



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

Cúcuta, Primero (01) de Diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2015-00300-01
RADICADO INTERNO:	17.504
DEMANDANTE:	CEFERINO BUSTOS HIGUERA
DEMANDADO:	E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario Laboral instaurado por el señor CEFERINO BUSTOS HIGUERA contra la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO, con radicación única 54-001-31-05-001-2015-00300-01 y radicado interno No 17.504, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra la sentencia del 16 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones de la parte actora.

El señor CEFERINO BUSTOS HIGUERA, mediante demanda ordinaria laboral, contra de la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO, pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de diciembre de 2003 hasta el 31 de octubre de 2011, en el cargo de conductor de ambulancia, servicios generales y ayudante de mantenimiento; y que se impongan las siguientes condenas:

- Diferencia salarial del 9 de diciembre de 2003 al 31 de octubre de 2011 entre los valores percibidos y los que correspondían acorde a certificado de salario de conductor de planta.
- Prestaciones sociales ordinarias no pagadas: cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios, vacaciones y auxilio de transporte.
- Moratoria por los salarios no cancelados de 2003 a 2015.
- Moratoria por no pago de prestaciones sociales.
- Bonificación por años cumplidos.
- Reajuste de primas de servicio, de navidad y de vacaciones, bonificación por años cumplidos y demás acreencias a que tenga derecho.
- Indemnización moratoria por la no consignación de cesantías, acorde al artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- Aportes al sistema de seguridad social integral.
- Beneficios convencionales de los artículos 23 a 35 y 42 de la Convención Colectiva del Trabajo.

- Indemnización por despido injusto.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, relata:

•Que, entre las partes se celebró un contrato de trabajo realidad, que inició el 9 de diciembre de 2003 cuando comenzó a prestar servicios en la entidad donde siempre estuvo subordinado hasta el 31 de octubre de 2011.

•Que, durante toda la relación nunca se realizaron exámenes de ingreso, periódicos u ocupacionales.

•Que, el actor realizaba labores de conductor de ambulancia, servicios generales y ayudante de mantenimiento, que son actividades propias, permanentes y necesarias para el giro normal de la entidad, pese a lo cual nunca fue incluido en nómina, desconociendo la Constitución, Ley, Convención y jurisprudencia.

•Que, entre las partes suscribieron 21 contratos de prestación de servicios detallados así:

N.	O.P.S. No	FECHA	OBJETO	VALOR	DURACIÓN
1.	205	09/12/2003	CONDUCTOR	\$340.925=	21 DÍAS
2.	204	01/01/2004	CONDUCTOR	\$278.940=	16 DÍAS
3	304	20/12/2004	CONDUCTOR	\$140.000=	8 DÍAS
4	106	04/04/2005	CONDUCTOR	\$477.000=	27 DÍAS
5	138	22/05/2005	CONDUCTOR	\$141.333=	8 DÍAS
6	162	01/06/2005	AUXILIAR MANTENIMIENTO	\$530.000=	1 MES
7	223	01/08/2005	CONDUCTOR	\$530.000=	1 MES
8	227	01/09/2005	CONDUCTOR	\$194.333=	11 DÍAS
9	306	14/12/2005	CONDUCTOR	\$300.322=	17 DÍAS
10	004	01/01/2006	CONDUCTOR	\$530.000=	1 MES
11	017	01/02/2006	CONDUCTOR	\$530.000=	1 MES
12	019	01/03/2006	CONDUCTOR	\$530.000=	1 MES
13	041	01/06/2006	CONDUCTOR	\$530.000=	1 MES
14	062	01/07/2006	CONDUCTOR	\$530.000=	1 MES
15	070	01/08/2006	CONDUCTOR	\$530.000=	1 MES
16	079	01/09/2006	CONDUCTOR	\$530.000=	1 MES
17	094	01/10/2006	CONDUCTOR	\$530.000=	1 MES
18	102	01/11/2006	CONDUCTOR	\$530.000=	1 MES
19	110	01/12/2006	CONDUCTOR	\$530.000=	1 MES
20	82	16/12/2009	AUXILIAR SERVICIOS GENERALES	\$950.000=	15 DÍAS
21	006	03/01/2011	CONDUCTOR	\$950.000=	29 DÍAS

•Que, además celebró acuerdo de cooperativismo con COOINDESAN LTDA. para ser CONDUCTOR-SERVICIOS GENERALES del 1 de enero al 31 de diciembre de 2007, del 1 de febrero al 31 de agosto de 2008, del 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2008, del 1 de enero al 31 de noviembre de 2009 (sic), del 1 de enero al 31 de diciembre de 2010 y del 1 de febrero al 31 de octubre de 2011.

•Que, el 31 de octubre de 2011 el empleador decide terminar el contrato de trabajo, sin realizar exámenes de egreso, ni notificar el estado del pago de aportes; desconociendo normas constitucionales, legales y convencionales.

