Negocios Internacionales, teniendo una intensidad 46 horas semanales, que el programa contaba con registro calificado emitido por el Ministerio de Educación Nacional y que cancelaba un valor semestral superior a los dos millones de pesos; Documental que no fue motivo de controversia por la parte pasiva, quien al realizar la respectiva investigación administrativa verifica la autenticidad de los mismos, véase folios 144-149.

Así las cosas, el demandante cumplió con la carga procesal que le competía al acreditar debidamente la condición de estudiante en una institución que cumpliera con el mínimo de condiciones académicas al momento del

fallecimiento de la causante, por ende, es dable predicar que se encontraba incapacitado para laborar en razón de sus estudios. Lo hace viable el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deprecada, a partir del 11 de enero de 2019 *-data del fallecimiento de la muerte de la afiliada-* y a razón de 13 mesadas anuales en tanto que el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó a ese número las pensiones causadas con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Por tanto, procede el retroactivo a partir de la data mencionada, como lo concluyó el juez de primera instancia, teniendo en cuenta que no acaeció sobre las mesadas solicitadas, el fenómeno extintivo de la prescripción a que alude el artículo 151 del CPT y de la SS. En efecto, véase que el reclamo administrativo fue agotado el 12 de marzo de 2019 (expediente digital), cuya respuesta negativa data del 6 de mayo de 2019 (expediente digital), siendo radicada la demanda ante la jurisdicción ordinaria el 18 de enero de 2021, que fue admitida el 14 de abril de 2021 y notificada esta providencia a la pasiva dentro del año siguiente a su intimación al demandante por estado (artículo 94 CGP), esto es el 28 de mayo de ese mismo año (expediente digital).

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

De esta manera, las mesadas causadas desde el 11 de enero de 2019 hasta el 31 de agosto de 2021 –mes de proferida la providencia de primera instancia-, suman **\$29.169.116**. Al adicionarle las dos mesadas siguientes, hasta octubre de 2021 (**\$1.817.052**), la condena asciende a **\$30.986.168**, 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 13 pagos de pensión mínima. A partir del 1º de noviembre de 2021 y en adelante, Porvenir S.A. seguirá cancelando al demandante el equivalente al SMLMV siempre y cuando

acredite las circunstancias fácticas exigidas por la normatividad vigente, recuérdese, calidad de estudiante.

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 disponerlos 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*.

Sobre los intereses de mora.

Ataca la pasiva la condena de intereses moratorios arguyendo que fue en este proceso judicial donde se acreditaron los elementos constitutivos de la pensión de sobrevivientes y por lo tanto no existe mora en el reconocimiento de la mesada pensional.

El órgano cúspide, ha señalado en el sentido de 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 presente, ninguna justificación denota la negativa en el reconocimiento y pago de la prestación pensional de sobrevivientes por parte de Porvenir S.A., dado que se extrae del dossier probatorio allegado al plenario, que el actor acreditó con suficiencia y por conducto de documentos

(certificaciones) idóneos al solicitar la pensión de sobrevivientes, que se encontraba estudiando en una institución debidamente acreditada, que no superaba los 25 años, que era hijo de la causante y que la única fuente de ingresos era la devengada por la fallecida.

No son de recibo los argumentos esbozados por Porvenir S.A. como fundamento de su negativa frente al reconocimiento y pago de la pensión deprecada, porque no es cierto que el actor no dependiese económicamente del fallecimiento del afiliado, tal como se ha señalado en líneas anteriores, pues la ejecución de una labor temporal en ningún momento genera independencia y autosuficiencia, máxime cuando quedo demostrado en vía administrativa su calidad de estudiante y que los ingresos no superan los gastos de educación.

En tal línea, diáfano deviene que la pasiva en forma irreflexiva se negó a otorgar el reconocimiento pensional movida por un actuar caprichoso y abiertamente injustificado. Actuar que se encuentra muy lejos de connotar una postura amparada en la normatividad vigente, como erradamente lo sostiene la censura.

En resumen, resultó probado con las declaraciones y documentos traídos al proceso, que la señora Nidia Esperanza Florez Meza dejó causado el derecho pensional pues al momento de su fallecimiento había cotizado 149 semanas en los últimos 3 años, que el demandante es hijo de la obitada, que se encuentra en el rango etario de 18 a 25, y cumple con los requisitos para ser beneficiario de la prestación de sobrevivientes, es decir, se encuentra incapacitado para trabajar por razón de sus estudios y dependía económicamente del causante al momento de su muerte. 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 trece mesadas a las que tiene derecho el actor 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 31 de octubre de 2021 y para autorizar los descuentos al sistema de seguridad social en salud.

Finalmente, conforme al artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas a Porvenir S.A. por no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada \$400.000 a su cargo. 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 9 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de **(i)** precisar que Jefran Eduardo Lobo Flórez tiene derecho a percibir trece mesadas pensionales por año; **(ii)** liquidar el retroactivo pensional reconocido en favor del demandante y a cargo de Porvenir S.A., en la suma de **\$30.986.168**, comprendido entre el 11 de enero de 2019 y el 31 de octubre de 2021, a razón de 13 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 \$400.000. Liquídense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

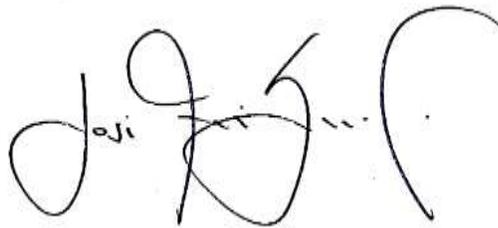
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidia Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 6 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54 001 31 05 002 2018 00083 promovido por **Camilo Arturo Rojas Acevedo** contra **Mavicol S.A.S. Maquinaria, Constructora Alkiequipos Siglo XXI** y **Renzo Adriano Ortega Torres**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (Fls. 18 al 32) Depreca el actor se declare que entre él y el consorcio Ecovías, integrado por Renzo Adriano Ortega Torres, en calidad de representante legal de Alkiequipos Siglo XXI S.A.S y Mavicol S.A.S. Maquinaria, existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 27 de diciembre de 2015 al 16 de septiembre de 2016 o la fecha que resulte probada. En consecuencia, solicita se condene al pago de los salarios dejados de percibir, pago de prestaciones sociales, auxilio de cesantía, y los intereses sobre las mismas, la sanción de la que trata el artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990 desde el 27 de diciembre del año 2015 al 16 septiembre del año 2016, prima de servicios correspondiente al primer semestre del año 2016, pago de la compensación de vacaciones no disfrutadas en proporción al tiempo laborado, el pago de cotizaciones al sistema general de salud y riesgos

profesionales, pago de indemnización de perjuicios morales, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, a la indexación de todas las condenas y a las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con el consorcio Ecovías, conformado por la empresa Mavicol S.A.S y la empresa Maquinaria y Construcciones Alkiequipos Siglo XXI S.A.S., representado legalmente por Renzo Adriano Ortega Torres. **2) Que** se estipuló una vigencia de cuatro meses comprendida del 26 de agosto de 2015 hasta el 26 de diciembre de 2015, con honorarios por \$5.500.000. **3) Que** el contrato de prestación de servicios terminó el 26 de diciembre de 2015, sin que mediara prórroga alguna, continuando vinculado al Consorcio Ecovías, ejecutando las labores de topógrafo con pleno conocimiento de su empleador, ya que, le informó de su continuidad para iniciar las nuevas tareas que corresponde al contrato que había suscrito con anterioridad, a lo cual le respondieron verbalmente que no importaba, y que continuara prestando sus servicios en las mismas condiciones. **4) Que** recibió instrucciones de su superior inmediato, quien normalmente era un ingeniero, el cual le exigía el cumplimiento de un horario de 7 am a 6 pm, prestando sus servicios de manera continua, personal e ininterrumpida hasta el 16 de septiembre de 2016 recibiendo una remuneración mensual y bajo continuada subordinación. **5) Que** el objeto del contrato por el que inicialmente fue contratado, fue el de pavimentación y rehabilitación de vías urbanas de los diferentes barrios del casco urbano de Tibú, Norte de Santander en Convenio con Ecopetrol.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl 102 al 106 y del fl 74 al 80) El consorcio Ecovías, integrado por Renzo Adriano Villamizar Valencia, en su condición de representante legal del Consorcio Ecovías, y la empresa Maquinarias y Construcciones Alkiequipos Siglo XXI SAS y Rubén Darío Vera Mogollón en su calidad de representante legal de Sociedades Mavicol Mantenimiento de Vías de Colombia SAS, se opusieron a las peticiones. Manifestaron que el contrato de prestación de servicio invocado por el actor

no llegó a formalizarse al no estar debidamente firmado por las partes, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 824 del Código de Comercio, por lo que, aunque la minuta del contrato, dice, describe el término indicado, pago, y vencimiento jamás fue suscrito por las partes. Indicaron que los supuestos de hecho descritos por el demandante son apreciaciones subjetivas suyas, pues, aunque se realizó un intercambio de servicios entre las partes, no es cierto que el consorcio ECOVIAS estuviere obligado a aceptar los términos establecidos en la minuta.

Señalaron que, sí fue contratado el servicio de topografía, indicándole al demandante con precisión a partir de qué momento no se requería más de sus servicios, pero, de manera necia y negligente, hizo caso omiso y por su cuenta y voluntad siguió realizando tareas no encomendadas. Precisaron que el cumplimiento de horario no es la prueba definitiva de la existencia de un contrato de trabajo, debido a que este elemento es común a diferentes tipos de contratos siendo necesario evaluar las circunstancias del caso. Aseveran que la relación que rigió a las partes fue la de un contrato de prestación de servicios de naturaleza comercial o civil. Finalmente señalaron que la topografía debe desarrollarse bajo supervisión, pues debía direccionarse según los parámetros para la construcción contratada. Presentaron la excepción que denominaron: cobro de lo no debido y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 6 de julio de la calenda que avanza, declaró la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo entre las partes en litigio desde el 2 de diciembre de 2015 hasta el 16 de septiembre de 2016. En consecuencia, condenó al consorcio Ecovías y de manera solidaria a Mavicol SAS Maquinaria, Constructora Alkiequipos Siglo XXI y a Renzo Adriano Ortega a pagar al actor los salarios dejados de percibir, cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicio, vacaciones, sanción moratoria del artículo 65 del CST, el reconocimiento y pago de los aportes al sistema general de la seguridad social en pensiones junto con los intereses moratorios a que haya lugar y las costas del proceso.

Consideró que al no ser motivo de controversia la prestación del servicio del demandante en beneficio de la pasiva, por haber sido aceptado por las partes y acreditado por las pruebas aportadas al plenario, se configuró la presunción del artículo 24 del CST en favor del actor. Manifestó que la pasiva no efectuó ninguna labor probatoria encaminada a derruir la presunción estructurada en tanto no logró demostrar que el demandante prestó los servicios de manera autónoma e independiente y que la sola afirmación de que la relación que rigió a las partes es de naturaleza comercial o civil o desconocer la existencia de la materialización de contrato de prestación de servicios bajo el argumento de que el contrato que los unió se encontraba suspendido, no son elementos suficientes para desvirtuar la presunción referida. Indica que de los supuestos utilizados en su defensa no se allegó prueba alguna que así lo demuestre como tampoco a partir de qué extremos temporales se efectuó la suspensión alegada.

RECURSO DE APELACIÓN: El consorcio de Ecovías, aspira a que se revoque la decisión. Aduce que lo que existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios profesionales, el cual se encuentra probado pues el actor recibía su remuneración teniendo en cuenta los informes que iba presentando. Indicó que los testigos aportados por el demandante en ningún momento demostraron su subordinación, tampoco probaron la jornada laboral, y que Rojas Acevedo realizaba sus funciones de manera autónoma e independiente. Precisaron que un mes no le fue cancelado al deprecante porque no presentó los informes de su gestión, siendo ello muestra de que se le pagaban los honorarios por la gestión realizada. Reitera la independencia con la que el actor ejecutó su trabajo como topógrafo. Aduce que si bien no aportó prueba alguna de la suspensión del contrato, los testigos indicaron en sus relatos que, si la hubo y que no vieron al demandante trabajando. Dice que por lo expuesto, no se pudo demostrar el elemento de subordinación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: pese al traslado concedido, no fue allegado en esta instancia alegatos de conclusión de las partes en litigio.

3o. CONSIDERACIONES

Como en el libelo introductor se anuncia que los litigantes en la realidad estuvieron atados por un contrato de trabajo, a lo cual finalmente accedió la primera instancia cuando declaró la existencia de un contrato de esta índole desde el 2 de diciembre de 2015 hasta el 16 de septiembre de 2016, y, que, la pasiva sostiene tanto en su respuesta a la demanda como en su alzada frente a la decisión referida que la vinculación del actor fue a través de un contrato de prestación de servicios para adelantar las funciones de topografía, corresponde entonces resolver como problema jurídico si se encuentran o no acreditados los elementos del contrato de trabajo previstos en el artículo 23 del CST.

Para tal fin, menester es 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.

La mencionada presunción legal, admite prueba en contrario, esto es, que se desvirtúe la continuada subordinación o dependencia del trabajador y/o el carácter remunerado del servicio. En este sentido ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencia de enero 25 de 2017, radicación 48890.

Bajo el referente normativo, se ilustra la importancia y trascendencia de los elementos configurantes del contrato de trabajo, siendo patente que aquel que le imprime la connotación de labor dependiente, es el relacionado con la **subordinación**. Entendida como la **potestad permanente** que reviste al empleador de **exigir** a quien le presta el servicio **el cumplimiento de órdenes** en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, **y disciplinarlo, existiendo correlativamente la obligación del segundo de obedecer tales determinaciones.**

En el sub-análisis, la actividad personal de Camilo Arturo Rojas Acevedo en favor de la pasiva, queda plenamente establecida desde la misma contestación que se hace al libelo genitor, cuando se admite que efectivamente el mencionado prestó sus servicios como topógrafo. Esto es, a partir de la presunción aludida, se tiene hasta este momento, que la susodicha relación laboral surgida entre los litigantes, está regida por un contrato de trabajo.

Ahora, como el consorcio Ecovias, sostiene que tales servicios se ejecutaron o llevaron a cabo en virtud de un contrato de prestación de servicios celebrado entre los contendientes procesales, donde el actor gozaba de autonomía en la ejecución de sus labores y no se dieron los elementos propios de la subordinación jurídica, imperativo resulta auscultar el acervo probatorio a fin de determinar si efectivamente, tal aserto corresponde a la realidad o por el contrario, la presunción legal acotada y hasta este momento en pleno vigor, se confirma plenamente.

Oportuno resulta traer a colación la diferencia entre un contrato de trabajo y un contrato civil, a partir de lo reseñado por la jurisprudencia constitucional como por ejemplo la sentencia C-016-98:

(..) Esa distinción, entre el contrato civil y el contrato laboral, se ha ido afianzando a través del tiempo y encuentra origen en el reconocimiento de la situación de asimetría en la que se encuentran las partes, la cual no permite presumir que el acuerdo de voluntades se produzca a partir del

ejercicio no interferido ni restringido de la autonomía de cada una de ellas, como si ocurre en el contrato civil, y en la evolución misma de las sociedades que reivindican el trabajo como un valor y un principio esencial del Estado, y como un derecho fundamental de las personas de cuya realización efectiva depende el desarrollo de la misma en condiciones de dignidad. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el contrato civil, el contrato de trabajo es la fuente de la relación laboral, cumple una función reguladora complementaria de las condiciones establecidas en la Constitución y en la ley, condiciones que las partes no están en capacidad de transgredir, empeorar o desconocer, pues ello implicaría la nulidad de sus cláusulas. (...)

Queda visto que una diferencia tangencial entre ambas modalidades de contratación es la condición del equilibrio entre las partes al momento de su vinculación, bajo el entendido que donde existe una asimetría entre estos, mal se puede predicar que existe autonomía e independencia por parte del prestador del servicio que le permita disponer con libertad de su tiempo para ejecutar las tareas o funciones para el que fue contratado pues se encuentra bajo condiciones de subordinación que se lo impiden.

Como pruebas históricas se cuenta con el interrogatorio absuelto por el demandante, **Camilo Arturo Rojas**, de 57 años de edad, con nivel académico técnico profesional. Indicó que fue contratado por la pasiva para la pavimentación de vías urbanas en Tibú, realizando las funciones de localizaciones, mediciones, evaluaciones y replanteando las vías que se encontraban en las zonas objeto de las obras adjudicadas a la empresa para que esta pudiera hacer los cobros. Dijo que de acuerdo a las funciones que realizaba debía hacer entrega de unos informes que evidenciaran su trabajo. Manifestó que inició labores con la pasiva el 25 de agosto del 2015 hasta el 16 de septiembre de 2016. Señala que durante su vinculación nunca hubo comunicación hacia los trabajadores sobre decisiones de suspensión de obras y demás. Señaló que las actividades se suspendían, pero el personal seguía asistiendo a disposición de la empresa porque no había una información directa de la suspensión de la obra por lo que asistió todo ese tiempo. Indicó que los pagos siempre fueron cumplidos por la empresa. Expresó que la información que tenía en su poder fue entregada a la empresa y que durante

el tiempo que estuvo vinculado hubo una subordinación ante los ingenieros de la obra puesto que le tocaba rendir cuentas y entregar la información de su trabajo a sus superiores inmediatos; añadió que desconoce los motivos por los cuales la empresa le dejó de pagar. Finalmente, precisó que el valor mensual que recibía era de \$5.500.000, y que los pagos de abril correspondieron a un concepto salarial.