•Que, presentó diferentes peticiones para reclamar documentos sobre la relación laboral, así como reclamaciones salariales durante el año 2013

1.2 Respuesta de la E.S.E HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO.

La demandada E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO, contestó señalando, que si bien el actor le prestó sus servicios como conductor de

ambulancia, lo hizo en desarrollo de órdenes de prestación de servicios de carácter temporal, así como en ejecución de contratos suscritos con una cooperativa de trabajo asociado y una empresa asociativa de trabajo, vinculación permitida por la Ley conforme lo dispone el Decreto 4369 de 2006.

Aclaró, además, que en todo caso, no podría hablarse de una única relación laboral en tanto que, hubo interrupciones que rompieron la solución de continuidad.

Indicó, que en los periodos en los que fue contratista directamente de la entidad, no estuvo sujeto al cumplimiento de órdenes en relación con el modo, tiempo o cantidad de trabajo. Dijo que debía convocarse al juicio a las Cooperativas de Trabajo Asociado Cooindesan CTA., y Norsacoop CTA., y la Empresa Servisuministros LTDA., en tanto fue a través de estas que, en algunos periodos, el demandante le prestó sus servicios. Refirió igualmente que para las instituciones de salud, la contratación por cooperativa fue una forma necesaria para suplir la carencia de personal en tanto por expresa prohibición de las autoridades administrativas de salud en el nivel territorial, no podían vincular directamente personal. Propuso las excepciones que denominó: “falta de integración de Litis consorcio necesario, prescripción parcial del derecho frente a unos contratos suscritos y vinculación realizada con cooperativa y buena fe”.

Mediante auto del 11 de agosto de 2015, se dispuso integrar la litis con las Cooperativas de Trabajo Asociado Cooindesan CTA., Norsacoop CTA., y la Empresa Servisuministros LTDA.; las cuáles fueron representadas mediante curador ad litem quien no se opuso a las peticiones en la medida en que, no le constan los hechos expuestos en la demanda.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia del 16 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, que absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante, declaró probadas las excepciones de buena fe y condenó en costas al actor.

2.2. Fundamento de la decisión apelada

El juez a quo, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que el problema jurídico gira en torno a determinar si entre las partes hubo un contrato realidad durante el período reclamado y si por ello tiene lugar a reconocer prestaciones sociales y convencionales detalladas en la demanda; alegando que ejerció como conductor de ambulancia, auxiliar de servicios generales y de mantenimiento, por lo que también reclama reajuste de salario acorde al personal de planta.

- Señala, que el demandante detalla su vinculación mediante contrato de prestación de servicios y cooperativas entre 2003 y 2011 por múltiples labores, respaldado en documental anexa pero que los testigos no otorgaron claridad en cuanto a la modalidad de la contratación, los extremos temporales, la continuidad en la prestación de los servicios pues solo coinciden en la prestación del servicio en las diferentes labores, dejando dudas sobre la forma en que era contratado. Tampoco permiten saber cómo terminó el vínculo contractual.

- Advierte, que el representante legal, pese a indicar que no conocía los hechos de la demanda, señaló que el actor no podía ser trabajador oficial porque solo hay dos conductores de planta en la entidad y desde que uno fue pensionado, esa vacante se cubre con prestaciones de servicio.

- Concluye entonces, que no se encontró demostrado un contrato de trabajo entre el petente y el Hospital Mental Rudesindo Soto, en tanto aquél no logró demostrar los elementos de contrato realidad, que por el contrario, lo que está probado es que prestó sus servicios a través de “órdenes de servicios” y cooperativas de trabajo asociado, vinculaciones que resultan legales en tanto lo fueron para que ejerciera de forma transitoria las labores de conductor de ambulancia, auxiliar de mantenimiento y servicios generales; existiendo interrupciones entre los diferentes vínculos.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 Apelación parte demandante

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, argumentada así:

- Señala, que el demandante tiene la calidad de trabajador oficial, pues inclusive es así reconocido por el representante legal de la demandada al señalar que el cargo de conductor estaba ocupado por 2 trabajadores oficiales pero que uno ya estaba pensionado, por lo que a nivel funcional y orgánico debía cubrirse debidamente; como explica la Corte Constitucional en Sentencias C-614 de 2002 y C.161 de 2012, esta clase de actividades permanentes no puede tercerizarse como irregularmente lo hizo la demandada al vincularlo inicialmente a través de órdenes de servicios y luego con cooperativas de trabajo asociado.

- Advierte, que esto se consagra en la misma convención colectiva al señalar su artículo 60 que el cargo de conductor ha de ser ejercido por un trabajador oficial y aquella es una actividad necesaria y permanente tal y como lo admitió el representante legal en su interrogatorio de parte cuando se refirió a la actividad de conducción de ambulancia; situación que no es analizada por el Juez, alegando que existen contratos de prestación de servicio pero son esos documentos la prueba de la vinculación ilegal y pese a las interrupciones se hizo permanentemente entre 2003 y 2011.

- Que contrario a lo señalado por el a-quo, existe continuidad en la prestación de los servicios entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de octubre de 2011, lapso en el que tal y como lo apuntaron los testigos, fungió como conductor y “todero”, utilizando las herramientas de la demandada, en tanto la ambulancia y demás vehículos que conducía eran de su propiedad, todo esto, bajo las órdenes de los directivos del hospital. No valorándose que es natural la demora entre suscripción de los contratos de prestación de servicios y pese a lo cual hubo continuidad en las épocas que no había contrato, como respaldan los testigos.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 1 de agosto de 2018, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta decretó la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, al evidenciarse la calidad de empleado público del actor y decidió remitir la actuación a la jurisdicción contencioso administrativa.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cúcuta en auto del 30 de octubre de 2018, señaló que acorde a la normativa y jurisprudencia aplicable, el actor era realmente un trabajador oficial y por ende no asumió el

conocimiento de la acción, disponiendo remitir el expediente al Consejo Superior de la Judicatura para que resuelva el conflicto de competencia.

En decisión del 11 de marzo de 2020, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura asignó el conocimiento de este asunto a esta Jurisdicción, indicando que acorde a las certificaciones aportadas queda claro que el actor fue contratado para ejercer como “conductor-servicios generales” con lo que acredita ser trabajador oficial, conforme al artículo 16 del Decreto 1570 de 2003, eximiendo del conocimiento a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y a ello se refuerza por la solicitud de reconocimiento de beneficios convencionales.

Con auto del 5 de febrero de 2021 se dispuso obedecer y cumplir lo resuelto, avocando conocimiento del recurso de apelación.

5. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado del demandante alega que la prestación personal del servicio quedó acreditada con las certificaciones laborales aportadas al proceso, así como con la copia de los contratos suscritos y demás documentales, junto a los testimonios rendidos por los señores José Ramiro Durán Nemojón, Marco Aurelio Chaparro Gutiérrez y Carlos Saúl Carillo García, y el interrogatorio rendido por el representante legal de la ESE., aceptando todos la prestación del servicio. Precisa que las pruebas desvirtúan la consideración del a quo respecto de que no existió claridad en los extremos laborales y la continuidad de la relación, además de acreditar la prestación personal del servicio que fue aceptada de manera pacífica por la demandada.

Apunta que, si bien hubo periodos de interrupción en los años 2003, 2004 y 2005, a partir del año 2006 y hasta el 31 de octubre de 2011 se dio una relación continua. Que las interrupciones que se verifican documentalmente en enero de 2008 y los primeros 15 días del mes de diciembre de 2009, no se dieron en la realidad en tanto que continuó laborando, aun cuando en esos periodos no le pagaron sus servicios, situación de la que dieron cuenta todos los testigos en tanto fueron contundentes al expresar que lo vieron trabajar de manera continua en el hospital.

Indicó que los contratos de prestación de servicios y la figura cooperada usada por la encartada se desvirtúan, dando lugar a la existencia de un verdadero contrato de trabajo, en tanto (1) la relación tuvo una duración de más de 7 años, por lo que las funciones que desempeñó eran de carácter misional, necesaria y permanente en la ESE., demandada; (2) las labores desarrolladas no eran técnicas ni profesionales sino que correspondían a oficios rasos, situación que no está contemplada para la vinculación de personal por prestación de servicios; (3) las herramientas e implementos de trabajo eran de propiedad de la ESE. demandada, (4) la labor se desarrolló sin autonomía e independencia como quiera que siempre estuvo sujeto a las órdenes de los directivos de la ESE. Concluye que el haber desarrollado todo el tiempo la misma labor mediante contratos de prestación de servicios, cooperativas y empresas de servicios temporales, demuestra la intención de la pasiva de ocultar la relación laboral que se dio en la realidad, situación que aduce, no fue tenida en cuenta en la sentencia de primera instancia, por lo que considera ha de revocarse y en su lugar ha de accederse a las pretensiones de la demanda.

- **PARTE DEMANDADA:** No presentó alegatos de conclusión.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si el demandante CEFERINO BUSTOS HIGUERA acreditó debidamente los elementos configurativos del contrato de trabajo realidad a término indefinido que alega existió con la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO?; en caso positivo, si hay lugar al reconocimiento de prestaciones legales, convencionales e indemnizaciones solicitadas.

8. CONSIDERACIONES:

Conforme a lo anterior, el eje central del litigio radica en determinar, primero si las diferentes vinculaciones que el demandante CEFERINO BUSTOS HIGUERA expuso haber tenido para desarrollar labores como conductor de ambulancia, servicios generales y ayudante de mantenimiento en la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO del Municipio de Cúcuta, sirvieron para desconocer la existencia de un contrato realidad entre las partes y si como consecuencia de éste deben cancelarse las prestaciones legales, convencionales e indemnizaciones solicitadas.

Para el presente asunto, el juez a quo encontró que las pruebas no permiten establecer que los elementos de contrato realidad, que por el contrario, lo que está probado es que prestó sus servicios a través de “órdenes de servicios” y cooperativas de trabajo asociado, vinculaciones que resultan legales en tanto lo fueron para que ejerciera de forma transitoria; conclusión a la que se opone la parte demandante, quien reclama una indebida valoración probatoria dado que la labor fue contratada indebidamente por múltiples modos de contratación para desconocerle la calidad de trabajador oficial y que los testigos ratifican.