Entre los testimonios está el de **Fernando Ortiz Peñaranda**, de 48 años de edad, de estado civil casado, y actualmente es contratista de obra civil. Refiere que por su condición de líder comunitario, conoció la obra adelantada por Ecovías en su barrio, consistente en un contrato que suscribió esta última con la administración pública de la Alcaldía para hacer dos kilómetros de vía. Dice que por ello, conoció de cerca la apertura de la obra, porque hizo seguimiento del desarrollo de la misma; manifiesta que vio al actor haciendo levantamientos topográficos, de nivelaciones y en general laborando como topógrafo.

También se cuenta con el dicho de **Enrique Duran Villamizar**, de 50 años de edad, y con estudio de segundo de primaria. Indicó que conocía al actor porque también trabajó para la pasiva desempeñándose como obrero en algunas calles de Tibú desde el 28 de agosto de 2015 hasta agosto de 2016. Explicó que ayudó a el actor apoyándolo desde sus funciones y que cuando ingresó a laborar para la demandada ya el mismo se encontraba trabajando para la misma. Indicó que el actor si tenía un superior inmediato a quien obedecía.

Cabe destacar que, en la etapa probatoria de primera instancia, la parte demandada, no absolvió interrogatorio de parte toda vez que no asistió a la diligencia, así como tampoco asistieron sus testigos razón por la que el *a quo* aplicó las consecuencias procesales correspondientes presumiendo como ciertos los hechos susceptibles de confesión tales como que el actor prestó sus

servicios como topógrafo desde el 2 de agosto de 2016 a 16 de septiembre de 2016 y recibió un salario por la suma de \$5.500.000. (artículo 372 -4 CGP)

La documental está conformada por piezas correspondientes al contrato de prestación de servicio aportado por el demandante sin la firma de la convocada a juicio (fl 4 y 5), carta de notificación de terminación del vínculo laboral (fl 6) conversaciones de whatsapp entre el ingeniero Henry y el actor los días 25 de agosto, 16 de septiembre, 23 de septiembre, 21 de noviembre, 30 de noviembre, 4, 5, 15, 19 y 31 de diciembre de 2015, 13 y 21 de enero, 4, 5, y 22 de febrero, 2, 7, 10, 18 y 23 de marzo, 13 de abril, 7 de mayo y 15 de junio de 2016 (fl 7 al 9), acta de conformación del consorcio (fl 10 al 11) certificado de existencia y representación legal de la pasiva (fl 12 al 16) contrato de obra pública entre el municipio de Tibú y el consorcio demandado representado por Renzo Adriano Ortega y Rubén Darío Vega Mogollón (fl 93 al 101)

Del análisis de este quantum probatorio, la conclusión a la que se llega es que antes de derruirse la presunción surgida, la misma se confirma. En efecto, obsérvese que de la documental aportada por el demandante relativa a las conversaciones realizadas con un interlocutor identificado como el *ingeniero Henry Portilla*, dan cuenta de que existió una comunicación frecuente en la que este último, le indicaba qué funciones debía realizar y cuáles debía priorizar, mientras el actor le reportaba las gestiones que había hecho y adjuntaba las imágenes y archivos de las labores desarrolladas. Conversaciones que se dieron desde agosto de 2015 a junio de 2016 y que coinciden con el interrogatorio de parte absuelto por el actor en el que identifica a su destinatario como su jefe inmediato, ya que, debía presentarle informe de sus funciones y obedecer sus indicaciones; situaciones sobre las que no se pronunció la parte enjuiciada (fl 7 a 9).

Tal circunstancia, también fue manifestada por el testigo Enrique Durán Villamizar, cuando reafirmó que el actor si se encontraba subordinado porque

él también laboró en las mismas obras que el actor, y en alguna ocasión en el desempeño de sus funciones como obrero, presenció que el demandante cumplía órdenes y tenía un superior inmediato, aclarando que los que se encontraban adelantando el proyecto debían obedecer al ingeniero que estuviere a cargo del mismo. Eventos que permiten concluir que el consorcio Ecovias para el cual el actor prestaba el servicio le exigía el cumplimiento de ordenes en cualquier momento, facultad que desplegaba el ingeniero encargado de la obra.

Bajo los anteriores parámetros no puede aceptarse lo expuesto por el apelante cuando indica que el demandante se desempeñó con autonomía e independencia porque tenía la obligación de presentar informes de las funciones desarrolladas para obtener el pago de su salario, toda vez que, tales como queda demostrado le eran exigidos por el ingeniero a cargo y eran atendidos por el incoante, menos cuando el hecho esgrimido no se logra probar. En otras palabras, la pasiva no allegó pruebas que acreditaran que la labor ejercida por Rojas Acevedo fuera independiente como lo pregona en su impugnación.

De esta manera las cosas, al no derruirse la presunción de que la prestación personal del servicio estuvo regida por un contrato de trabajo como lo extrajo el *a-quo*, mal podría en el sub-judice aplicarse las normas que regulan el contrato de prestación de servicios conforme lo pide el consorcio recurrente, en la medida que la determinación de si un contrato es o no de trabajo, no queda sometida a la voluntad de las partes sino a que en la relación se configuren los requisitos impuestos por la ley. (artículo 23 CST)

Por fuerza de lo dicho y sin lugar a mayores elucubraciones, se confirmará la decisión de primer grado. 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 \$500.000. 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 6 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO.- costas a cargo de la pasiva. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la \$500.000. Líquidense de manera concentrada en el Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

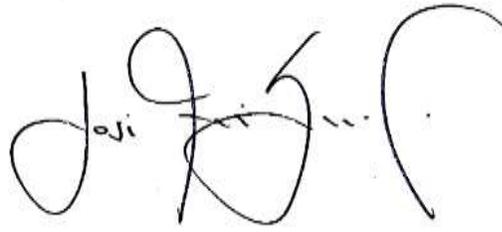
Los Magistrados,



ELVER NARANJO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Melissa M.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 21 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-002-2018-00316-00, promovido por **Bryan Lester Nahar González** contra **Dumian Medical S.A.S.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 46 a 52): Depreca el actor se declara que entre él y Dumian Medical S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 23 de diciembre de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2017. En consecuencia, pide se condene a la demandada a pagarle prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización por despido injusto, la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, dominicales y festivos, aportes al sistema general de seguridad social integral, sanción de que trata el artículo 5° de la Ley 828 de 2003 (omisión de cumplimiento de normas laborales); lo que extra y ultra petita resulte probado; intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** mantuvo una relación laboral regida por un contrato de trabajo con Dumian Medical, S.A.S. desde el 23 de diciembre de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2017, con el objeto de prestar sus servicios como médico general en las instalaciones de la unidad de cuidados intensivos del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta. **2) Que** cumplía una jornada laboral por turnos que eran programados por la demandada, en forma diurna (7:00 a.m. a 1:00 p.m. o de 1:00 p.m. a 7:00

p.m.) y nocturnos de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., incluyendo festivos; percibiendo un salario promedio mensual de \$4.788.000. **3) Que** se vio en la necesidad de afiliarse al sistema general de seguridad social integral habida cuenta que la pasiva no lo hizo escudándose en haber celebrado un contrato de prestación de servicios. **4) Que** el 31 de diciembre de 2017 la encartada le terminó el contrato de forma unilateral e injusta. **5) Que** durante la vinculación nunca le fueron canceladas sus prestaciones sociales, ni el trabajo realizado en horario nocturno, dominical y festivo. **6) Que** la demandada no le ha cancelado las prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas durante la relación laboral, así como la indemnización por despido sin justa causa y moratoria del artículo 65 del CST.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: La pasiva se opuso a las pretensiones. Manifiesta que la relación que mantuvo con el demandante era netamente civil y correspondía a un contrato de prestación de servicios médicos profesionales independientes, cancelando por ello honorarios profesionales, y que el mismo verdaderamente finalizó el 19 de diciembre de 2017. Argumentó que al actor prestaba sus servicios con plena autonomía científica e independencia, sin ningún tipo de subordinación y en el horario en que este ofertaba en razón a que prestaba sus servicios en diferentes entidades de salud. Finaliza diciendo que por la naturaleza del contrato suscrito, nunca estuvo obligada a reconocer prestaciones sociales, horas extras o cualquier otra acreencia de las deprecadas. Formuló las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, pago total, buena fe, prescripción e innominada (fls. 104 a 114).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el 21 de julio de 2021, declaró la existencia de contrato de trabajo bajo la noción de “*realidad*” entre el actor y la pasiva por el interregno comprendido entre el 23 de diciembre de 2016 y el 31 de diciembre de 2017, finiquitado por la sociedad en forma unilateral e injustificada. Así, condenó a la enjuiciada a pagar prestaciones sociales (cesantías \$4.881.100; intereses a éstas \$1.171.464; y prima de servicios \$4.881.100), vacaciones compensadas en dinero \$2.440.550; reembolso de cotizaciones efectuadas al subsistema de salud por valor

de \$2.853.150. Lo anterior, sin perjuicio de la correspondiente indexación. Gravó en costas a la pasiva.

Consideró que no se encontraba en discusión la prestación personal del servicio del actor como médico general, lo que fue ratificado por el único deponente escuchado, las confesiones extraídas de los interrogatorios de parte surtidos y la documental aportada. A partir de lo cual, dijo, nació la presunción de que trata el artículo 24 del CST, que en últimas no fue desvirtuada por la pasiva por cuanto no logró demostrar que el demandante era autónomo en el desempeño de sus labores. Acota que, al contrario, se probó la subordinación a la que se hallaba sometido al no tener disponibilidad de tiempo, por la imposición de órdenes, llamados de atención y demás. En tal línea, concluyó que si bien se aportó al plenario el contrato de prestación de servicios cuyo objeto dispuso la realización independiente de las labores de profesional general de la medicina, en la realidad se acreditó que el extremo activo no era quien escogía su horario de trabajo en tanto que el coordinador de médicos identificado como David Rincón, los imponía sin concertación con el accionante; además de instrucciones no relacionadas con el servicio médico (tareas de capacitación y manejo de utensilios ubicados en las instalaciones de la institución). Se abstuvo de reconocer la devolución de aportes en salud y riesgos profesionales por tratarse de contingencias consumadas, no así en el caso de aportes en pensión que dijo, resultaba viable reembolsar al actor con el respectivo descuento del porcentaje que le correspondía asumir al empleador.

Absolvió a la pasiva de las demás pretensiones. La de sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST bajo el argumento que la pasiva estuvo convencida que el contrato sostenido con el actor fue ajeno a un vínculo laboral. La de indemnización por despido sin justa causa en tanto que no se acreditó que fue la encartada quien determinó finiquitar el vínculo de trabajo. Respecto a las horas extras, dominicales, festivos y recargos nocturnos, porque al plenario no se aportó prueba que permita conocer qué días y horas fueron laboradas bajo ese escenario, precisa que de los cuadros de turnos adjuntados no se colige la veracidad de la afirmación contenida en el escrito introductor.

RECURSOS DE APELACIÓN: La activa aspira a que se revoque parcialmente la decisión en el sentido de ordenar el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST y la indemnización por despido sin justa causa. Insiste en que las actuaciones desplegadas por la enjuiciada dan cuenta de la mala fe con que ejecutó el contrato suscrito.

La pasiva aspira a derruir la sentencia en su integridad. Discute que con los elementos probatorios recaudados se pudo acreditar que a las partes las unió un contrato de prestación de servicios, que aun cuando estableció una duración y valor específicos, fue ejecutado de buena fe como tal. Arguye que el actor gozaba de plena independencia en la ejecución del servicio que en manera alguna se desdibuja por las instrucciones impartidas en su momento por el jefe del personal médico. Indicó que la comunicación emitida respecto a los “lockers” no supone subordinación pues solo hacía referencia a la necesidad de orden en el uso de utensilios de común beneficio. Catalogó de genérico y poco convincente el único testimonio recepcionado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Los extremos del litigio replicaron los argumentos esbozados en la demanda, su contestación y los recursos de apelación impetrados.

3o. CONSIDERACIONES

Deberá establecerse si se encuentran o no acreditados 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.

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

Este principio encuentra complemento en el artículo 24 del CST que reza: “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.*” Significa esto, **que probada la prestación personal del servicio** se tiene por cierto la existencia del contrato de trabajo. No obstante, tal presunción puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario, es decir, que el servicio no se prestó bajo un régimen contractual de índole laboral. En este sentido ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencia de octubre 26 de 2016 radicación 46.704.

En el sub-análisis no fue objeto de discusión lo atinente a la prestación personal del servicio del actor en la medida que la pasiva alega la existencia de un contrato de prestación de servicios y no de un contrato de trabajo. En tal sentido, viable resulta en principio dar cabida al contenido del artículo 24 del CST en cuanto que presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Empero, como la pasiva ha propuesto como defensa la existencia entre las partes de un contrato prestación de servicios, corresponde determinar si la presunción de marras fue desvirtuada o si por el contrario de las pruebas que obran en el plenario se desprende que efectivamente existió un contrato de trabajo. Cabe destacar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la continuada subordinación que faculta al empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo que dura el trabajo.

Así, cuando se analiza de manera individual y en conjunto el acervo probatorio constituido por contrato de prestación de servicios (fls. 3 a 6 y 75 a 77), certificación de prestación de servicios (fl. 7), certificado de existencia y representación (fls. 8 a 11), póliza de seguro de responsabilidad civil (fl. 12), constancia de pagos de la seguridad social integral (fls. 13 a 25), circulares informativas expedidas por la pasiva (fls. 26 y 29), programación de turnos médicos (fls. 30 a 45), el interrogatorio de parte tanto del demandante como del representante legal de la pasiva, y la declaración rendida por Manuel Alberto Flórez

Villamizar, la conclusión a que se llega es que la presunción de existencia de una relación laboral subordinada fue desvirtuada por la pasiva.

Efectivamente, nótese como el actor prestaba sus servicios sin que la encartada le impusiera los horarios, pues los turnos eran programados de acuerdo a la disponibilidad de tiempo que éste comunicará al coordinador médico, tal y como se desprende del dicho del único deponente escuchado, quien indicó haber laborado al servicio de la pasiva en el área de enfermería entre 2014 y 2017, y por ende, trabajar junto al demandante en las últimas dos vigencias. Refirió el testigo que el trato del personal de enfermería era distinto al de los médicos, pues éstos, por tratarse de OPS -órdenes de prestación de servicios- eran quienes ofertaban los turnos a realizar y de acuerdo a eso se programaban con ocho días de antelación, aunque precisó, existían inconformidades con sus pagos.

Afirmación que coincide con lo narrado por el representante legal de la enjuiciada, quien resaltó que el contratista (hoy demandante) al igual que el resto del personal, cumplía sus actividades de acuerdo a los turnos programados y coordinados directamente con él dentro del espacio de veinticuatro horas en que funcionaba la UCI, por lo que la remuneración mensual variaba de cara a la intensidad horaria concertada con el área de talento humano y cumplida por el profesional. Situación que fue ratificada por el actor al absolver el interrogatorio de parte, pues claramente refirió que el Coordinador médico David Rincón, le fijaba los turnos mes a mes y que acudía a otras unidades de salud a prestar el servicio médico cuando se requería, sin que se hubiese hecho mención acerca de la imposición de sanciones de algún tipo por arte de la pasiva.

También se desprende de los relatos referenciados, que las comunicaciones emanadas de la sociedad encartada se hallaban encaminadas a establecer políticas de utilización de elementos comunes (lockers) en aras de beneficiar a la totalidad del personal que lo requiera (fl. 26), sin que este hecho genere relaciones de subordinación. Menos, los mensajes electrónicos intercambiados entre los sujetos procesales contentivos de solicitud de firmas de ordenes de prestación de servicios y finalización de procesos de cobro (fls. 28 y 29), pues, debían emplearse para dar

cabal cumplimiento a los contratos suscritos con el personal. Tampoco se acredita tal dependencia con la misiva fechada del 11 de octubre de 2017 (fl. 27) porque como se extrae de su asunto “*COMPLEMENTACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS DE PROTOCOLOS Y/O GUÍAS NACIONALES DE MANEJO DE PACIENTES EN UCIS*”, se trata de intercambio de conocimientos básicos requeridos para la praxis médica, lo que resulta lógico por tratarse de un método encaminado a preservar la integridad de los pacientes internados en unidades de cuidados intensivos, como en la que se desempeñaba el actor.

Nótese como se seleccionó como temas de estudio enfermedades de infarto agudo del miocardio, neumonías, paro cardiorrespiratorio, insuficiencia cardiaca congestiva e infección de vías urinarias; lo que tal como relató el representante legal de la enjuiciada constituye “*servicio de urgencia vital*” que requiere de mayor monitoreo y supervisión, hecho por sí solo no demuestra la existencia de una relación laboral, por el contrario resulta lógico que en contratos de prestación de servicios médicos especializados como el suscrito entre las partes, el profesional médico preste sus servicios de acuerdo a unos parámetros establecidos por el contratante, al tratarse de una labor en donde se compromete la vida de una persona y además está regulada por la Ley, y, es que precisamente, ello constituye el objeto del mencionado contrato, sin que de tal se deriven relaciones de subordinación, máxime cuando en el presente caso quedó probado que el actor prestaba sus servicios sin estar sometido al cumplimiento de horarios y órdenes por la pasiva.