Sobre la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral para resolver este asunto, se hace importante señalar, que en este asunto el Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria conoció el conflicto negativo de competencia entre esta Corporación y el Juzgado Quinto Administrativo de Cúcuta, y mediante auto del 11 de marzo de 2020 determinó que la competencia para resolver el asunto, era de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, bajo los siguientes argumentos:

“Con el ánimo de determinar dicha relación, es preciso recordar que, dentro del mismo Decreto 1750 de 2003, se afirma cómo se aplicará el régimen laboral y de vinculación con las EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO, lo anterior, en el artículo 16 de la normatividad ya citada (...)

Entonces, haciendo un examen de lo aportado en el plenario, se evidencio que a folios 233 a 274 hay una serie de certificaciones académicas y laborales expedidas por el demandado, en las cuáles se afirma que el señor CEFERINO BUSTOS HIGUERA laboró en dicha entidad como contratista, prestando sus servicios como conductor, sin embargo, a folios 297 a 302 del cuaderno original, se avizora que reposan en el expediente 3 contratos de trabajo “por obra o labor contratada” que el demandante suscribió con un tercero con el fin de prestar sus servicios en la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO.

Motivo por el cual, esta Sala deduce que el aquí accionante se desempeñaba como conductor amparado por las normas del derecho laboral en la entidad pública, adicionalmente el cargo por medio del cual fue contratado como se evidencia a folio 292 del cuaderno anexo 2, es el de “conductor-servicios generales”, circunstancias que subsumen la disposición final del artículo 16 del decreto 1750 de 2003 y automáticamente acreditan al actor como trabajador oficial (...)”

Con esta determinación, no es posible para esta Sala entrar a valorar nuevamente si las funciones que ejerció durante el tiempo que estuvo vinculado se corresponden con las de un trabajador oficial o empleado público, dado que sobre este aspecto obran efectos de cosa juzgada.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL3748-2020, rad. No. 49201 del 02 de septiembre de 2020 M.P. Doctor Gerardo Botero Zuluaga y ratificada en la sentencia de radicado 74428 SL4226-2020, en una situación similar a la que aquí se estudia, adoctrino que, en acatamiento de la cosa juzgada, y el derecho de acceso a la administración de justicia, una vez el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dirime el conflicto de competencias, **el juzgador a quien se atribuya el conocimiento de la causa, no puede absolver con sustento en que, en su criterio, no es el juez natural, pues tal definición, así no la comparta, se considera cosa juzgada.** Señalando:

“En la situación bajo estudio, similar al caso reseñado, el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en la sentencia aludida, dentro del marco de su competencia constitucional (artículo 256 numeral 6 CP), y legal (artículo 112 numeral 2 de la Ley 270 de 1996), resolvió que el juez natural era la jurisdicción ordinaria, por ende, luego de esta decisión, no constituye razón plausible para la absolución, la argumentación dada por el juez de segundo nivel, quien estaba compelido por lo que determinó el organismo jurisdiccional competente de cierre.

No atender lo resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria, no solo trasgrede el derecho al debido proceso en su manifestación de cosa juzgada, sino adicionalmente, cercena el fundamental de acceso a la administración de justicia, consagrado por la Carta Política en el artículo 229, que se distingue como un derecho fundamental y prevalente, que se relaciona con la efectividad de otros bienes constitucionales¹, como “puerta de entrada a la efectividad real de los demás derechos [por tanto] la obstrucción al acceso a la justicia significa la consiguiente vulneración de los demás derechos fundamentales que ante ella se hacen efectivos”².

Aclarado lo anterior, conforme el artículo 1 del Decreto 2127 de 1945, contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Para que se predique la existencia de un contrato de trabajo debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario; lo anterior conforme a las voces del artículo 2 ibídem.

Por su parte, el artículo 20 de esta norma, subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990, enseña que “El contrato de trabajos se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”, Presunción que admite prueba en contrario y que se complementa con el artículo 3° del decreto que señala que una vez reunidos los 3 elementos el contrato de trabajo no deja de serlo por el nombre, condiciones o modalidades dadas.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-134 del 18 de febrero de 2004, Considerando 3 párrafo 1.

² Corte Constitucional, sentencia T -114 del 22 de febrero de 2007, Considerando 4.3.

Complementando esta teoría, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-20683 de 6 de diciembre de 2017, radicación No. 56.313, en lo referente al principio de la primacía de la realidad y la presunción en favor del trabajador, reitera lo ya expuesto y concreta que quien se abroga la calidad de trabajador debe demostrar al menos dos aspectos: la prestación personal del servicio y los extremos temporales en que afirma haberlo desarrollado, con los elementos de juicio suficientes para convencer al Juez y al tiempo permitir que el demandado tenga información suficiente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, siendo a partir de estas reglas que el juez debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omite su deber procesal.

Así entonces, en el presente caso vemos que no es un hecho discutido dentro del proceso que el señor CEFERINO BUSTOS HIGUERA, prestó sus servicios directamente por orden o contrato de prestación de servicios y mediante cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales en las instalaciones de la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO del municipio de Cúcuta; respecto de las fechas, entre el material documental obrante al proceso se acreditaron los siguientes períodos:

1. Orden de prestación de servicios No. 205 del 9 de diciembre de 2003 para prestar servicios de conductor, por 21 días, con una remuneración de \$340.925
2. Orden de prestación de servicios No. 024 del 1 de enero de 2004 para prestar servicios de conductor, por 18 días, con una remuneración de \$278.940
3. Orden de prestación de servicios No. 304 del 20 de diciembre de 2004 para prestar servicios de conductor, por 8 días, con una remuneración de \$140.000
4. Orden de prestación de servicios No. 106 del 4 de abril de 2005 para prestar servicios de conductor, por 27 días, con una remuneración de \$477.000
5. Orden de prestación de servicios No. 138 del 22 de mayo de 2005 para prestar servicios de conductor, por 8 días, con remuneración de \$141.333.
6. Orden de prestación de servicios No. 162 del 1 de junio de 2005 para prestar servicios de auxiliar de mantenimiento, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.
7. Orden de prestación de servicios No. 223 del 1 de agosto de 2005 para prestar servicios de conductor, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.
8. Orden de prestación de servicios No. 227 del 1 de septiembre de 2005 para prestar servicios de conductor, por 11 días, con remuneración de \$194.333.
9. Orden de prestación de servicios No. 306 del 14 de diciembre de 2005 para prestar servicios de conductor, por 17 días, con remuneración de \$300.322.
10. Orden de prestación de servicios No. 004 del 1 de enero de 2006 para prestar servicios de conductor, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.
11. Orden de prestación de servicios No. 017 del 1 de febrero de 2006 para prestar servicios de conductor, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.
12. Orden de prestación de servicios No. 019 del 1 de marzo de 2006 para prestar servicios de conductor, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.
13. Orden de prestación de servicios No. 041 del 1 de junio de 2006 para prestar servicios de conductor, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.

14. Orden de prestación de servicios No. 062 del 1 de julio de 2006 para prestar servicios de conductor, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.
15. Orden de prestación de servicios No. 070 del 1 de agosto de 2006 para prestar servicios de conductor, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.
16. Orden de prestación de servicios No. 079 del 1 de septiembre de 2006 para prestar servicios de conductor, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.
17. Orden de prestación de servicios No. 094 del 1 de octubre de 2006 para prestar servicios de conductor, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.
18. Orden de prestación de servicios No. 102 del 1 de noviembre de 2006 para prestar servicios de conductor, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.
19. Orden de prestación de servicios No. 110 del 1 de diciembre de 2006 para prestar servicios de conductor, por 1 mes, con remuneración de \$530.000.
20. Mediante cooperativa de trabajo asociado COOINDESAN del 1 de enero al 8 de marzo de 2007.
21. Mediante cooperativa de trabajo asociado NORSACoop C.T.A. del 1 de enero al 10 de abril de 2008.
22. Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre SERVISUMINISTROS E.S.T. LTDA. y CEFERINO BUSTOS HIGUERA, para desarrollar labor de conductor en la ESE HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO por un salario mensual de \$461.500 desde el 1 de septiembre de 2008 al 31 de diciembre de 2008.
23. Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre SERVISUMINISTROS E.S.T. LTDA. y CEFERINO BUSTOS HIGUERA, para desarrollar labor de conductor en la ESE HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO por un salario mensual de \$496.900 desde el 1 de enero de 2009 al 14 de noviembre de 2009.
24. Orden de prestación de servicios No. 082 del 16 de diciembre de 2009 para prestar servicios de auxiliar de servicios generales, por 15 días, con remuneración de \$950.000.
25. Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre SERVISUMINISTROS E.S.T. LTDA. y CEFERINO BUSTOS HIGUERA, para desarrollar labor de conductor en la ESE HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO por un salario mensual de \$515.000 desde el 1 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2010.
26. Orden de prestación de servicios No. 006 del 3 de enero de 2011 para prestar servicios de conductor, por 29 días, con remuneración de \$950.000.
27. Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre SERVISUMINISTROS E.S.T. LTDA. y CEFERINO BUSTOS HIGUERA, para desarrollar labor de conductor en la ESE HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO por un salario mensual de \$594.652 desde el 1 de febrero de 2011 al 31 de octubre de 2011.

Conforme estos documentos, es claro que la beneficiaria de las labores desarrolladas por el demandante CEFERINO BUSTOS era la demandada E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO de Cúcuta, pero el juez *a quo* consideró que el actor no demostró los elementos del contrato de trabajo ni desvirtuó la legalidad de las contrataciones efectuadas.

Sin embargo, advierte la Sala que erró el juez de instancia, al analizar el material probatorio para resolver el problema jurídico, pues demostrada la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de la entidad pública demandada, opera la presunción legal prevista en el art. 20 del Decreto 2127 de 1.945, por lo que debió auscultar el acervo probatorio para determinar si la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO, logró

desvirtuar dicha presunción, demostrando la legalidad y el carácter autónomo e independiente de los servicios prestados cuando hubo contrato de prestación de servicio o medio Cooperativa de Trabajo Asociado y Empresa de Servicios Temporales.