Siendo así las cosas, es claro y patente que la prestación de los servicios de Bryan Lester Nahar González a favor de la pasiva, no se dio en ejecución de una relación laboral subordinada. Como a distinta conclusión llegó el juez *A Quo*, se revocará la decisión de primera instancia, declarando probados los medios de defensa que en dicha égida formuló la accionada, dígame, los de “*inexistencia de la obligación*” y “*pago total*”.

Cabe advertir, comoquiera que se desestimó la tesis de existencia de contrato de trabajo, infructuoso deviene emitir pronunciamiento respecto a la apelación incoada por el extremo activo, encaminada a obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST y la indemnización por despido sin justa causa, que naturalmente, tienen cabida en un vínculo de naturaleza laboral que no resultó acreditado, ya que, se constató que el contrato por prestación de servicios se ejecutó con plena observancia de los postulados legales vigentes.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP numeral 4, aplicado por remisión normativa prevista en el 145 del CPTSS, costas en ambas instancias a cargo del demandante por haberse revocado íntegramente la sentencia de primera instancia. Se fijará 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.

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,

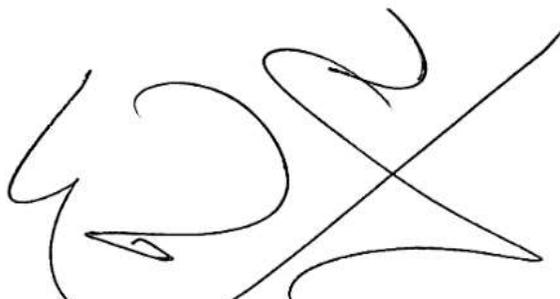
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 21 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta. En su lugar, **ABSOLVER** a Dumian Medical S.A.S. de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por Bryan Lester Nahar González; y **DECLARAR** probadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación”* y *“pago total”* formuladas por la encartada.

SEGUNDO: GRAVAR en costas de ambas instancias al actor. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$200.000. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFIQUESE.

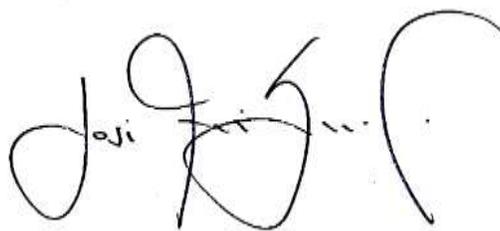
Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belen Quintero G.

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre 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 54-001-31-05-002-2019-00002-00 promovido por **María Cristina Briceño de Peña contra Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (Fl 52 al 75) Depreca la actora se condene a la accionada a pagar por concepto de servicios médicos que se encuentran en el plan obligatorio de salud, la suma de \$17.175.732 junto con los intereses a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera, calculados desde el 24/05/2018 y hasta que se efectuó el pago total de la obligación. Más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** se encuentra afiliada a Coomeva EPS S.A. desde el 2 de mayo de 2002. **2) Que** padeció de artrosis, osteoartritis y dificultades de columna; problemas de salud que le generaron el desgaste de sus huesos y con el transcurrir del tiempo, limitación de su movilidad hasta el punto de usar caminadores y silla de ruedas. **3) Que** el 3 de septiembre de 2017 a las 3:30

pm, sufrió una caída sobre la pierna derecha y sospechando una posible fractura se dirigió a la clínica Santa Ana de Cúcuta, donde fue valorada en urgencias por un médico cirujano y ese mismo día le fue practicado un trasplante de cadera derecha. **4) Que** tuvo que asumir los gastos de la clínica, cirugía y posoperatorios recomendados por el galeno tratante debido a que la enjuiciada no tenía convenio con dicho centro de salud. **5) Que** para la cancelación de los servicios tuvo que acudir a préstamos y ahorros que poseía, aun cuando los mismos se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud (hoy, plan de beneficios en salud). **6) Que** elevó derecho de petición con fecha del 22 de enero de 2018 dirigido a la EPS solicitando el reembolso de los dineros sufragados en la mencionada cirugía, remitido a través de la empresa MC Mensajera Confidencial, que cuenta con fecha de entrega del día 29 del mismo mes y año mediante la guía No. 08000047070000001. **7) Que** la EPS Coomeva nunca dio respuesta a la petición, razón por la que el 23 de mayo de 2018 envió escrito por Servicios Postales Nacionales 4/72, requiriendo pronunciamiento de fondo, que hasta la data no ha obtenido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 92 al 107) **Coomeva EPS S.A.** se opuso a las pretensiones. Dijo no constarle las circunstancias fácticas relacionadas con las patologías alegadas por la demandante, y que las mismas deben corroborarse con la historia clínica custodiada por la IPS. Indicó que la atención recibida se llevó a cabo por una institución prestadora de servicio de salud ajena a su red y la atención quirúrgica y/o hospitalaria recibida por la usuaria se dio en una circunstancia de la que no participó directa ni indirectamente. Señaló que tampoco le fue notificada por parte de la Clínica Santa Ana dicha eventualidad. Arguye que la demandante acudió a la referida en atención a la libre elección, optando por el pago particular en tanto el servicio de urgencia está garantizado en los términos de los artículos 14 de la Resolución 6408 de 2016 y 20 de la Ley 1122 de 2007, vigentes para la fecha de los hechos.

Explicó que para el reconocimiento de los reembolsos se debe cumplir con unos parámetros específicos como (i) la atención de urgencia en caso de ser atendido por una IPS que no tenga contrato con su EPS, (ii) que la misma haya sido autorizada expresamente por la EPS para una atención específica por (iii) existencia de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada para cubrir la obligación. Hizo énfasis en que el trámite establecido consiste en presentar la solicitud acompañada de los originales de las facturas y copia de las historia clínica dentro de los 15 días siguientes al alta del paciente, exigencias que la actora no cumplió por cuanto la petición que adjuntó como prueba en el presente proceso y donde pretende hacer efectivo el pago fue radicada el 29 de enero de 2018, es decir, 4 meses después de que recibió la prestación del servicio por urgencias, además de que tal solicitud, dice, no puede generar efecto alguno por cuanto la remitió a una dirección equivocada distinta a la de Coomeva EPS, por lo que nunca la recibió.

Esgrimió las excepciones de incumplimiento de la normatividad legal vigente en materia de reembolsos por servicios de salud, indebida notificación de derecho de petición y consecuente imposibilidad de reconocimiento y pago del reembolso deprecado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el 5 de agosto de la calenda que avanza, declaró el reconocimiento de reembolso de los gastos médicos a favor de la demandante por la atención médica brindada entre 3 y 7 de septiembre de 2017. Condenó a la accionada a reconocer a favor de la precitada \$5.098.179 por concepto de reembolso de gastos médicos, sin perjuicio de la indexación que surja a partir del 7 de septiembre de 2017 y hasta cuando se efectúe el pago. También la condenó en costas del proceso.

Consideró que a partir del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, se dan los presupuestos para el reembolso del dinero, cuando el afiliado de su propio

pecunio asume los gastos de una atención o procedimiento médico. Manifestó que se encuentra acreditado que la demandante recibió una atención de urgencias en la clínica Santa Ana el 3 de septiembre de 2017, que padece de todas las patologías anunciadas, de acuerdo a la historia clínica, y, que el 4 de septiembre de ese año se le efectuó cirugía de cambio de cadera, estando hospitalizada hasta el 7 de septiembre. Sostuvo que no se puede constituir en mora a la pasiva porque no hay prueba de que hubiera sido requerida por la accionante en debida forma, pero, le corresponde pagar los montos adeudados de manera indexada

RECURSO DE APELACIÓN: La pasiva aspira a que se revoque la decisión y se le exonere de los reembolsos a los que fue condenada. Manifestó que la Resolución 5261 de 1994 en su artículo 14, establece de manera concreta la procedencia de los reembolsos por gastos médicos y los parámetros específicos para su reconocimiento. Arguye que, aunque la demandante se encuentra en una de las circunstancias para ello, valga decir, la atención de urgencias por una IPS con la que no tiene convenio, no cumple con los parámetros para su reclamación, toda vez que, para materializarlos se establece el término perentorio de los 15 días siguientes a la fecha de dada de alta del paciente, lo que en el caso presente no sucedió porque la solicitud fue presentada de manera extemporánea. Argumenta que la petición que la actora radicó para tal fin no puede generar efecto alguno, pues la remitió a una dirección equivocada distinta a la que Coomeva EPS tiene designada para estos efectos, por lo cual nunca la recibió.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Coomeva ratificó los argumentos esbozados en la respuesta a la demanda y el recurso de alzada, introduciendo como situación fáctica el reconocimiento del reclamo de pago realizado por la demandante, tópico sobre el que precisa que si bien el escrito se dirigió a la nomenclatura de notificaciones de la entidad, no se le consignó como destinatario, pues se plasmó a “*Adelis Villamizar Guerrero*”.

La actora pidió confirmar la decisión de primer grado.

3o. CONSIDERACIONES

A partir de lo decidido en la primera instancia el 5 de agosto de 2021, y lo argumentado en la alzada por Coomeva EPS S.A., corresponde determinar si esta entidad debe o no reembolsar los gastos en que incurrió **María Cristina Briceño de Peña** a raíz de la atención de urgencias que recibió por parte de la I.P.S. Clínica Santa Ana, con la cual no tiene contrato.

Sobre el particular se tiene que en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, mediante la cual, “*se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de la Seguridad Social en Salud*”, se preceptúa:

*“ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: **atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S.**, cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.”*

Como queda visto, son tres las situaciones o escenarios en los cuales las EPS, deben reconocer a sus afiliados los gastos en que hayan incurrido, a saber: 1) Atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., 2) Cuando el usuario haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica, y 3) En caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia por parte de la

Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios, debidamente demostrada.

Igualmente se tiene que, si el usuario afiliado a la EPS se encuentra en cualesquiera de los anteriores eventos, para hacer efectiva dicha prerrogativa, debe surtir un procedimiento administrativo ante la entidad, consistente en la presentación de la solicitud de reembolso dentro de los 15 días siguientes al momento en que fue dado de alta, adjuntando (i) el original de las facturas, (ii) certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y (iii) la copia de la historia clínica. Esto para que la Entidad Promotora de Salud en los treinta 30 días posteriores a la radicación, proceda a la cancelación respectiva.

Por manera que cuando se llega al caso presente y se observa que la actora ingresó el 3 de septiembre de 2017 a las 3:30 PM, a la Clínica Santa Ana S.A., el IPS con la cual la accionada no tiene contrato, por una caída sobre la pierna derecha, siendo valorada por urgencias y diagnosticada con fractura de “*otras partes del fémur lateralidad: derecho*”, que derivó en la reconstrucción de su cadera mediante la utilización de una prótesis; cirugía realizada el 4 de septiembre con dada de alta o salida el 7 de septiembre de 2017 (fls. 20 y 24 al 38). También que junto con la reclamación de reembolso aportó los pagos realizados por concepto de gastos médicos correspondientes a exámenes de laboratorio, cirugía e implementos hospitalarios; así como el historial clínico que da cuenta de los procedimientos realizados (fls. 27 al 42). Diáfano resulta que María Cristina Briceño de Peña es acreedora de la prebenda económica perseguida, con independencia de la data en que elevó el reclamo respectivo.

En efecto, si bien es cierto que, para materializar el reembolso, es deber del usuario aportar ante la EPS los medios de convicción que acrediten el cumplimiento de alguno de los eventos señalados y en ese sentido se encuentra orientada tal disposición, a la cual se le designó un término específico para su presentación como para su resolución (15 y 30 días, respectivamente), tal prescripción normativa no puede interpretarse en forma

aislada a los principios generales y finalidad de creación del sistema general de seguridad social en salud, cuyo pilar primordial se enfoca en la protección al derecho fundamental a la salud.

Al respecto, es menester recordar que en materia de responsabilidad patrimonial respecto de los servicios incluidos dentro del Manual de procedimientos del Plan de Beneficios de Salud (antes el Plan Obligatorio de Salud), la jurisprudencia mayormente constitucional ha dicho que las prestaciones allí establecidas no solamente implican la concreción material del servicio mismo, sino también el cubrimiento de los costos que este genere, obligación que de ninguna manera puede ser trasladada al afectado (Ver sentencia T-650 de 2011). Esto, por cuanto se busca obtener de las empresas prestadoras de servicios de salud, tanto del régimen contributivo como del subsidiado, el cabal cumplimiento de las obligaciones que el sistema de seguridad social ha establecido, de tal forma que no les sea posible negar el catálogo de servicios específicos y concretos contenidos en el Plan de Beneficios de Salud, justamente, porque las garantías en la prestación del servicio de salud resultan vitales, y en casos concretos como el del reembolso de los gastos médicos, aunque pareciera una controversia de índole netamente económica la finalidad de dicha cobertura del servicio también hace parte de la dimensión iusfundamental del derecho a la salud.

Bajo dicho derrotero, no es factible acoger los argumentos de defensa esbozados por la enjuiciada, respecto a que por no haber agotado la hoy demandante el proceso de reclamación de reembolso de lo erogado durante los 15 días siguientes a la fecha en que obtuvo el alta por parte del personal médico -7 de septiembre de 2017-. Esto porque aun cuando la mencionada Resolución 5261 de 1994 prevé dicho plazo límite, su interpretación no puede tornarse irreflexiva ni mecánica en perjuicio de las garantías constitucionales de los afiliados al sistema general de seguridad social, como sería la pérdida del derecho a percibir el reintegro de las sumas de dinero canceladas en forma particular.

Admitir dicha tesis, implica premiar la desidia de la empresa promotora de salud que pretende trasladar a su afiliada las cargas económicas que por mandato legal le corresponde de asumir, en desmedro y/o directa transgresión del derecho fundamental a la salud de la paciente.

Mírese como, en un caso de contornos esencialmente idénticos al aquí discutido, el Máximo Tribunal Constitucional, dentro de acción de tutela instaurada contra Coomeva EPS S.A., reflexionó:

“...el plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ningún modo como un término prescriptivo de la obligación que tiene Coomeva de reconocer a sus usuarios el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el cumplimiento del mismo, no puede tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le concurren”.

En consonancia con todo lo explicado, al quedar acreditado que más allá de elevar el reclamo por fuera del término de 15 días previsto en la Resolución No. 5261 de 1994, la demandante recibió una atención de urgencias a través de la I.P.S. Clínica Santa Ana, la cual no tiene contrato con la EPS accionada, que aportó (i) el original de las facturas, (ii) certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y (iii) la copia de la historia clínica, no cabe duda de que, cumple con los requisitos legales para el reconocimiento del reembolso por los gastos médicos que asumió por su propia cuenta.

Por tanto, no queda otro camino que confirmar la sentencia apelada en tanto acogió parcialmente los pedimentos de la demanda.

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 Coomeva

EPS S.A. por no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada \$300.000. 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 4 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la pasiva. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$300.000. Liquidense de manera concentrada en el Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G .

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

José Andrés Serrano Mendoza

Melissa M.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, diecisiete (17) de octubre de dos mil veintiuno
(2021)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 20 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-002-2019-00317-00, promovido por **Aleixe Rincon Chinchilla** contra **Crisilia Badillo Gutiérrez** y **Hermes Badillo Gutiérrez**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 75 al 137): Depreca el accionante se declare que sostuvo con los integrantes de la pasiva una relación laboral regida por un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 1º de abril de 2006 hasta la fecha. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene el pago de las cesantías e intereses de las mismas, sanción moratoria de la que trata la ley 50 de 1990 artículos 98 y 99, primas de servicio, salarios adeudados, vacaciones compensadas en dinero, dotación, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, aportes al sistema general de seguridad social integral, pensión de invalidez en los términos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y demás

indemnizaciones a que haya lugar, indexación sobre las sumas de dinero más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** desde el 1° de abril del 2006 fue contratado por los demandados para prestar los servicios de administrador–mayordomo, cumpliendo funciones y actividades de cuidados de ganado vacuno, mantenimiento, cercados y ordeño bajo dirección y acatamiento de órdenes hasta la fecha. **2) Que** fue vinculado verbalmente, por una remuneración equivalente a un salario mínimo, pero recibía una retribución de \$750.000, con una jornada laboral de 12 horas de lunes a domingo (6:00 am a 6:00 pm), horario aceptado y conocido por la administración de quien recibe órdenes, así como por los propietarios. **3) Que** ha laborado para los demandados un total de 592 días dominicales ejecutados en jornada de 12 horas, 201 días festivos, y no le han sido reconocidos 592 días de descanso compensatorio. **4) Que** no ha sido reconocidas horas extras, recargos de dominicales y festivos, primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses de las mismas ni tampoco ha sido afiliado a la seguridad social. **5) Que** ha prestado sus servicios de manera personal e ininterrumpidamente hasta la fecha sin que llegare a presentarse reclamos o llamados de atención. **6) Que** no fue efectuado el pago de las primas de servicio durante la vigencia del contrato de acuerdo al artículo 200 de la Ley 789 de 2002, incumpliendo sus empleadores con el plazo señalado en el artículo 306 del CST. **7) Que** ha elevado múltiples requerimientos para el pago de las prestaciones adeudadas sin que hayan sido canceladas, y que el 16 de abril de 2019 remitió derecho de petición a los demandados el cual nunca fue respondido. **8) Que** fue omitida por sus empleadores la obligación que le impone la ley de procurar el cuidado integral del ambiente del trabajo ni se ejecutó el programa de salud ocupacional. **9) Que** el 28 de marzo de 2019 a las 4:00 pm fue baleado por unos desconocidos dentro del predio donde laboraba mientras montaba en un caballo de arrear ganado, siendo recogido por la policía que lo transportó hasta la ESE

Hospital Universitario Erasmo Meoz, porque no se encontraba afiliado ni vinculado al Sistema General de la Seguridad Social integral, asumiendo algunos valores correspondientes a la asistencia médica, en tanto duró hospitalizado desde el 28/03/2019 hasta el 15/04/2019. **10) Que** de acuerdo a la historia clínica se encuentra en estado de invalidez debido a una parálisis y la no posibilidad de caminar quedando de por vida en silla de ruedas. **11) Que** el médico tratante le otorga incapacidad laboral debido a sus lesiones cada vez que tiene cita de control. **12) Que** tiene 62 años se encuentra desamparado pese a su estado de invalidez. Dice que requiere sea valorado y calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, costos que deben ser asumidos por sus empleadores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: (Fls. 162 al 176) Crisilia Badillo Gutiérrez y Hermes Badillo Gutiérrez se opusieron a la totalidad de las pretensiones. Indicaron no conocer al demandante, que no fue contratado ni fue trabajador en el lugar referido en la demanda, porque dicen, lo que verdaderamente ocurrió fue que su padre antes de morir le permitió alojarse en el lugar, razón por la que reconocen haberlo visto cuando mucho en una oportunidad. Niegan que aquel hubiese realizado las labores indicadas, pues de su parte nunca ha recibido dineros por ordeños, venta de madera y de ninguna actividad relacionada con la finca. Indican que el actor obra de mala fe, ya que su permanencia en el lugar solo obedece a que se le permitió seguir viviendo por un valor de arrendamiento, que aseguran, nunca canceló.