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

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

Bajo este marco normativo y jurisprudencial, adicionalmente a los documentos ya reseñados, en los elementos probatorios que ambas partes aportaron al proceso se encuentran:

- Oficio No. 120 del 28 de marzo de 2007, donde el Gerente LUIS JESÚS GRASS GARCÍA informa al Instituto Departamental de Salud que los dos funcionarios que laboran como conductores de ambulancia son LUIS SANGUINO y JOSÉ ALEJANDRO CASTELLANOS.
- Oficio No. 011 interno suscrito por MARTHA MORALES REY (Subgerente Servicios de Salud) indicando al personal de enfermería que a partir de la fecha cualquier emergencia que amerite traslado de usuarios al Hospital deben llamar a CEFERINO BUSTOS o FRANCISCO RIVERA, contratados según el horario anexo.
- Consolidado de traslado de ambulancias durante el año 2010, para un total de 327.
- Oficio suscrito por Subgerente Administrativa informando al Instituto Departamental de Salud que la empresa cuenta con 86 personas de planta, 48 contratados por empresa de servicios temporales, 3 por OPS y 13 por contrato de prestación de servicios.
- Constancia de la subdirectora administrativa indicando los cargos contratados a través de COOPERATIVA COOINDESAN, incluyendo conductor y auxiliares de servicios generales, sin especificar período.
- Constancia suscrita por subgerente administrativo indicando que el actor fue contratista como conductor del 9 de diciembre de 2003 al 16 de enero de 2004, del 4 de abril al 9 de mayo de 2005, del 1 de enero al 30 de septiembre de 2005 y como técnico de mantenimiento del 1 de febrero de 2005 al 18 de marzo de 2005, expedida el 5 de marzo de 2009.
- Constancias suscritas por subdirectora administrativa indicando que el actor laboró como conductor: del 9 de diciembre de 2003 al 16 de enero de 2004, del 4 de abril al 9 de mayo de 2005 y como técnico de mantenimiento del 1 de febrero de 2005 al 18 de marzo de 2005, expedidas el 30 de agosto de 2007, 21 de junio de 2005, 20 de junio de 2005, 31 de marzo de 2004
- Oficio del 12 de julio de 2006 suscrito por el Gerente y la Subgerente Administrativa de la E.S.E., solicitando al BANCO CAFETERO extractos

bancarios para revisión, autorizando a CEFERINO BUTSOS como funcionario de la institución para recogerlo.

- Oficio del 14 de julio de 2006, del 11 de septiembre de 2006 y del 29 de marzo de 2007 suscrito por el Gerente y la Subgerente Administrativa de la E.S.E., solicitando a BANCAFE que remitan 3 chequeras de 100 esqueletos a través del empleado CEFERINO BUSTOS.
- Autorización del 7 de noviembre de 2006, del 17 de septiembre de 2007, del 17 de octubre de 2007 suscrita por la subdirectora administrativa, autorizando a CEFERINO BUSTOS a reclamar cheque a nombre del Hospital girado por el Instituto Departamental de Salud
- Oficio del 14 de noviembre de 2006 suscrito por el Gerente y la Subgerente Administrativa de la E.S.E., solicitando al BANCAFE extractos bancarios, autorizando a CEFERINO BUTSOS como funcionario de la institución para recogerlo.
- Constancia de la subdirectora administrativa indicando que el actor labora en esa entidad por contrato, cumpliendo funciones del 26 al 28 de marzo de 2007 como conductor de urgencias y emergencias.
- Oficio suscrito por el gerente de la E.S.E. y dirigido a la Cruz Roja Colombiana, del 1 de diciembre de 2008, autorizando a CEFERINO BUSTOS para recoger la donación respectiva.
- Programación de disponibilidad entre los 2 contratistas de abril de 2010 a septiembre de 2011 y registro de usuarios trasladados de agosto de 2010 a septiembre de 2011.
- Convenio de Trabajo Asociado, suscrito el 1 de febrero de 2008 entre CEFERINO BUSTOS HIGUERA y NORSACOO C.T.A. para cumplir funciones como CONDUCTOR-SERVICIOS GENERALES por un salario mínimo legal vigente, por el término que dure el acuerdo cooperativo.
- Certificado suscrito el 8 de marzo de 2007 por SANDRA SOFIA MORALES, gerente de COOINDESAN indicando que CEFERINO BUSTOS es asociado y presta servicios como conductor-servicios generales desde el 1 de enero de 2007 con salario de \$433.000.
- Certificado suscrito el 10 de abril de 2008 por DIEGO GONZÁLEZ GARCÍA, gerente de NORSACOO C.T.A. indicando que CEFERINO BUSTOS presta servicios como conductor-servicios generales desde el 1 de enero de 2008 con salario de \$433.000.
- Certificado suscrito el 25 de febrero de 2012 por ANTONIO ESCALANTE PINEDA, gerente de SERVISUMINISTROS LTDA., indicando que CEFERINO BUSTOS laboró como trabajador en misión en la ESE HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO en los períodos: el 1 de septiembre al 31 de diciembre de 2008, del 1 de enero al 14 de noviembre de 2009, del 10 de enero al 31 de diciembre de 2010 y del 1 de febrero al 31 de octubre de 2011.
- Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre SERVISUMINISTROS E.S.T. LTDA. y CEFERINO BUSTOS HIGUERA, para desarrollar labor de conductor en la ESE HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO por un salario mensual de \$461.500 desde el 1 de septiembre de 2008; aviso de terminación del 30 de noviembre de 2008 indicando que el contrato finaliza el 31 de diciembre de 2008 y liquidación de prestaciones cancelando cesantías, intereses y vacaciones.
- Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre SERVISUMINISTROS E.S.T. LTDA. y CEFERINO BUSTOS HIGUERA, para desarrollar labor de conductor en la ESE HOSPITAL MENTAL RUDESINDO