Manifestaron que nunca celebraron contrato verbal porque no tuvieron directa relación con él, tampoco cancelaron salarios por ningún concepto, que jamás le dieron órdenes y nunca hubo horario de trabajo. Sostienen que de haber realizado las labores que indica el actor, se estaría usufructuando de la finca sin dar utilidad alguna a los titulares. Respecto al accidente expresaron que tuvo lugar fuera de la finca, exactamente a

un kilómetro de distancia porque estaban liberando a una señora, “*sin saber que problemas tenía el accionante*”, en tanto no tienen relación directa con él y se enteraron de los hechos por los comentarios de terceros. Concluyeron que nada de lo solicitado es procedente porque la versión manifestada es acomodada y nunca aconteció en tanto las partes en litigio no se conocen. Esgrimieron las excepciones de inexistencia de la obligación y derecho, prescripción y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el 20 de agosto de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre los contendientes, que va del 31 de diciembre de 2006 hasta el 23 de marzo de 2019. Así, condenó a los demandados al pago de salarios dejados de percibir, cesantías, intereses a éstas, primas de servicio, vacaciones, aportes al sistema de la seguridad social, indemnización moratoria del artículo 65 y de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción.

Tuvo por acreditada la prestación personal del servicio a partir de las declaraciones aportadas, los documentos allegados en la demanda y la confesión emanada de los demandados. Señaló que literal b del art 23 del CST expone que la subordinación es una facultad mas no un acto que se tenga que exteriorizar y en ese orden, un empleador puede abstenerse de dicha prerrogativa, en tanto los actos de subordinación según el artículo 32 ibídem, pueden ejercerse a través de sus representantes y por ende lo obligan. Señaló que a los demandados les correspondía demostrar que no habían elementos de subordinación, lo que no ocurrió. Añadió que tampoco se aportó prueba de que el demandante se encontrara en condición de arrendatario, y aunque así se hubiere acreditado tal situación, dice, no puede desvirtuar la existencia del contrato de trabajo, siendo clara la prestación personal del servicio.

RECURSO DE APELACIÓN: Los demandados solicitan se revoque la decisión. Indican que para que exista una relación de trabajo deben concurrir los elementos del contrato de trabajo, evento que este caso no aconteció. Aducen que las partes en litigio no se conocen, en tanto el actor fue llevado por sus padres y posteriormente continuó con ellos desde el 2009, evento que demuestra que desconocían la situación que se estaba generando, siendo la independencia en el desarrollo de una labor la que determina si hay contrato o no.

Dicen que no se probó que en realidad hubiere subordinación, pues no se supo de quién dependía el actor, quién le indicaba lo que debía hacer, ni cuánto dinero recibía por sus labores. Manifestaron que los testimonios solo dieron cuenta de que lo veían ejecutando actividades, pero no que estuviere recibiendo órdenes. Alegan que el *A-quo* dedujo por sí solo esa situación, en tanto ningún testigo dio cuenta de que le constara la existencia de un vínculo laboral. Expresaron que si bien es cierto hay una presunción, esta no se configura por el solo hecho de que se pruebe que alguien vio al demandante en un sitio y concluir que estaba laborando.

Alegan que la presunción de subordinación sí fue desvirtuada a través de las preguntas realizadas a los testigos, los cuales nunca expusieron que en efecto estuviera subordinado. Solicitan que en virtud del artículo 217 del CGP se recepcionen los testimonios de quienes no pudieron acudir a la audiencia de trámite y juzgamiento, resultando relevante su práctica en la medida en que tienen conocimiento de que el actor no desarrollaba actividad alguna en la finca.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La parte demandada replicó los argumentos expuestos en la apelación que elevó ante el *a-quo*. La activa obvió presentar alegaciones finales pese al traslado concedido.

3o. CONSIDERACIONES

En consonancia con la apelación, el problema jurídico consiste en determinar si se encuentran acreditados o no los elementos del contrato de trabajo, conforme lo dispone el artículo 23 del CST. En consecuencia, determinar si hay lugar o no al pago de las prestaciones e indemnizaciones deprecadas

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.

De manera, como en el sub-analice se tiene que el demandante afirmó haber estado vinculado con los demandados a través de un contrato de trabajo desde el 1 de abril de 2006 hasta el 23 de marzo de 2019, necesario resulta auscultar el acervo probatorio para determinar en un primer momento si tal circunstancia en efecto se acreditó, para luego, si así fue, establecer si existen rubros de índole laboral pendientes de sufragar, que a la par conlleven o no a la imposición de las sanciones resarcitorias deprecadas.

Como pruebas históricas se cuenta con el interrogatorio de parte absuelto por los demandados **Crisilia Badillo y Hermes Badillo**. En cuanto a la primera, manifestó que cuenta con estudios de bachillerato técnico. Expuso que es copropietaria de la finca donde dice laborar el demandante, la cual adquirió en 1982 a través de una compraventa. Indicó que solo ha visto al actor en una ocasión, en 2018. Aclara que no le consta que hubiere laborado en la finca pues a cargo de ese lugar hubo varias personas, un tiempo la tuvo un familiar llamado Geoberti Badillo *“y otras personas más la cuales no recuerdo”*. Explicó que cuando le sucedió el atentado al demandante, ella no se encontraba en la finca y por ello no tenía conocimiento que el mismo aún vivía, cuidaba y administraba el lugar, por lo que aseguró, tampoco le canceló ningún salario. Preciso que una cosa es el contrato de trabajo, y otra diferente que se deje vivir una persona en una propiedad de buena voluntad. Señaló que era Jairo Gutiérrez quien estaba encargado del lugar mediante contrato desde el 2018.

Hermes Badillo, de 64 años, estado civil casado y con nivel educativo tercero de bachillerato, refirió que no recuerda desde qué fecha tiene la propiedad de la finca, pero que oscila entre aproximadamente 35 años. Adujo que ha ejercido la posesión y tenencia del inmueble. Expresa que no conoce al demandante, porque tiene más de 20 años de no ir a la finca, pero que sabe que quien ha asumido la administración y se vinculó por contrato fue a Jairo Gutiérrez. Respecto al accidente sufrido por el demandante dice que se enteró cuando fue acotado en esta demanda. Añadió que su padre Carlos Julio Badillo nunca le informó que contrató al actor y negó haber tenido algún tipo de contacto con el mismo.

Igualmente, se cuenta con el testimonio de **Wilson Giovanni Acero Ortega** de 47 años de edad, técnico profesional de entrenamiento deportivo, y actualmente pensionado de la policía y coordinador de

deportes. Dice que conoció al demandante hace 8 años, porque constantemente *“lo veía en las bestias o mulas mirando el ganado de la finca Barinas y cuando subía al pueblo para comprar el mercado de la semana”*. Puntualizó que le consta que el susodicho labora en la finca porque lo veía pendiente de las cercas y ganado, hecho que podía verificar porque el predio está cerca de una carretera principal y cada vez que pasaba de 2 a 3 veces por semana podía observar sus labores. Añadió que ingresaba concretamente a la finca cuando había cosechas de mango Taití cada 6 meses, que siempre le compraba al actor. Manifestó que no conoce a los actuales dueños ya que sabe que fue vendida. Aclaró que desconoce qué vinculación tenía el actor con los dueños del lugar y reiteró *“pero al verlo pendiente del ganado, la finca y las cercas, concluyo que era el mayordomo”*. Dijo no constarle si había otro administrador en la finca ya que al que conoció fue al actor. En cuanto al accidente explicó que se dio por un disparo en la columna y se enteró por comentarios del pueblo.

Segundo testimonio es el de **Nuri Beatriz Forero Ramírez** de 48 años de edad, con formación académica de bachiller y actualmente concejal del Municipio de Santiago. Manifestó que conoce al actor, porque tiene más de 12 años de estar allá, y posee una finca donde cría pollos y marranos la cual está ubicada abajo del lugar donde trabaja el mencionado, esto es, la finca Barinas. Dijo que lo llamaba el mayordomo, porque siempre lo veía con el ganado, regando agua a los arbustos y pendiente a sus quehaceres recorriendo los cerros. Indicó que mientras estuvo el actor, no vio otra persona diferente. En cuanto al accidente manifestó que se enteró por los rumores que corrían en el pueblo y escuchó que la Policía Nacional lo recogió. Recordó que ese hecho ocurrió hace 2 años. Dijo que no conoce a Jairo Gutiérrez y que el actor ingresó a trabajar más o menos en el 2006, año que recuerda porque desde que conoce al actor (12 años), siempre ha visto que reside en el mismo lugar.

El deponente, **Cesar Yesid Pérez Ávila**, técnico en pedagogía infantil, dijo que conoce al actor porque arrendó una finca cercana a Barinas en el 2010. Memoró que tenía unos animales que se pasaban a esa finca y le tocaba sacarlos, circunstancia que hizo que conociera al actor, y que naciera una amistad entre ellos. Refiere que no conoce quiénes eran los propietarios de la finca, pues la única persona encargada o mayordomo era el incoante. Respecto al tiempo que éste lleva residiendo en la finca, adujo que aproximadamente oscila entre 10 a 12 años, desde 2006 hasta el 2019, fechas que recuerda porque para ese año trabajaba como carnicero y él era quien le llevaba la carne los fines de semana a la finca Barinas. Precisa que desde ese tiempo a la actualidad no conoció a otros trabajadores distintos.

Oscar Alonso Flórez Escalante de 38 años, con formación de administrador público y actualmente concejal, informó que conoce al actor porque tiene un negocio en el Municipio de Santiago que es muy cerca de la finca Barinas, el cual frecuentaba aquel y conversaba con él sobre los temas cotidianos de sus labores, manifestándole que era el encargado de la finca Barinas. Respecto a las labores que desarrollaba el demandante explicó *“la finca está en la vía principal a la entrada de Santiago, y tiene potrero a mano derecha y a mano izquierda, uno lo veía recogiendo el ganado o en el corral o en casa”*; agregando que *“la vía que colinda con la finca es el camino para llegar al pueblo, por eso la transito con frecuencia para llegar al pueblo, y mucha gente del pueblo circula por ahí”*. Señala que cada vez que pasaba lo veía trabajando y manifestó que no conoce otra persona diferente como administrador y que ignora quién es Jairo Gutiérrez. Respecto al accidente sufrido por el demandante, precisó que no estuvo presente al instante.

Miguel Ángel Bautista Bohórquez de 64 años, pensionado, dijo conocer a los demandados hace más de 35 años y desconocer si el actor tuvo relación con ellos. Señaló que en varias ocasiones asistió a la finca

y que *“últimamente iba con el padre de los demandados Carlos Julio Badillo”*. Recordó que escuchó que quien administraba la finca era Jairo Gutiérrez y las últimas veces que fue, era porque debía mostrar el inmueble Barinas en razón a que se encontraba comisionado para venderla y que desde eso *“no ha vuelto a subir.”* Respecto a Jairo Gutiérrez, señaló que lo vio dos veces y que después que volvió no estaba pendiente de quién estaba en la finca, pues solo se limitaba a mostrarla.

Jairo Enrique Gutiérrez García, de 58 de edad, con estudios de contaduría pública y conductor de taxi hace 20 años, explicó que vive en Cúcuta y no conoce al actor, sí a los demandados porque firmó con ellos contrato de arrendamiento de una finca. Aclara que los vio esa vez y desde ahí no tiene contacto con ellos. Indicó que mayordomo no había y que él contrataba a la persona que se encargaba de los quehaceres de la finca. Informó que no vive en la finca y va cada 8 días (los sábados y domingos). En cuanto al demandante manifestó permanecía en una habitación de la finca y no sabe porque vivía ahí. En cuanto a las actividades desarrolladas en el lugar indicó que se dedicaba al cuidado de reses de ganado, siendo la única actividad a realizar porque no había ningún cultivo y que el actor le ayudaba a veces a los muchachos que el llevaba y entre semana sus funciones las desempeñaba una persona de su confianza llamada German Garza.

La documental está conformada por piezas correspondientes al certificado de la Junta de la Acción Comunal Santiago Norte de Santander donde se manifiesta que el actor reside en la finca Barinas y que el día 28 de marzo a las 4 pm fue baleado por desconocidos (fl 3); manifestación libre de 35 personas con sus respectivas firma y cédulas, mediante las cuales señalan que el actor *“labora y reside hace más de 10 años en la finca Barinas, y es una persona que se ha caracterizado por ser trabajadora, responsable con sus obligaciones laborales, de excelente comportamiento, de buenos principios morales y de muy generosa disposición para servir a los habitantes del*

Municipio en lo que está a su alcance” (fl 5 al 7), en el mismo sentido certificó el párroco de la Parroquia Santiago Apóstol (fl 11); certificado de tradición de la finca Barinas (fl 14 al 15); certificado de Telepostal Express donde consta que fue recibido derecho de petición por Nelson López el 16 de mayo de 2019, quien afirmó que el destinatario Hermes Badillo reside en el lugar (fl 26); derecho de petición dirigido a Hermes Badillo (fl 27 al 32); escrito del 22 de mayo de 2019 dirigido a los demandados con reclamación laboral (fl 42 al 59); respuesta de derecho de petición del hospital Erasmo Meoz mediante la cual pone de presente que el 28 de marzo de 2019 el actor fue recogido en la calle, encontrado con lesiones y que egresó de esa unidad médica el 16 de abril del 2019 con trastorno de ansiedad, disfunciones neuromusculares de la vejiga, hemotórax traumático y trauma de la médula espinal. (fl 67 y 68); y respuesta de petición de la Policía Nacional, donde manifiestan que recogieron al actor del piso al encontrarlo herido con un arma de fuego el 28 de marzo de 2019 (fl. 69).

Del estudio del cúmulo probatorio, se verifica la prestación personal del servicio del actor en la finca “*Barinas*” ubicada en la vereda del Municipio de Santiago, Norte de Santander, de propiedad de los integrantes de la pasiva, cumpliendo labores de administrador o mayordomo, consistentes en cuidados de ganado vacuno, mantenimiento, cercados y ordeño. Fuerza de trabajo que logra demostrarse por el espacio temporal comprendido entre el 31 de diciembre de 2006 y marzo 23 de 2019.

En efecto, los testigos Wilson Giovanni Acero Ortega, Nuri Beatriz Forero, Cesar Yesid Pérez Avila y Oscar Alonso Flórez, manifiestan al unísono haber visto al actor desempeñando sus labores como real administrador de la finca Barinas. Espacio geográfico que dijeron conocer por su ubicación estratégica en Santiago, Norte de Santander, pues, se encontraba en medio de una vía principal que conectaba al centro del pueblo y era altamente transitada, por lo que al ser residentes

de la zona mínimamente debían atravesar la vía dos veces a la semana, momento en el que lograban observar al actor haciendo labores propias del lugar, sin percatarse que hubiere alguien más apoyándolo o ejecutando dichos quehaceres.

En cuanto al tiempo que el actor laboró en dicha finca, Acero Ortega que precisó conocerlo hace 8 años y que desde entonces “*lo veía en la bestias o mula mirando el ganado de la finca Barinas y cuando subía al pueblo para comprar el mercado de la semana*”, indicando que constantemente lo observaba pendiente del ganado el cual aseguró, recogía a las 6:00 pm. Por su parte, Forero Ramírez aseguró que tiene más de 12 años de vivir en la zona y desde tal época conoce al incoante porque es vecina de la finca Barinas y lo veía cuidando el ganado, regando agua a los arbustos y recorriendo los cerros. Mientras que a Pérez Ávila le consta que el actor se encuentra laborando en el lugar desde el 2006 porque para ese año trabajaba como carnicero y era quien le llevaba dicho producto los fines de semana a la finca.

Los anteriores relatos muestran que los testigos tuvieron una percepción directa de los hechos, que confirman que en efecto el actor era quien en realidad ostentó las funciones de administrador, en tanto coinciden en la ubicación espacio-temporal, las funciones que lo vieron realizar y las circunstancias dadas para que pudieran observar lo que en el lugar sucedía, detalles que sin duda prueban una real prestación del servicio.