SOTO por un salario mensual de \$461.500 desde el 1 de septiembre de 2008; aviso de terminación del 30 de noviembre de 2008 indicando que el contrato finaliza el 31 de diciembre de 2008 y liquidación de prestaciones cancelando cesantías, intereses y vacaciones.

- Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre SERVISUMINISTROS E.S.T. LTDA. y CEFERINO BUSTOS HIGUERA, para desarrollar labor de conductor en la ESE HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO por un salario mensual de \$496.900 desde el 1 de enero de 2009; aviso de terminación del 13 de noviembre de 2009 indicando que el contrato finaliza el 14 de noviembre de 2009.
- Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre SERVISUMINISTROS E.S.T. LTDA. y CEFERINO BUSTOS HIGUERA, para desarrollar labor de conductor en la ESE HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO por un salario mensual de \$515.000 desde el 1 de enero de 2010; con dos avisos de terminación: del 31 de mayo de 2010 indicando que el contrato finaliza el 30 de junio de 2010 y otro del 15 de diciembre de 2010 indicando que finaliza el 31 de diciembre de 2010 y liquidación anual de prestaciones cancelando cesantías, intereses y vacaciones.
- Contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre SERVISUMINISTROS E.S.T. LTDA. y CEFERINO BUSTOS HIGUERA, para desarrollar labor de conductor en la ESE HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO por un salario mensual de \$594.652 desde el 1 de febrero de 2011; con liquidación de prestaciones hasta el 31 de octubre de 2011 pagando cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicio y vacaciones.
- Certificado de salario devengado por conductor de planta de la Institución entre diciembre de 2003 y octubre de 2011, indicando que además devenga prima de vacaciones, de sericio, de navidad, bonificación de servicios y prima de antigüedad.
- Nota de depósito de Convención Colectiva del Trabajo suscrita el 4 de junio de 1986 entre SINDICATO DE TRABAJADORES DEL HOSPITAL RUDESINDO SOTO y la E.S.E.
- Recopilación de normas convencionales para la vigencia 1995 a 1997 estipuladas según C.C.T. celebrada entre entre SINDICATO DE TRABAJADORES DEL HOSPITAL RUDESINDO SOTO y la E.S.E.
- Reclamación administrativa del 7 de octubre de 2014, con respuesta desfavorable del 4 de noviembre de 2014
- Respuesta del Gerente de la E.S.E. a petición del actor, de agosto de 2013, indicando que no es procedente el pago de cesantías, intereses sobre cesantías, moratoria, vacaciones, prima de servicios, nivelación salarial y otros emolumentos por haber mantenido una relación de carácter civil.
- Oficio del 27 de agosto de 2008 y del 3 de febrero de 2009 dirigido a BBVA suscrito por el Gerente y la Subgerente Administrativo, autorizando a CEFERINO BUSTOS para recoger chequera.
- Interrogatorio de parte absuelto por EDUARDO SALIM CHAHIN RUEDA, representante legal de la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO, quien manifestó conocer al señor CEFERINO BUSTOS por el proceso en contra, pero no aparece reportado en la nómina de la entidad y no lo ha visto más de dos veces, porque es gerente desde abril de 2012, y según la documentación su relación ha sido mediante contratos de prestación de servicios y cooperativas. Que la Convención no le aplica porque es solo para trabajadores oficiales. Acepta que el servicio de conductor de ambulancia es fundamental, debe estar autorizado por el I.D.S. y funcionar las 24 horas, explica que al llegar a la empresa había 2

personas en nómina que como trabajadores oficiales ejercían de conductores de ambulancia, en 2013 se jubiló uno y ha sido reemplazado por contrato sindical. Acepta que la Convención Colectiva no ha sido demandada, que está vigente.