También resulta un hecho probado, que el deprecante fue impactado con arma de fuego en dicha finca el 28 de marzo de 2019 cerca de las 4:00 pm, ya que, tal circunstancia no solo fue contada por los testigos, sino que aparece acreditada a partir de la documental allegada, como en el certificado de la Junta de Acción Comunal Santiago Norte de Santander (fl 3) y la respuesta de derecho de petición del hospital Erasmo Meoz que certifica como el 28 de marzo de 2019 el actor fue

recogido en la calle, encontrado con lesiones y que egresó de esa unidad médica el 16 de abril del 2019 con trastorno de ansiedad, disfunciones neuromusculares de la vejiga, hemotórax traumático y trauma de la médula espinal. (fl 67 y 68). En igual sendero, la respuesta al derecho de petición por parte de la Policía Nacional, deja entrever que algunos uniformados recogieron al precitado del piso al encontrarlo herido con un arma de fuego el 28 de marzo de 2019 (fl. 69).

Probada así, la prestación personal del servicio, y los extremos temporales de tal, se da la consecuencia prevista en el artículo 24 del CST, valga decir, que se presume que la relación laboral que se dio entre Aleixe Rincon Chinchilla, Crisilia Badillo Gutiérrez y Hermes Badillo Gutiérrez, estuvo regida por un contrato de trabajo.

Ahora, como en su defensa, los demandados, además de negar la prestación personal del servicio del actor en su favor, sostienen que lo que en realidad sucedió fue que su padre le permitió a aquel residir en la finca “*por colaboración*” y sin que mediara vínculo laboral alguno, imperioso surge verificar si tal circunstancia (inexistencia de subordinación) resultó acreditada.

Se advierte de entrada que ninguna de las probanzas que reposa en el plenario logra derruir la presunción surgida. Al respecto, se observó que los testimonios allegados por la pasiva para controvertir el dicho del demandante fueron los rendidos por Jairo Gutiérrez y Miguel Bautista. El primero de ellos, pese a que manifestó que no conoce al actor y desconoce las razones del por qué vive en una habitación de la finca Barinas, admite que las veces que realizó trabajos con obreros, el actor le ayudaba en algunas ocasiones, denotando que en más de un evento tuvo contacto con aquél, y en ese orden, lógico resulta que estuviera enterado de los motivos por los cuáles se encontraba el demandante habitando el lugar que el mismo administra, pues, mínimamente, pudo haber indagado al respecto, comunicando tal situación fáctica a los

dueños del inmueble, con los que afirma, celebró un contrato de arrendamiento.

Igualmente resulta desconcertante que, a pesar de asistir cada 8 días a la finca, ninguno de los moradores vecinos que rindieron su testimonio lo reconozcan como administrador de esas instalaciones, y menos que hayan visto al trabajador German Garza, quien indicó era quien lo reemplazaba de lunes a viernes ejecutando labores propias del lugar. Lo cierto es que para el momento de la práctica testimonial que rindió se encontraba ejerciendo su verdadera labor, la de taxista, la cual manifestó siempre ha desempeñado desde hace más de 20 años, circunstancias que ponen de presente que en realidad esa era su actividad principal y que, de manera muy esporádica hacía presencia en la finca, sin que medie alguna prueba que acredite sus funciones como administrador, más allá de su propio dicho.

De otro lado, del testimonio Miguel Bautista, tampoco logra inferirse que en realidad Jairo Gutiérrez fungió como verdadero administrador de la finca, pues de su relato se extrae que en muy pocas oportunidades visitó el lugar. Nótese que él mismo señaló que estuvo en la finca en dos ocasiones: (i) cuando el antiguo dueño Julio Badillo vivía y (ii) cuando lo comisionaron para la venta del inmueble debiendo asistir en contadas oportunidades para mostrarlo, asegurando que “*de resto no ha vuelto a subir*”. Ninguna claridad exteriorizó respecto a las labores que ejecutaba Gutiérrez en el lugar y que asistiera con una relativa frecuencia que le permitiera conocer con suficiencia las situaciones cotidianas en ese entorno, pues, la certeza de que aquel se desempeñaba como administrador se desprende de lo que le habían informado y no de su percepción directa sobre los hechos. La anterior conclusión se deriva de la propia manifestación del testigo quien afirmó que las veces que visitó la finca solo vio a Jairo Gutiérrez dos veces y en las otras oportunidades, no se percató de si estaba o no porque no se encontraba pendiente de

quién frecuentaba el lugar en tanto solo se limitó a mostrar el inmueble cuando estuvo en venta.

En ese orden, no resulta de recibo lo discutido por la pasiva en su apelación cuando indica *“desconocían la situación que se estaba generando en la finca Barinas”*, y que *“el actor realizaba las funciones de manera independiente”*. Porque como se mostró, aquél habitaba allí de manera permanente, realizando actividades para el desarrollo del lugar, situación que era conocida públicamente en todo el municipio, inclusive, existe prueba documental de la manifestación de 35 personas con sus respectivas firma y cédulas, mediante la cual señalan que el actor *“labora y reside hace más de 10 años en la finca Barinas, y es una persona que se ha caracterizado por ser trabajadora, responsable con sus obligaciones laborales, de excelente comportamiento, de buenos principios morales y de muy generosa disposición para servir a los habitantes del Municipio en lo que está a su alcance”* (fls. 5 al 7), y en el mismo sentido certificó el párroco de la Parroquia Santiago Apóstol (fl. 11), resultando poco creíble que los dueños de la misma ignoraran la existencia del actor, el tiempo que llevaba residiendo en el lugar y las actividades que allí desarrollaba, cuando los habitantes del ente territorial lo señalan y reconocen como la única persona que habitaba en la referida finca.

Tampoco tiene aceptación la solicitud de aplicación del artículo 217 del CGP con la finalidad de que puedan ser recepcionados los testimonios de las personas que no pudieron acudir a la audiencia de trámite y juzgamiento, que según la pasiva su escucha resulta necesaria *“en la medida que tienen conocimiento de que el actor no desarrollaba actividad alguna en la finca”*. Al respecto es menester citar lo previsto en el artículo 83 del Código de Procedimiento de Trabajo, el cual dispone.

“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 pruebas 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.”

De lo anterior, es claro que: 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 decretadas**, el tribunal a petición de parte, pueda ordenar su práctica y se iii) faculta al tribunal para que oficiosamente decrete y practique aquellas pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.

Bajo el anterior parámetro es necesario determinar si en efecto las prueba solicitadas y dejadas de practicar en primera instancia, fue un hecho procesal donde no medió la culpa de la parte demandada.

Así se tiene que los testimonio de Lucila Archila y Dignobel Quintero, tuvieron la oportunidad de ser practicados en la audiencia de trámite y juzgamiento del 19 de agosto de 2021, en la que el apoderado de la parte demandada manifestó en el minuto 22:20 a 26:21 “ *señor juez estamos comunicándonos con Jairo Gutiérrez y Lucila Archila, estos dos están aislados en enfermedad y en los tres días siguientes presentaré prueba al despacho y respecto a Miguel Bautista y Dignobel Quintero no pudimos comunicarnos.*” Extrayéndose que respecto al testigo Lucila Archila se encontraba un estado de salud delicado y respecto a Dignobel Quintero solo alegó que no pudo comunicarse. Estableciendo los artículo 217 y 218 del CGP aplicable en materia laboral por remisión analógica del artículo 145 CPTSS:

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 decreta 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.

(...) 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)., Es claro que (i) es deber de la parte que solicita la prueba procurar la comparecencia del testigo, lo cual deberá realizar entregando la citación de la diligencia programada, (ii) el juez puede prescindir del testimonio de quien no comparezca y (iii) 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.***

Por manera que como la audiencia se celebró el 19 de agosto de 2021, los testigos contaban con 3 días hábiles siguientes a la fecha de la vista, esto es, hasta el 24 del mismo mes y año, para presentar excusas por su inasistencia, deber que pasaron por alto pese a que la parte enjuiciada anunció en la diligencia que las aportaría, por ende, no resulta factible en esta instancia revivir etapas procesales válidamente concluidas. Máxime, cuando incluso, aun cuando el apoderado de los encartados le informó al *A Quo* que tanto Jairo Gutiérrez como Lucila Archila estaban aislados en enfermedad, en el transcurso del trámite se logró conexión con Jairo

Gutiérrez, momento en que quedó en evidencia que lejos de tener su salud comprometida se encontraba laborando como taxista.

Lo anterior muestra poca claridad sobre los motivos que llevaron a la inasistencia de los testigos Lucila Archila y Dignobel Quintero, en tanto no se aportó elementos de juicio que permitieran establecer una justa causa sobre dicha conducta, así como tampoco la debida diligencia al momento de la citación de tales como lo exigen los artículos 217 y 218 del CGP. Hechos anteriores que denotan el incumplimiento de los presupuestos previstos en el art. 83 del CPTSS, norma última que determina la procedencia de la práctica de pruebas en segunda instancia, pues, se reitera la prueba solicitada, tuvo la oportunidad procesal para ser practicada, sin que se presentara causa justificativa de la inasistencia de los mismos.

Son suficientes las razones hasta aquí expuestas para confirmar la decisión fustigada en tanto tuvo por acreditada la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo entre Aleixe Rincón Chinchilla y los demandados Crisilia y Hermes Badillo Gutiérrez entre el 31 de diciembre de 2006 y marzo 23 de 2019.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas a los demandados Crisilia y Hermes Badillo Gutiérrez por no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada \$400.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4º DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Aleixe Rincon Chinchilla contra Crisilia Badillo Gutiérrez y Hermes Badillo Gutiérrez.**

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la pasiva. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$400.000. Líquidense 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. 117, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 25 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-003-2019-00327-00 promovido por **Claudia Fabiola Higuera Petit** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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) y en consecuencia se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones. En forma subsidiaria, persigue el pago de indemnización por los perjuicios ocasionados o la diferencia monetaria entre la mesada pensional reconocida en el RAIS de cara a la que le correspondería en el RPM.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 30 de mayo de 1963, y el 3 de diciembre de 1992 se afilió al régimen de prima media administradora por el otrora ISS, del

que mutó el 1º mayo de 1996 con destino a la administradora Protección y desde esta AFP hacia Porvenir S.A. en febrero del 2000, regresando finalmente al primer fondo de naturaleza privada. Sin que mediara una verdadera asesoría o mínima ilustración sobre los riesgos y consecuencias que acarrearían los cambios, falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, voluntaria, ni libre. **2) Que** el 11 de junio de 2020, Protección le entregó la simulación de reconocimiento pensional en el RAIS cuyo resultado arrojó mesada de \$931.360, que resulta bastante desfavorable comparada con la que le hubiese correspondido en el RPM (\$3.566.437). **4) Que** formuló ante las tres administradoras de pensiones convocadas a juicio, petición de nulidad del traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora**

Colombiana de Pensiones – Colpensiones- se opuso a lo pretendido. Acepta como ciertos los hechos relacionados con la edad de la actora y la reclamación administrativa elevada. Argumentó que la precitada 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: cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación pretendida, buena fe, prescripción, e innominada (fls. 64 a 74).

Igualmente, **Protección** se opuso a las peticiones. Admitió la data de nacimiento de la actora y los traslados efectuados ante el fondo, último aspecto sobre el que explicó, 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. Propuso como excepciones de mérito las 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. 96 a 107).

Porvenir S.A. también se resistió a las súplicas. Tuvo como únicos hechos ciertos los relativos a las peticiones elevadas por la incoante; dijo no constarle algunos y no ser ciertos otros. Adujo que la demandante no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación o traslado suscrito por 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 inmersa en la causal fáctica de prohibición legal de traslado. Dice que en todo caso como la ciudadana se afilió en forma primigenia a Protección, corresponde a esta AFP atender las súplicas. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva total o parcial, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, e innominada (fls. 130 a 138).

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 25 de agosto de 2021, resolvió declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con las AFP Protección y Porvenir S.A. 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 de la precitada, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por los fondos privados 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 Protección ni Porvenir S.A. cumplieron 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, 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: **Colpensiones** busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado de la actora a la luz de lo dispuesto en el artículo 2º 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 incoante 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; con el agravante que la acción se halla prescrita. Acotó que el traslado de masivo de personas que alegan omisión de asesoría, supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados. Disintió finalmente de la condena en costas impuestas advirtiéndole que siempre ha actuado bajo los postulados de buena fe.

Porvenir S.A. también aspira a que se revoque íntegramente la decisión. Manifestó que en la medida en que el primer traslado al RAIS se efectuó en 1996 a través de la AFP Protección, no le es achacable falta u omisión alguna respecto a la consolidación de dicho acto jurídico. Discute adicionalmente, que las disposiciones legales vigentes a tal data, tales como el estatuto financiero y el literal b de la ley 100 de 1993, si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar la decisión de traslado, dichas disposiciones no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular, de modo que resulta suficiente el formulario de afiliación o traslado que en su momento suscribió la actora, que da cuenta de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor, luego, aduce, que no es cierto que se haya omitido dar una información suficiente para que aquella tomara la decisión de traslado, porque sí se llevó a cabo la mayor parte de actos informativos desconocidos por el sentenciador de primer grado. 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 1996, siendo imposible exigirse retroactivamente su aplicación.

Resalta que si en gracia de discusión se ratifica la indebida asesoría, se tenga en cuenta que el traslado primigenio lo efectuó Protección y por tanto, deviene imposible responsabilizar a Porvenir S.A. de omisión en el suministro de información a la afiliada, quien es la única AFP llamada a asumir los efectos adversos de la decisión judicial con su propio patrimonio en lo que se refiere a la restitución de descuentos realizados por comisiones, gastos de administración, pago de prima de seguros provisionales y descuentos con destino al fondo de garantía de pensión mínima. Por lo cual solicita sea modificada la sentencia en dicho aspecto.

En todo caso, arguye que resulta contrario a derecho ordenar la devolución de sumas adicionales por dichos conceptos, en tanto que si bien es cierto ingresan

al patrimonio de la AFP, se destinan a remunerar y cubrir los costos y gastos en que incurrió para tal fin, es decir, hechos consumados que hacen imposible que se pueda declarar la ineficacia y se ordene la restitución de estos valores. Esto dice, compaginado con lo señalado en el artículo 964 del Código Civil, que prevé que en toda restitución de frutos se abonará a quien la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos, que para el caso en concreto son los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el seguro previsional, lo cual, si se desconoce, conlleva su empobrecimiento injustificado. Máxime, cuando argumenta, los rendimientos producidos en el RAIS siempre serán superiores a los causados en el RPM, por tratarse de un fondo común.

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 de administración 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.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: El extremo activo, solicitó confirmar íntegramente la sentencia fustigada. Colpensiones y Porvenir S.A. replicaron los argumentos expuestos en la apelación elevada ante la juez *A-Quo*.

La AFP Protección no presentó 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 Protección y luego a Porvenir S.A., 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 Protección y 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 Higuera Petit 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 protagonista procesal suscribió un formulario de afiliación a Protección, el 29 de marzo de 1996 (fl. 36), el 31 de diciembre de 1999 otro documento de igual naturaleza ante Porvenir S.A. (fl. 142) y un tercer escrito fechado del 24 de agosto del año 2000 en el que nuevamente interviene Protección. Espacios temporales en los que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a la AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que ninguna de las AFP encartadas le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a éstas desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron 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 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 Claudia Fabiola Higuera Petit 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 Protección ni Porvenir S.A. 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-analísis, ya que, si bien la vinculación primigenia de la actora al RAIS se dio en 1996 (fl. 36), 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.

También se desestima 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.

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 Protección, ni en su oportunidad Porvenir S.A., con el deber de información, deberá Protección como última administradora del RAIS que cuenta desde el agosto del 2000 con los aportes de Claudia Fabiola Higuera Petit, 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 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.

Se advierte que, contrario a lo discutido por Porvenir S.A. sobre tal tópico, es claro que ambas AFP han de responder conjuntamente por los anteriores rubros, y de cara a los periodos en que se gestó la afiliación de la demandante. Dado que tal como lo señaló el órgano de cúspide de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia hito proferida sobre tal tópico (radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008), más allá de que la omisión en el suministro de información se configuró a partir del acto primigenio del traslado perfeccionado ante Protección, al mantenerse dicha conducta en el movimiento perpetrado ante Porvenir S.A., corresponde a cada fondo responder por los deterioros sufridos por el capital de la cuenta de ahorro individual de cara al espacio temporal en que se mantuvo el vínculo pensional.

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

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 \$400.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 25 de agosto 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 \$400.000 a cargo de cada una de ellas. Líquidense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Géves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized initial 'G' followed by a period.

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 17 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-003-2020-00198-00 promovido por **Germán Alonso Díaz Peña** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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. 113 a 144): Depreca el actor 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.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 27 de abril de 1965 y desde el 1° de julio de 1992 inició a efectuar aportes al sistema general de pensiones a través del ISS, del que mutó el 1° de diciembre de 1994 con destino a la administradora

Protección, y hacia Porvenir S.A., el 30 de enero de 1998. Periodos en los que ha logrado aportar 1.433 semanas al sistema general de pensiones. **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 acarrearían los cambios; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera nulidad de dicho acto. **3) Que** solicitó a los fondos privados la entrega de la información del suministro de la debida asesoría, sin obtener respuesta concisa y de fondo. Contrario a lo relacionado con el pedido de traslado hacia el RPM, tópico que generó un pronunciamiento abiertamente negativo.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido. Acepta como ciertos los hechos relacionados con la edad del actor y la reclamación administrativa elevada. Argumentó que el precitado 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: cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación pretendida, buena fe, prescripción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, e innominada.

Porvenir S.A. también se resistió a las súplicas. Tuvo como únicos hechos ciertos los relativos a las peticiones elevadas por el actor; dijo no constarle algunos y no ser ciertos otros. 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 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. Dice que en todo caso como el ciudadano se afilió en forma primigenia a Protección, corresponde a esta AFP atender las súplicas. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, e innominada.

Igualmente, **Protección** se opuso a las peticiones. Admitió la data de nacimiento de la actora y el traslado efectuado ante el fondo, último aspecto sobre el que explicó, 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. Propuso como excepciones de mérito las de falta de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, 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.

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 17 de agosto de 2021, resolvió declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que el accionante surtió con las AFP Protección y Porvenir S.A. Condenó a éstas a devolver al sistema los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, con los rendimientos que se hubieren causado. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM valide la afiliación del precitado, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por los fondos privados 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 Protección ni Porvenir S.A. cumplieron 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, 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: Colpensiones busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado del actor a la luz de lo dispuesto en el artículo 2º 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 incoante 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. Añade que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados.

Porvenir S.A. también aspira a que se revoque la decisión. Manifestó que desde el año 2004 el fondo da la posibilidad de traslado hacia Colpensiones, que no

fue utilizada por el afiliado, máxime, cuando, asegura, trimestralmente recibió información sobre su situación pensional; lo que se traduce en una inobservancia de las cargas que le asisten e impide que, a la data, utilice tal desidia en beneficio propio de cara a la pretensión de ineficacia instaurada. Resalta que, si en gracia de discusión se ratifica la indebida asesoría, tal falencia resulta saneada con los demás traslados efectuados por el incoante en otros fondos privados, que dice, convalidan la teoría de defensa planteada, es decir, cumplimiento del deber de información y voluntad de continuar afiliado al RAIS.

En relación con la devolución de sumas adicionales, dentro de las que se encuentran los gastos de administración y primas, refiere que si bien es cierto ingresan a su patrimonio, ellos son para remunerar y cubrir los costos y gastos en que incurrió para tal fin, es decir, hechos consumados que hacen imposible que se pueda declarar la ineficacia y se ordene la restitución de estos valores. Esto dice, compaginado con lo señalado en el artículo 964 del Código Civil, que prevé que en toda restitución de frutos se abonará a quien la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos, que para el caso en concreto son los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el seguro previsional, lo cual, si se desconoce, conlleva su empobrecimiento injustificado. Máxime, cuando argumenta, los rendimientos producidos en el RAIS siempre serán superiores a los causados en el RPM, por tratarse de un fondo común.

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.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Colpensiones y Porvenir S.A. replicaron los argumentos expuestos en la apelación elevada ante la juez *A-Quo*. El extremo activo, solicitó confirmar íntegramente la sentencia fustigada, mientras que la AFP Protección no alegó de conclusión.

3o. CONSIDERACIONES

Deberá establecerse si el traslado del petente del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual, primero ante Protección y luego a Porvenir S.A., 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 Protección y 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 Díaz Peña 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 el actor suscribió un formulario de afiliación a Protección, el 13 de marzo de 1995 y el 30 de enero de 1998 otro documento de igual naturaleza ante Porvenir S.A. Espacios temporales en los que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a la AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que ninguna de las AFP encartadas le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a éstas desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron al accionante sopesar 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 Germán Alonso Díaz Peña 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 fue asesorado en debida forma y que por ignorancia, no se acercó posteriormente a ampliar su conocimiento al respecto.

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

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 Protección, ni en su oportunidad Porvenir S.A., con el deber de información, deberá ésta como última administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Germán Alonso Díaz Peña, 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 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 íntegro reconocimiento. Así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias SL 1689-2019 y SL1421-2019, *“la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).”*.

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 \$400.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de agosto 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 \$400.000 a cargo de cada una de ellas. Líquidense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario



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

PROCESO:	EJECUTIVO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2017-00116-01
RADICADO INTERNO:	19.468
DEMANDANTE:	RAQUEL CABALLERO DE RINCÓN
DEMANDADO:	COLPENSIONES

**MAGISTRADA SUSTANCIADORA:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Cúcuta, Diecisiete (17) de Noviembre de dos mil veintiuno (2021)

En atención a las diferentes solicitudes radicadas por ambas partes, se hace necesario advertir que cualquier petición dirigida a solicitar la terminación del proceso por pago total debe ser interpuesta ante el Juez de Primera Instancia para que resuelva sobre su procedencia, atendiendo a que el recurso que se encuentra en curso fue remitido en efecto devolutivo y por ende, no limita la competencia del *a quo* para seguir conociendo paralelamente de esa clase de peticiones.

Respecto de la indicación del apoderado de la actora sobre que la solicitud de terminación del proceso por pago debe entenderse como un desistimiento tácito del recurso de apelación contra el auto que libro mandamiento de pago; se advierte que esto no encaja en los supuestos del artículo 317 del C.G.P. y si la parte demandada pretende, por celeridad judicial, desistir del recurso interpuesto debe indicarlo expresamente y estar facultado para solicitarlo, acorde a los parámetros del artículo 316 del C.G.P.

Por lo anterior, se requiere al apoderado judicial de COLPENSIONES para que aclare los alcances de su solicitud.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de Noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 24 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2020-00022-00 promovido por **Gloria Inés Cáceres Yañez** 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. 138 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.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 19 de enero de 1963 y desde el 15 de julio de 1987 y hasta el 30 de junio de 1995 aportó a la Caja de Previsión Social Departamental de Norte de Santander y la Municipal de San José de Cúcuta;

cotizaciones que desde el 1° de julio del mismo año están trasladadas al Fondo Territorial de Pensiones de Norte de Santander, a razón de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que dispuso la inmediata afiliación de servidores públicos, al régimen de prima media con prestación definida, de donde mutó el 30 de octubre de 1995 con destino a Protección, luego a Porvenir S.A. y luego de ésta última a la primera AFP del Horizonte, en abril de 2002. **2) Que** la vinculación al RAIS se realizó a través de formularios de ello, pero nunca fue advertida de los efectos negativos que conllevaba el traslado. Indica que dichos movimientos no fueron libres ni voluntarios al no mediar una verdadera asesoría sobre los riesgos y consecuencias que acarrearían 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 2** de septiembre de 2019, solicitó a Colpensiones y Porvenir S.A., información sobre las consecuencias, beneficios, perjuicios, proyección de pensión y capital necesario para efectos de acceder al beneficio pensional, sin obtener respuesta. **4) Que** el fondo privado le entregó la simulación de reconocimiento pensional en el RAIS cuyo resultado arrojó una mesada bastante desfavorable comparada con la que le hubiese correspondido en el RPM.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido. Argumentó que las cotizaciones efectuadas por la demandante no pertenecen al régimen de prima media administrado anteriormente por el ISS, pues siempre cotizó a regímenes especiales de donde se trasladó directamente 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: 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 casos de

ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, buena fe e innominada.

Igualmente, **Protección** -*quien fue vinculada al trámite a través de proveído dictado el 22 de abril de 2021*- se mostró en contra de las peticiones. Admitió la edad y data del traslado. 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 no tuvo injerencia en ello. Sobre la vinculación 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 e 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.

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 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. 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: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, y la genérica.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 24 de agosto de 2021, resolvió declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con las AFP Protección y Porvenir S.A. Condenó a éste último fondo *-donde se encuentran los recursos perseguidos-* 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 de la accionante del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas únicamente a Colpensiones.

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: Porvenir S.A. busca dejar sin efectos la sentencia en forma parcial. Manifestó que aun cuando se está conforme con la determinación adoptada en el sentido de condenar a Protección para que asuma de manera total la restitución de los descuentos de gastos de administración y seguro previsional, no sucede lo mismo con la declaratoria

de ineficacia del traslado en sí, 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 1º, 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 (artículo 16 ibídem), que suscribió la demandante que da cuenta de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor acorde a derecho. Resalta que si en gracia de discusión se ratifica la indebida asesoría y por ende, la declaratoria de ineficacia, se mantenga a cargo de Protección, la obligación de responder por la restitución de frutos, rendimientos, seguro provisional. Asimismo, la condenación en costas únicamente a cargo de la administradora del RPM.

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 previsual 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 2º 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, dice, 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 pidió la confirmación de la decisión de primer grado. Porvenir S.A. y Colpensiones replicaron los argumentos expuestos en la apelación elevada ante el *a-quo*.

La AFP Protección no presentó 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 Protección S.A. y luego a Porvenir S.A., adolece o no del consentimiento informado de aquélla. 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 Protección y 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 Gloria Inés Cáceres Yáñez 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 contrario a lo afirmado por Colpensiones, la actora sí estuvo válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, pues aunque siempre aportó a las Cajas de Previsión Social Departamental de Norte de Santander y Municipal de San José de Cúcuta, diáfano resulta que en tratándose de una servidora pública con relación laboral vigente para el 30 de junio de 1995 -cuando entró a regir el sistema general de pensiones en dicho sector-, su incorporación a dicho sistema operó por ministerio de la ley, de conformidad con lo previsto en los artículos 1° y 2° del Decreto 691 de 1994, cuyo contenido reza:

*“Art. 1º.- Incorporación de servidores públicos. **Incorpórase al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993** a los siguientes servidores públicos:*

*a) Los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, **departamental, municipal** o distrital, así como de sus entidades descentralizadas;*

Parágrafo. La incorporación de los servidores públicos de que trata el presente decreto se efectuará sin perjuicio de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 104 de 1994, Decreto 314 de 1994 y Decreto 1359 de 1993 y las normas que los modifiquen y adicionen.

Art. 2º.- Vigencia del Sistema General de Pensiones para los servidores públicos. El Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, comenzará a regir para los servidores públicos del orden nacional incorporados mediante el artículo 1o. de este Decreto, el 1o. de abril de 1994” -Se resalta-

De otro lado, se observa que la hoy incoante, suscribió tres formularios de afiliación al RAIS: el 30 de octubre de 1995 ante Davivir (hoy Protección); el 28 de abril de 1997 a Porvenir S.A. y el 29 de abril de 2002 frente a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (actualmente Porvenir S.A.). 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 Gloria Inés Cáceres Yáñez de la anotación: “*hago constar que la selección del régimen de aborro 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 asesorada porque su afiliación se perfeccionó El 30 de junio de 1995 a través de un funcionario del fondo privado que en ese entonces se conocía como Davivir, indicando que como el ISS se iba a acabar era muy importante trasladarse al fondo, confiándose por la angustia de la pérdida de los aportes hasta ese entonces ahorrados; sin resultar advertida acerca de las ventajas y desventajas del traslado, ni el eventual monto de la pensión de parte de ninguna AFP. Agregando que cuando sus colegas fueron pensionándose se enteró del “*engaño del que fue víctima*” pero que con anterioridad no se acercó a las entidades accionadas en búsqueda de asesoría porque siempre confió en la información que se le suministró.

No asumió entonces en su momento Protección ni posteriormente Porvenir S.A., 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 de la 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 Colpensiones sobre 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 Davivir (hoy Protección), luego a Porvenir S.A. y luego a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (actualmente Porvenir S.A.), no de ello puede inferirse que 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, 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.

Y es que si bien las entidades privadas afirmaron que brindaron la asesoría requerida para el caso, tenían la carga de acreditar que así lo hicieron, 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 Protección, ni en su oportunidad Porvenir S.A., con el deber de información, deberá esta como última administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Gloria Inés Cáceres Yáñez, 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.

Se advierte que, contrario a lo reflexionado por el funcionario judicial de primer grado, por tales rubros han de responder conjuntamente ambas AFP y de cara a los periodos en que se gestó la afiliación de la demandante. Dado que tal como lo señaló el órgano de cúspide de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia hito proferida sobre tal tópico (radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008), más allá de que la omisión en el suministro de información se configuró a partir del acto primigenio del traslado perfeccionado ante Protección, al mantenerse dicha conducta en el movimiento perpetrado ante Porvenir S.A., corresponde a cada fondo responder por los deterioros sufridos por el capital de la cuenta de ahorro individual de cara al espacio temporal en que se mantuvo el vínculo pensional.

Lo anterior, impone la obligación de modificar el apartado de la providencia apelada a fin de extender la orden de pago a las codemandadas de naturaleza privada.

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 íntegro reconocimiento. Así lo ha estimado la Corte Suprema

de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias SL 1689-2019 y SL1421-2019, “*la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).*”.

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 estas 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 de dicha decisión. Se modificará el numeral segundo de la sentencia a fin de precisar que compete a Protección y Porvenir S.A., reintegrar de las sumas descontadas a la actora a título de gastos de administración, seguro previsional y demás.

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 \$400.000. 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.- MODIFICAR la sentencia del 24 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en el sentido de precisar que compete a Protección y Porvenir S.A., reintegrar de las sumas descontadas a la actora a título de gastos de administración, seguro previsional y demás.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la decisión apelada y consultada.

TERCERO.- CONDENAR en costas Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de \$400.000 a cargo de cada una de ellas. Líquidense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 17 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2020-00085-00 promovido por **Nubia Esthela Rodríguez Ayala** contra la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección** 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: (fls. 32 al 45): 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; así como cualquier otro derecho que se halle demostrado por conducto de las facultades ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 5 de abril de 1964, y se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS desde el 1° de febrero de 1996, del que mutó el 1° de junio de 1998 con destino a la administradora Davivir (hoy Protección). **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 acarrearía dicho cambio; falta de información que dice, revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera nulidad de dicho acto. **3) Que** petitionó 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 únicos hechos ciertos, los relativos a la edad, fechas de afiliación al RPM, traslado hacia el RAIS y la 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 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, buena fe y la genérica.

Igualmente, **Protección** se opuso a las peticiones. Admitió la edad de la actora, su afiliación al RPM y data de traslado al RAIS. 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. Propuso como excepciones de mérito las 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.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 17 de marzo de 2021, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con el fondo de pensiones Protección. 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 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. 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 Protección, 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 de la 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 la accionante 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 resulte justificación suficiente para enervar el acto, su falta de diligencia y cuidado al constatar el contenido del documento suscrito. 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. 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.

Protección eleva también 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.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Colpensiones y Protección replicaron los argumentos expuestos en la apelación elevada ante el *a-quo*. Mientras la activa, no alegó de conclusión.

3o. CONSIDERACIONES

Deberá establecerse si el traslado de la actora del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual ante Protección, 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 las AFP 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 Nubia Esthela Rodríguez Ayala para hacer efectivas las mutaciones de régimen pensional, fue informado, 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 actora suscribió un formulario de afiliación a Davivir (hoy Protección), el 1° de junio de 1998, 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 a la accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

No obstante, ninguna probanza en tal sentido se arrimó, más allá del mismo formulario de afiliación, que en todo caso a nada conduce para ese propósito, pues, el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Rodríguez Ayala 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 fue asesorada porque su afiliación se perfeccionó “*por error*” dado que siempre estuvo confiada en que mantenía vinculación con Colpensiones de cara a la afiliación primigenia, acotando que cuando las asesoras de Protección se acercaban a dar charlas, siempre manifestó que se hallaba en el RPM, sin que alguna la corrigiera. Reconoció no haberse acercado a indagar sobre su situación pensional o haber adelantado trámite de traslado porque siempre confió en que estaba afiliada en el otrora ISS, percatándose de que no era así cuando ya tenía la edad en que se configura la prohibición del traslado.

No asumió entonces Protección 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. 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.

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 Protección, con el deber de información,

deberá ésta como administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Nubia Esthela Rodríguez Ayala, 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 íntegro reconocimiento. Así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias SL 1689-2019 y SL1421-2019, *“la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).”*

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 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 Protección, por cuanto sus apelaciones resultaron imprósperas. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una \$400.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costas Colpensiones y Protección. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de \$400.000 a cargo de cada una de ellas. Liquidense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G .

Nidiam Belén Quintero Géives

José Andrés Serrano Mendoza

José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 20 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2021-00011-00 promovido por **María Ubaldina González Pabón** 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: Deprecia 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; 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 6 de julio de 1963 y el 17 de septiembre de 1981 se afilió al régimen de prima media con prestación definida, de donde mutó el 1° de abril de 2007 con destino a Porvenir S.A., regímenes donde ha cotizado un cúmulo de 1.460 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 9 de septiembre de 2020, solicitó a Porvenir S.A. la entrega de simulación de reconocimiento pensional en el RAIS sin obtener respuesta, pero que, en todo caso, resultaría desfavorable comparada con la que le hubiese correspondido en el RPM (\$2'821.121). **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, 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, 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, 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 20 de agosto 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 el espacio temporal 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 aun cuando la ineficacia tiene como propósito central el retrotraer los efectos del acto jurídico como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones, como asegura, lo son, los hechos consumados como acontece en el sub lite, donde el fondo prestó sus servicios, administró los aportes y generó rendimientos. 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 ajeno al proceso. Circunstancia que asevera, contraría lo preceptuado por el inciso final del artículo 964 del Código Civil.

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. Y que, el acogimiento de las pretensiones representa una merma contraria a derecho del patrimonio del fondo privado y el aumento injustificado del perteneciente al RPM y la afiliada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La activa se ratificó en lo propuesto en el libelo 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. y Colpensiones replicaron los argumentos expuestos en la apelación elevada ante el *a-quo*.

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 María Ubaldina González Pabón 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 BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (hoy Porvenir S.A.), el 1° de febrero de 2007, época 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 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 asesorada porque su afiliación se perfeccionó en 2003 a través de un funcionario del fondo privado Horizonte, indicando que como el ISS se iba a acabar era muy importante trasladarse al fondo, confiándose por la angustia de la pérdida de los aportes hasta ese entonces ahorrados; 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 no fue coaccionada para la suscripción del formulario, tampoco fue informada en debida forma. Agregando que cuando sus colegas fueron pensionándose se enteró de la “*injusticia cometida*” pero que con anterioridad no se acercó a las entidades accionadas en búsqueda de asesoría. Dijo conocer la diferencia monetaria existente entre una y otra mesada pensional causada en ambos regímenes, producto del consejo profesional de sus abogados.

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.

También se desestima la afirmación de Porvenir S.A. sobre 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 María Ubaldina González Pabón, 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 \$400.000. 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 20 de agosto 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 \$400.000 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. 117, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se surte el grado de jurisdicción de consulta de la sentencia del 5 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios, Norte de Santander, dentro del proceso ordinario laboral con radicado 54-405-31-03-001-2019-00191-00 promovido por **Derian Arias Mejía** contra **Miguel Augusto Guiza Castellanos**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (Fls. 13 al 25) Depreca **Derian Arias Mejía** se declare a partir de la primacía de la realidad, que sostuvo un contrato de trabajo con Miguel Augusto Guiza Castellanos desde el 29 de marzo de 2016 hasta el 10 de febrero de 2017. En consecuencia, solicita se le condene al pago de aportes en pensión, ARL, caja de compensación familiar, cesantías e intereses de las mismas y vacaciones, causados durante la vigencia del contrato. Subsidiariamente demanda el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa (sic).

Adujo para ello: **1) Que** entre el 29 de marzo de 2016 y octubre 10 de 2017 trabajó para Miguel Augusto Guiza como conductor del vehículo con placas No. WDM- 634 del cual el enjuiciado es propietario y se encuentra inscrito en

la empresa Cooperativa de Transportes Especiales del Oriente. Última que suscribió contrato de servicios público de transporte con la Constructora Restrepo y Uribe S.A.S. **2) Que** la labor la ejercía bajo órdenes, directrices remuneración salarial y cumplimiento de horarios cubriendo la ruta de Cúcuta-Gramalote, Zulia, Cornejo, San Cayetano, Santiago y Viceversa, transportando personal de la Constructora Restrepo y Uribe SAS. **3) Que** devengaba una suma de \$800.000 con la disponibilidad 24/7 sábados a domingos en diversos horarios, cumpliendo con una jornada de más de 10 horas diarias nocturnas. **4) Que** no le fueron cancelados cesantías, e intereses de las mismas, cotización a pensión, salud, y ARL, a pesar de que desempeñaba una actividad de alto riesgo. **5) Que** el contrato 0424, 241 lo designa como conductor del vehículo de placa WDM-364 cuyo propietario es Guiza Castellanos. **6) Que** le fue terminado el contrato de trabajo de forma unilateral el 10 de octubre de 2017 y por ello acudió al Ministerio de Trabajo para a través de una conciliación lograr un acuerdo, lo cual fracasó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 40 al 45) **Miguel Augusto Guiza Castellanos**, se opuso a todas las pretensiones. Adujo que el accionante fue vinculado por un contrato de prestación de servicios el cual es de naturaleza civil y no como trabajador dependiente. Indica que solo se desempeñaba como conductor cuando se le solicitaba de manera esporádica. Precisó que le canceló por concepto de prestación de servicios durante 3 meses la suma de \$2.480.000 del 15 de noviembre de 2016 al 15 de febrero de 2017, contrato al que no se le hizo prórroga, debido a que el demandante le ocasionó unos daños a la camioneta dejándola botada y dañada. Dice que, si bien se realizó un contrato de transporte de servicio público, no significa que el demandante sea un conductor exclusivo, por lo que a su juicio no proceden los aportes de cesantías, ARL de acuerdo a lo señalado en el artículo 34 del CST.

Formuló las excepciones previas de: inepta demanda y conflicto de jurisdicción y competencia en tanto la demanda debía estar dirigida a un juez

civil, y las de mérito que denominó: poder insuficiente para actuar, prescripción, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Civil del Circuito de Los Patios Norte de Santander, el 5 de agosto de 2020, declaró no probadas las excepciones de inepta demanda, conflicto de jurisdicción y competencia, poder insuficiente para actuar y prescripción. Así mismo, declaró próspera la excepción de buena fe de acuerdo a la confesión planteada por la parte demandante y negó las súplicas.

Consideró que pese a encontrarse probada la prestación personal del servicio a partir de los contratos firmados por los litigantes, dada la falta de demostración de las partes sobre los hechos y la inasistencia de la activa a la audiencia preliminar que conllevó la aplicación de las consecuencias de la no comparecencia previstas en el artículo 77 del CPTSS, la relación surgida entre la partes se rigió por un contrato de prestación de servicio y no uno de carácter subordinado, ya que, no se logró probar los elementos constitutivos de un contrato de trabajo con fundamento en los artículos 77 del CPTSS, 191 y 205 del CGP.

3o. CONSIDERACIONES

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

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

interesa es lo que sucede en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido.

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

En el sub-análisis no fue objeto de discusión lo atinente a la prestación personal del servicio del actor en la medida que la pasiva alega la existencia de un contrato de prestación de servicios y no de un contrato de trabajo, gestado entre el 28 de marzo y febrero de 2017. En tal sentido, viable resulta en principio dar cabida al contenido del artículo 24 del CST en cuanto que presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Conjetura desvirtuada a partir de lo manifestado por el convocado a juicio en su contestación de demanda respecto a que el vínculo que verdaderamente lo unió al actor fue de naturaleza civil y excepcional (prestación de servicios). Dicho que se revistió de entera credibilidad ante la aplicación de los efectos de la contumacia ante la no comparecencia del demandante a la diligencia de que trata el artículo 77 del CPTSS a la cual fue citado, a partir de lo cual el sentenciador de primer grado declaró confeso “*que las labores desempeñadas por el actor fueron realizadas de manera autónoma e independiente*” y que “*la relación que ató a los litigantes en realidad fue a través de un contrato de prestación de servicios*”.

En tal sendero, al no reposar en el plenario elemento de prueba que contraste la realidad procesal anteriormente revelada, pues, además de que la

documental está compuesta por los contratos de prestación de servicios que refuerzan la tesis planteada por el demandado, la única testifical recaudada fue el interrogatorio de parte rendido por aquél, que se limita a ratificar lo expuesto en el escrito de contestación de demanda, es claro y patente que la prestación de los servicios de Derian Arias Mejía a favor de Miguel Augusto Guiza Castellanos, no se dio en ejecución de una relación laboral subordinada. Como a idéntica conclusión llegó el juez *A Quo*, se confirmará la decisión de primera instancia.

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

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 5 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios, Norte de Santander, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Derian Arias Mejía contra Miguel Augusto Guiza Castellanos**.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G .

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

José Andrés Serrano Mendoza

Melissa M.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario

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



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 24 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-498-31-05-001-2019-00240-00 promovido por **Deisy Esperanza Castro Jiménez** contra **José Efraín Muñoz Villamizar** y **Bienes Inmobiliarios Muñoz S.A.S.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (Fls. 1 al 18) Depreca la actora se declare que entre ella y Bienes Inmobiliarios Muñoz SAS, existió un contrato de trabajo desde el 23 de julio de 2013 y hasta el 31 de octubre de 2018. En consecuencia, solicita se condene tanto a la sociedad como a su representante legal (José Efraín Muñoz Villamizar), al pago de los salarios dejados de percibir durante el vínculo laboral, liquidación de las prestaciones sociales definitivas (cesantías, intereses a éstas y prima de servicios) y las que se causaron durante la vigencia del contrato; así como las vacaciones compensadas en dinero. Pide también, auxilio de transporte, aportes al sistema de seguridad social integral (pensión, salud y riesgo laborales), indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria de la que trata el artículo 99 numeral 3º de la Ley 50 de 1990 y la del artículo 65 del C.S.T., indexación de las condenas, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** el 23 de julio de 2013, fue vinculada por José Efraín Muñoz Villamizar a través de un contrato de trabajo verbal, para desempeñar oficios varios en la arrendadora Bienes Inmobiliarios Muñoz SAS, mismos que ejecutó en forma continua, permanente y durante todos los días de la semana, incluyendo los sábados. **2) Que** la relación laboral terminó el 31 de octubre de 2018 sin justa causa. **3) Que** para el 2013 y 2014 devengó un salario de \$300.000 mensuales, en el 2015 y 2016 \$400.000 y entre 2017 y 2018 \$450.000 más \$15.000 de comisión por casa arrendada y el 1,5% sobre la venta de inmuebles. **4) Que** durante la vigencia del contrato de trabajo nunca le cancelaron las prestaciones sociales, tampoco fue afiliada a la seguridad social integral (salud, pensión y riesgos laborales), ni recibió el auxilio de transporte. **5) Que** para 2013 y 2014 recibió por concepto de liquidación \$300.000.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:(fls. 43 al 56) **José Efraín Muñoz Villamizar**, dio respuesta en calidad de persona natural y representante legal de la sociedad Bienes Inmobiliarios Muñoz S.A.S., oponiéndose a las peticiones. Adujo que la demandante fue vinculada para realizar funciones de manera externa a las oficinas de la inmobiliaria, contactando clientes y potenciales compradores, actividad que dice, no exigía cumplimiento de horario pues simplemente se requería de resultados en la gestión encomendada. Expresó que no existió subordinación en tanto la trabajadora, nunca estuvo obligada al cumplimiento de órdenes porque no realizó labores al interior de la empresa.

Indicó que la labor de la actora fue pobre y casi nula donde escasamente se realizó una venta de un inmueble durante el tiempo que hizo gestiones en la inmobiliaria, a pesar de lo cual cumplió con las comisiones pactadas. Manifestó que los bajos resultados llevaron a una crisis económica a la inmobiliaria, aunado a que la mencionada asumía comportamientos agresivos y groseros con los demás empleados. Explicó que los certificados laborales que la demandante anexa como prueba corresponden a una colaboración que solicitó para acceder a créditos bancarios. Preciso que para 2013 y 2014 sí se le pagaron

sumas de dinero por concepto de liquidación. Refirió que primero había sido apoderado de la demandante llevando distintos procesos judiciales en su representación, por lo que se causaron unos honorarios, motivo por el que la vinculó para trabajar con él. Dice que pactaron compensar las acreencias laborales que se hubiere generado por su labor en la inmobiliaria con lo adeudado por sus honorarios como abogado. Añadió que la demandante sí disfrutó de la seguridad social por medio de los beneficios de subsidio estatal que percibía por su avanzada edad (más de 55 años), y que no la afilió directamente para no ocasionarle perjuicios representados en la pérdida de dichas prebendas.

Esgrimió las excepciones que denominó inexistencia de vínculo laboral, buena fe por la pasiva que exonera de responsabilidad indemnizatoria, falta de legitimación en la causa por activa por carencia de vínculo laboral, excepción de prescripción y caducidad de la acción, excepción de pago y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña el 24 de junio de la calenda que avanza, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y Bienes Inmobiliarios Muñoz S.A.S. por el periodo comprendido entre julio 25 de 2013 y 31 de octubre de 2018. En consecuencia, condenó a la sociedad por acciones simplificada a pagar a favor de la protagonista procesal, cesantías (\$3.592.370) y sus respectivos intereses (\$210.085), primas de servicios (\$1.750.715), vacaciones compensadas en dinero (\$875.360), indemnización por despido sin justa causa (\$2.473.933), sanciones de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 (\$19.215.590) y 65 del CST (\$26.041 diarios), aportes al subsistema de pensiones e inclusive los de salud -sobre un ingreso base de cotización del salario mínimo como prevé el artículo 22 de la Ley 100 de 1993-. Absolvió a la empresa de las demás pretensiones incoadas. Y, halló probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto de José Efraín Muñoz.

Encontró dentro del acervo probatorio carta mediante la cual la empresa demandada llamaba la atención a la actora por sus malos comportamientos con sus compañeros de trabajo, al igual que certificados laborales emitidos por la sociedad; documentos que, en su juicio, son prueba inequívoca de la existencia de una relación laboral. Adujo en cuanto al hecho de que la pasiva manifestara que tales correspondían a un favor para la actora, que tal afirmación no resulta suficiente en tanto debía allegar otras pruebas que así lo demostraran. Concluye que la pasiva, como le correspondía, no logró desvirtuar la presunción establecida en favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN: Bienes Inmobiliarios Muñoz SAS aspira a que se revoque la decisión. Manifestó que no se puede exigir lo imposible. En este caso, probar que la actora haya solicitado certificados laborales con la finalidad de realizar créditos bancarios, pues de manera deshonestamente sustrajo archivos de la empresa con información que le servía para controvertir la presunción, por lo que se encuentra en imposibilidad de probar tal hecho y, además, que el propósito del documento que contenía el llamado de atención, fue corregir su mal proceder.

Considera que el principio de la primacía de la realidad no puede ser absoluto porque asegura, se debe revisar la voluntad de las partes al momento establecer un vínculo contractual. Reitera que desde un comienzo se advirtió a la incoante que iba a prestar un servicio sin ningún tipo de vinculación laboral; hecho que dice, fue ratificado por los testigos. Solicita se tenga en cuenta su buena fe dado que el *a-quo* no analizó la situación que revistió la relación entre las partes, sin que surgiera un contrato de trabajo.

Alega la nulidad prevista en el artículo 121 del CGP, la cual a su juicio no fue tomada en cuenta. Solicita sea examinado puntualmente el numeral 7 respecto a los movimientos posteriores realizados dentro del proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Las partes litigantes no alegaron de conclusión.

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 Bienes Inmobiliarios Muñoz SAS, y (ii) si es viable la aplicación de la nulidad prevista en el artículo 121 del CGP numeral 7.

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. 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.

Bajo el referente normativo, se ilustra la importancia y trascendencia de los elementos configurantes del contrato de trabajo, siendo patente que aquel que le imprime la connotación de labor dependiente, es el relacionado con la **subordinación**. Entendida como la **potestad permanente** que reviste al empleador de **exigir** a quien le presta el servicio **el cumplimiento de órdenes** en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, **y disciplinarlo, existiendo correlativamente la obligación del segundo de obedecer tales determinaciones.** (SL13020-2017).

En el sub-análisis, la actividad personal de Deisy Esperanza Castro Jiménez en favor de la pasiva, del 25 de julio de 2013 al 31 de octubre de 2018 está plenamente acreditada. Nótese como, desde la misma contestación que se hace al libelo genitor, se admite que la mencionada fue contratada para *“realizar funciones de manera externa a las oficinas de la inmobiliaria, contactando clientes y potenciales compradores”*. Por tanto, a partir de la presunción aludida, se tiene hasta este momento, que la susodicha relación laboral surgida entre los litigantes, está regida por un contrato de trabajo.

Ahora, como alegan los codemandados que tales servicios se ejecutaron o llevaron a cabo en virtud de un contrato *“independiente”*, asemejado al de prestación de servicios celebrado, donde la actora gozaba de autonomía en la ejecución de sus labores y no se dieron los elementos propios de la subordinación jurídica, pues *“solo se requería de resultados en la gestión encomendada”*, imperativo resulta auscultar el acervo probatorio a fin de determinar si efectivamente, tal aserto corresponde a la realidad o por el contrario, la presunción legal acotada y hasta este momento en pleno vigor, se confirma plenamente.

Como pruebas históricas se cuenta con el interrogatorio de **José Efraín Muñoz Villamizar**, quien manifestó que conoció a la demandante porque hace 10 años lo buscó como profesional del derecho para que le adelantara unos procesos. Motivo por el cual la misma asistía con frecuencia a las instalaciones de la empresa. Refirió que la actora contó que se encontraba pasando una difícil situación económica y le pidió ayuda, por ello cuando estuvieron necesitando de una persona, fue vinculada para que prestara el servicio de captación de inmuebles. Explicó que desde el comienzo que fue contratada se le informó que su actividad era externa a la de la oficina, pues el único interés en sus servicios era que realizara su gestión y presentara inmuebles para la venta.

Aduce que lo pactado con la incoante fue el pago de un básico mensual para que pudiera solventar los gastos de transporte. Dice que las comisiones eran reconocidas así: por cada inmueble que arrendara se le pagaban \$15.000 y por

cada venta de un inmueble el 1,5%. Señaló que solo hizo una venta, la cual fue más gestión de él y, sin embargo, siempre se le canceló mensualmente. Preciso que nunca se le dieron ordenes pues la demandante realizaba sus funciones durante su tiempo. Indicó que no se le exigía el cumplimiento de horario, pero ésta empezó a llegar a las 7 a.m. a las instalaciones de la empresa. Respecto a los certificados laborales aportados, explicó que sí fueron expedidos por la empresa porque la demandante pedía que le ayudaran para poder acceder a créditos bancarios, y que *“como ella rogaba para que la ayudarán se le expidió esos certificados”*. Señaló que la demandante portaba un carné y uniforme porque era una forma de identificación con la inmobiliaria cuando iba a realizar el arrendamiento o venta de algún inmueble, para generar más seguridad. Aclaró que la actora tenía llaves de las oficinas porque en una ocasión que pasó a esa hora por la empresa, estaba lloviendo y vio que se estaba mojando y por eso autorizó para que le dieran unas llaves, fecha a partir de la cual empezó a cumplir horario.

También se cuenta con el testimonio de **Arley Vidal Álvarez**, técnico en sistemas. Quien manifestó que conoce a Efraín Muñoz desde que abrió sus oficinas en el año 2013 y a la actora porque ella trabajaba con él. Explica que el primer acercamiento que tuvo con la empresa fue porque el demandado lo asesoró en un proceso divisorio, además porque acudió a la inmobiliaria para que le colaboraran arrendando una casa habitación de su propiedad. Indicó que su mamá tuvo un negocio diagonal a la sociedad demandada desde el 2005 hasta el año 2015, por ello conoce que la empresa estuvo ahí desde el 2013 a 2017, espacios durante los cuales veía a la actora con uniforme abriendo las oficinas en algunas oportunidades. Explicó que visitaba las oficinas del señor Muñoz muy esporádicamente, pero cuando iba veía a la demandante en un *“stand”* prestando sus servicios de asesoramiento.

Otro deponente fue **José Ignacio Flores Bautista**, quien cuenta con estudios de bachillerato. Manifiesta que conoce a la incoante por la inmobiliaria Muñoz, ya que la empresa le llevaba unos casos, y siempre que iba con su cónyuge, estaba la demandante, quien lo atendía cuando no estaba su compañera Eliana.

Acotó que frecuentó la sociedad cada 8 o 15 días, durante un año. Indicó que vio a la actora recibir órdenes por parte de su compañera Eliana, quien le pedía que fuera a pagar una factura o a visitar algún inmueble.

Asimismo, se oyó a **Eliana Julieth Guerrero Paredes**, profesional en contabilidad. Señaló que conoce hace 17 años al demandado Efraín Muñoz y que laboró como su secretaria hasta diciembre del año 2020. Expresa que conoció a la actora porque llegó a la inmobiliaria para solicitar asesoría de unos procesos y por ello frecuentaba mucho la oficina, naciendo a partir de allí una amistad en la que le comentaba de su vida y sus situaciones personales, como el hecho de que se encontraba careciendo de dinero y tenía muchos problemas bancarios. Indicó que le comentó a su jefe Efraín Muñoz sobre la situación de la actora y le pidió que le colaborara; petición a la que asegura, aquel accedió y resolvió contratarla para la venta de unos inmuebles y la captación de casas, en la que se ganaría \$15.000 por cada casa arrendada y por cada venta de inmueble el 1,5%. Explicó que la demandante *“portaba uniforme porque visitaba casas donde debía identificarse en las visitas, más que todo era por seguridad.”*

Refirió que le dio las llaves de las oficinas porque a veces ella debía hacer diligencias y se demoraba, también, porque en ocasiones requería de un computador para mostrar algunas fotos, o para sacar alguna papelería. Señaló que nunca tuvo puesto de trabajo, y que, por el contrario, se adueñó de un equipo de cómputo que se le prestaba porque como algunos clientes no se desplazaban hasta los inmuebles que estaban en venta, procedía a enseñar las fotos de los bienes en dicho computador, precisando que *“Ella estaba en el rebusque de casas para poder ganarse la comisión, no tenía computador, solo se le prestaba”*. Explicó que el llamado de atención que se le hizo era precisamente para que no asistiera más porque no tenía razones para estar en el lugar y su presencia estaba generando problemas en la empresa, ya que, era grosera con los clientes que asistían a las instalaciones. Aceptó haber elaborado los certificados laborales que hoy presenta la demandante, porque ésta le pidió ese favor para poder acceder a créditos bancarios. Respecto a la remuneración, señaló que se

le daba un básico para que pudiera ayudarse con sus gastos, el cual se le pagaba vendiera o no inmuebles.

Por su parte, **Jessica Suarez Pérez**, abogada de profesión, manifiesta que conoce a José Efraín Muñoz, porque la hermana trabajó con él en la inmobiliaria. Indica que realizó en la empresa demandada unas prácticas como estudiante de derecho y luego continuó trabajando como abogada. Manifiesta que conoció a la demandante cuando ingresó a trabajar para Efraín Muñoz. Explicó que, durante ese tiempo, tuvo varias conversaciones con la actora donde le comentaba que ella se dedicaba a vender inmuebles. Adujo que la veía portar un uniforme, que *“de acuerdo a lo que le decían era para que se identificara con el nombre de la empresa y por seguridad”*. Dijo que la demandante nunca recibió órdenes y tampoco vio que le llamaran la atención, puesto que iba muy esporádicamente, precisando que nunca cumplió horario en la oficina pues llegaba en las horas de la tarde, prendía el televisor y veía novelas, pero que nunca la vio trabajando.

La última testigo fue **Mónica Juliana Pinto Tolosa**, bachiller y actual asistente del demandado Efraín Muñoz. Informa que conoce a la actora porque trabajó con su jefe, y a veces iba a las instalaciones a recoger papeles esporádicamente. Expresa que nunca le dieron ordenes, y usaba uniforme por seguridad. Refiere que no tenía puesto de trabajo y que ocasionalmente utilizaba el computador para mostrar fotos de las ventas de inmuebles. Dijo que le constaba que su jefe le llevó procesos, y fue pactado en un escrito que se compensarían sus honorarios profesionales con las prestaciones de servicios profesionales de la actora, misiva que indica, se llevó esta última. Añadió que Castro Jiménez tenía llaves de la oficina porque a veces llegaba más temprano que los demás, llovía y se mojaba entonces se tomó dicha medida, adicional porque a veces requería de papelería de la oficina como documentos y formatos relacionados con el arrendamiento de inmuebles, ventas o para acceder a las llaves de apartamentos y mostrarlos.

La documental que interesa está conformada por piezas correspondientes a: certificado de existencia y representación legal de Bienes Inmobiliarios Muñoz SAS (fls. 20 al 23); certificado laboral del 23 de mayo de 2016 (fl. 24); llamado de atención escrito (fl. 25); carta mediante la cual se informa la necesidad de prescindir de los servicios personales de la actora del 5 de octubre de 2018 (fl. 26); escrito mediante el cual, la demandante informa que hace entrega de 3 uniformes y demás implementos que quedaron en el puesto de trabajo (fl. 27); cuenta de cobro por concepto de comisiones por arrendamiento de inmuebles (fl. 28); recibo de caja menor del 7 de julio de 2018 correspondiente al sueldo de 2 quincenas de los meses de mayo y junio (fl. 29); carné de la empresa Bienes Mobiliarios Muñoz donde aparece la demandante como asesora de ventas (fl. 30); y boletín de la Cámara de Comercio donde aparece foto del demandado con la demandante y demás compañeras uniformadas (fls. 32 al 33).

Del estudio del cúmulo probatorio, diáfano resulta que, la varias veces mencionada presunción legal (artículo 24 CST), no logró derruirse por parte de los destinatarios de la pretensión, al contrario, se ratifica. En efecto, con el documento que reposa a folio 27 del plenario, se verificó un acta de entrega, donde la demandante relaciona tres (3) uniformes y otros implementos que quedaron en su puesto de trabajo, carné expedido por la empresa que la identifica como “*asesora de ventas*”; hechos confirmados por el codemandado Efraín Muñoz y las testigos Eliana Julieth Guerrero, Jessica Suárez y Mónica Juliana Pinto Tolosa. Situaciones fácticas que encuentran respaldado en el boletín de la Cámara de Comercio donde aparece registro fotográfico del enjuiciado Efraín Muñoz junto con las trabajadoras a su cargo -incluida la activa- debidamente uniformadas, y a quienes se hacía un reconocimiento por el día de la secretaria (fls. 32 y 33).

Y es que aun cuando el demandado Efraín Muñoz y las deponentes Eliana Julieth Guerrero, Jessica Suárez y Mónica Juliana Pinto Tolosa, se esforzaron por hacer ver que la relación que existía era de naturaleza civil, pues indicaron

que la actora sólo prestaba sus servicios en la captación de inmuebles de manera externa a las instalaciones de la empresa y que el uniforme y carné que portaba la activa tenía por único objetivo brindar tranquilidad y seguridad a los clientes, cierto es que dichas acciones son propias de una relación regida por un contrato de trabajo. Mírese como, para que la demandante pudiera realizar la gestión encomendada debía usar un distintivo propio de la empresa que le permitiera garantizar la confianza en la clientela interesada en la compra y arriendo de inmuebles.

También se logra extraer de la testimonial practicada, que la actora estaba autorizada para sacar insumos de las instalaciones de la oficina como papelería, formatos de contratos de arrendamiento y venta de inmuebles, y para usar los computadores de la sociedad enjuiciada -incluso por fuera de las instalaciones- porque allí se encontraba la información que le facilitaba mostrar a potenciales arrendatarios y compradores los bienes inmuebles que se encontraran ofertados. Todos estos elementos llevan a concluir sin dubitación alguna, que Deisy Esperanza Castro Jiménez no ejecutó la labor encomendada de “*asesora de ventas*” bajo una verdadera independencia y autonomía, por el contrario, se evidencia que se encontraba supeditada al recibo de instrucciones en relación con los clientes a captar, entrega de insumos y aval para portar distintivos de la empresa que le permitían realizar con éxito sus funciones.

En ese orden, no es de recibo lo discutido por la enjuiciada en su apelación, cuando indica que se encuentra en imposibilidad de probar que la expedición de los certificados laborales obedeció a un favor que “*rogó*” la hoy accionante para lograr acceder a créditos bancarios, y que la única información con que podía controvertir la presunción surgida en favor de la actora, está contenida en un equipo de cómputo sustraído por ésta. Por cuanto ha sido criterio jurisprudencial reiterado y pacífico del órgano de cúspide de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, el que aun cuando los certificados laborales se reputan ciertos, el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su

contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva, circunstancia que brilla por su ausencia, por lo que no se equivocó el *A Quo* al señalar que hubo carencia de elementos probatorios, pues el solo hecho de alegar la imposibilidad probatoria resulta insuficiente para derruir la validez del medio de convicción aportado (SL14426-2016, SL6621-2017 y SL2600-2018). Es más, ni siquiera se acreditó que la supuesta conducta penal reprochable hubiese sido puesta en conocimiento del ente acusador competente para investigarla.

En cuanto al documento que contiene el llamado de atención, arguye el recurrente que su único objetivo era corregir el mal proceder de la actora. Al respecto cabe memorar que tal conducta es propia de la subordinación laboral, si se tiene en cuenta que solo bajo el marco de un contrato de trabajo se le permite al empleador impartir órdenes o llamados de atención con la finalidad de lograr un objetivo misional, evento que demuestra que en realidad se presentó un desequilibrio contractual entre las partes que confirma la falta de independencia de la demandante en la realización de las funciones. Recuérdesse, si bien es dable que en la ejecución de contratos de naturaleza civil (como el de prestación de servicios), el contratista sea supervisado y reciba instrucciones técnicas sin que ello desdibuje la independencia o autonomía de aquel (Ver Sentencia SL 6621/2017); tal circunstancia no acontece en el sub lite en tanto que los pormenores revelados por los testigos y confesados por el también demandado José Efraín Muñoz Villamizar dan cuenta de la realización continua de labores en horarios específicos, acatamiento de instrucciones, remuneración mensual –con independencia del cumplimiento de las metas trazadas- y dotación. Elementos propios del contrato de trabajo.

Se equivoca el apelante cuando manifiesta que debe primar la voluntad de las partes al momento de contratar, porque desde un comienzo le advirtió a Castro Jiménez que iba a prestar un servicio, sin ningún tipo de vinculación laboral. Porque mal podría acudirse en el marco de las relaciones de trabajo a la aplicación de las normas que regulan el contrato de prestación de servicios

conforme lo pide el recurrente, más, cuando es claro que la determinación de existencia o no del contrato laboral, depende de las dinámicas propias que converjan durante el vínculo, que logren configurar y/o acreditar los requisitos impuestos por la ley. Bajo esa arista no resulta acertado recurrir a lo convenido por las partes en tanto el contrato de trabajo se estructura de acuerdo al mandato legal dispuesto para ello (artículo 23 CST).

Sobre este punto, oportuno resulta traer a colación la diferencia entre un contrato de trabajo y un contrato civil, a partir de lo reseñado por la jurisprudencia constitucional como por ejemplo la sentencia C-016-98:

(..) Esa distinción, entre el contrato civil y el contrato laboral, se ha ido afianzando a través del tiempo y encuentra origen en el reconocimiento de la situación de asimetría en la que se encuentran las partes, la cual no permite presumir que el acuerdo de voluntades se produzca a partir del ejercicio no interferido ni restringido de la autonomía de cada una de ellas, como si ocurre en el contrato civil, y en la evolución misma de las sociedades que reivindican el trabajo como un valor y un principio esencial del Estado, y como un derecho fundamental de las personas de cuya realización efectiva depende el desarrollo de la misma en condiciones de dignidad. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el contrato civil, el contrato de trabajo es la fuente de la relación laboral, cumple una función reguladora complementaria de las condiciones establecidas en la Constitución y en la ley, condiciones que las partes no están en capacidad de transgredir, empeorar o desconocer, pues ello implicaría la nulidad de sus cláusulas. (...)

Queda visto que una diferencia tangencial entre ambas modalidades de contratación es la condición del equilibrio entre las partes al momento de su vinculación, bajo el entendido que donde existe una asimetría entre estos, mal se puede predicar que existe autonomía e independencia por parte del prestador del servicio que le permita disponer con libertad de su tiempo para ejecutar las tareas o funciones para el que fue contratado pues se encuentra bajo condiciones de subordinación que se lo impiden —como aquí se acreditó—

En cuanto a la solicitud de la parte demandada de que se tenga en cuenta que su conducta estuvo revestida de buena fe, se debe señalar que de cara a la **indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del CST**, 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.

Como razones para contender la condena impuesta a título de sanción del artículo 65 del CST, discute la encartada que no se tuvo en cuenta la situación que revistió la relación contractual surgida con la actora toda vez que a su juicio no surgió un contrato de trabajo y que de probarse su existencia es un hecho nuevo. Debe precisarse que dichos argumentos por sí solos no denotan un comportamiento dotado de rectitud, en la medida que las pruebas incorporadas en el expediente, valga decir, las documentales y de los testimonios practicados, se extrae que Bienes Inmobiliarios Muñoz SAS, al momento de contratar a Deisy Esperanza Castro, tenía plena conciencia de que en realidad se había perfeccionado un contrato de trabajo, pues de la conducta desplegada por la pasiva se evidencia que sí existía una creencia de que la actora hacía parte del equipo de trabajo como lo demuestra la foto publicada en un boletín de la Cámara de Comercio por la conmemoración del “*día de la secretaria*”, observándose a la deprecante dentro del grupo de trabajadoras del lugar (fls. 32 y 33). Comportamiento que no resulta propio de una trabajadora externa y autónoma. Así mismo el testigo José Ignacio Flores manifestó que la constaba que aquella estaba subordinada porque en una ocasión que visitó la empresa vio cuando le ordenaron el pago de una factura y realizar actividades propias de la inmobiliaria.

Vista así las cosas, no se extrae un proceder recto y honesto por parte de la enjuiciada que justifique su actuar por haber tenido la convicción de que obró ajustada a derecho, pues, como se mostró, su comportamiento estaba orientado a burlar los derechos laborales de la demandante, oponiéndose incluso a la prosperidad de las pretensiones pese a tener conocimiento de que en realidad se perfeccionó un contrato de trabajo a través del cual la precitada

prestó sus servicios como asesora de ventas en la inmobiliaria entre el 23 de julio de 2013 y octubre 31 de 2018, de manera subordinada y con un salario fijo mensual de \$450.000 más comisiones.

Finalmente, fue propuesta por la apelante, nulidad determinada en el artículo 121 numeral 7. A su juicio el juez primigenio, perdió competencia al infringir el citado precepto legal mediante el cual se señala: “*Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal.*”. Indica que para el presente caso se emitió sentencia judicial por fuera de los términos señalados en la norma invocada por lo que considera se presenta una nulidad sobre las actuaciones desarrolladas.

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, el proceso ordinario laboral fue admitido el 2 de julio de 2019 (fl 38) y el plazo otorgado por el artículo 121 del CGP para la duración del proceso en primera instancia (un año), feneció el 2 de julio de 2020, fecha en la cual no se presentó ningún reparo por la parte demandada y dejando sobrepasar el límite hasta el 24 de junio de 2021, calenda en la que el *a-quo* profirió la sentencia objeto de ataque. En consecuencia, no resulta procedente el estudio propuesto por el recurrente.

En síntesis, como quedó demostrado que el vínculo de trabajo sostenido entre Deisy Esperanza Castro Jiménez y Bienes Inmobiliarios Muñoz S.A.S., estuvo regida por un contrato de trabajo, se confirmará la decisión de primer

grado en tanto tuvo por acreditada tal situación y en tal línea, ordenó el pago de las acreencias laborales causadas.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP, aplicado por remisión normativa prevista en el 145 del CPTSS, se condenará en costas a la sociedad enjuiciada, por no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada \$300.000 a favor de la demandante. 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 24 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña.

SEGUNDO.- COSTAS a cargo de la pasiva Bienes Inmobiliarios Muñoz SAS. Inclúyase como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$300.000. Líquidense de manera concentrada en el Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G .

Nidiam Belén Quintero Géves

José Andrés Serrano Mendoza

José Andrés Serrano Mendoza

Melissa M.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 117, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 18 de noviembre de 2021.



Secretario