- Testimonio rendido por JOSÉ RAMIRO DURÁN NEMOJÓN, quien indicó ser empleado desde 1985 como auxiliar y operario de mantenimiento, afirmó conocer al actor desde que entró a laborar en diciembre de 2003 al HOSPITAL MENTAL como chofer de la ambulancia, afirma que fue presentado a JAIRO SANDOVAL jefe de choferes y fue vinculado por el gerente JORGE DURÁN GARCÍA, pero no sabe cómo fue el contrato. Que fue desvinculado en octubre de 2011 cuando era gerente JUAN ALBERTO BITAR, sin conocer la razón. Advierte que no conoció que estuviera vinculado mediante cooperativas o temporales, siempre percibiendo que le cancelaban con cheques de la entidad. Afirma que entre 2003 y 2011 el actor siempre laboró, que nunca descansaba sino en fines de semana. Desconoce si le pagan prestaciones, pero si vio que nunca le entregaban dotación a diferencia de él que sí es de planta. Señala que el actor siempre fue chofer, y que no laboraron juntos en servicios generales.
- Testimonio rendido por MARCO AURELIO CHAPARRO GUTIÉRREZ, auxiliar de enfermería de la entidad desde 1978 y que conoce al actor de allí y porque son vecinos; afirma que el actor laboró como conductor desde diciembre de 2003, cree que bajo cooperativas o directamente con la entidad y no está seguro quien o como le cancelaban, nunca lo vio con dotación. Que el actor laboró hasta octubre de 2011, no teniendo presente porqué salió. Afirma que recibía órdenes del gerente y las demás jefaturas. Señala que desde diciembre de 2003 a octubre de 2011 el actor laboró de manera continua. Advierte que el actor generalmente era conductor, pero que también lo llamaban para realizar otro tipo de actividades y colaboraciones.
- Testimonio rendido por CARLOS SAÚL CARRILLO GARCÍA, indicó haber ejercido como auxiliar de enfermería de la entidad y conoce al actor hace 20-25 años, que el actor era vecino del Hospital Mental donde laboraba y por eso se relacionaban. Que el actor laboró en el Hospital Mental entre 2003 a 2011 más o menos, desconociendo la clase de relación y afirma que su labor era ser chofer o conductor, manejando la ambulancia, el jeep o el carro que fuera necesario, pero también en caso de que no hubiera vehículo, estuviera dañada la ambulancia o faltara algún empleado de mantenimiento, lo mandaban a él para no dejarlo sin hacer nada, aunque su labor era la de ser chofer. Que esos años los laboró de manera continua, que no sabe porque finalizó su labor. Afirma que el actor conducía vehículos propiedad de la E.S.E., recibía órdenes del gerente como todos los empleados y también del subgerente.
- Interrogatorio de parte del demandante CEFERINO BUSTOS, donde relató que ingresó el 9 de diciembre de 2003 mediante órdenes de prestación de servicios, laborando de manera continua, pero hubo un tiempo en que suscribió vínculo con cooperativas pese a lo cual las órdenes las recibía desde el Hospital. Advierte que en algunas oportunidades le pedían, pese a ser conductor, que ayudara en labores de mantenimiento y eso se le requería por funcionarios del Hospital de manera verbal, de quienes recibía órdenes. Señala que el servicio fue continuo, inclusive laborando sin salario porque su labor con la ambulancia era fundamental y le pedían el favor.

Al respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que *“no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar*

libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto” y concluyen que las decisiones se deben fundamentar en los “elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, es necesario destacar, según dispone la Sala de Casación Laboral en providencias como la SL11436 de 2016, que *“en los asuntos en donde se discute la existencia de un contrato de trabajo, el deber del juez no se contrae a observar solamente la forma; es menester auscultar todo el acervo probatorio, para llegar a la verdad real y encontrar, de ser el caso, el contrato realidad, en oposición a un contrato formal, tal como lo instituye el artículo 53 de la Constitución Política, que establece en forma concreta que impera “la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” y ante ello, asiste razón al apelante cuando señala que es necesario valorar si pese a la formalidad hubo una indebida tercerización y uso de la contratación estatal para desconocer garantías laborales al actor.*

Por lo anterior, en la medida que la misma E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO aceptó que el actor le prestó servicios como conductor y auxiliar de servicios generales, pero a través de contrato de prestación de servicios, empresas de servicios temporales y cooperativas de trabajo asociado, esta debía cumplir con la carga de evidenciar que la actividad de tercerización mediante un contratista cumplió con los parámetros legales.

Sobre la vinculación mediante contratos de prestación de servicio, el artículo 32 de la ley 80 de 1993 establece que solo deben celebrarse por el término estrictamente indispensable y para actividades que requieren conocimientos técnicos o especializados, que justifiquen acudir a mecanismos de contratación pública.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5525 del 13 de abril de 2016, Rad. 47.695 y M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, aceptó como tesis que:

“la negación de la existencia de un contrato de trabajo, no se empaña por la no presencia de situaciones relativas al empleo público, como lo son el acto administrativo de nombramiento y la posesión, dado que la ley es la encargada de definir los criterios generales y especiales de clasificación y categorización de los servidores del Estado. Es decir, la presencia de actos externos de las partes y consecuentes al hecho legal de ser empleado público o trabajador oficial, como lo son el nombramiento, la posesión, la suscripción de un contrato de trabajo o la percepción de beneficios convencionales, no constituyen parámetros válidos o relevantes a la hora de establecer la naturaleza del vínculo de los servidores de la administración pública.”

De lo anterior se puede concluir que no es de recibo como argumento para negar la existencia de un contrato de trabajo, esgrimir que este no existió porque se suscribió o se pactó otro tipo de vinculación, pues es la naturaleza del vínculo establecido en la ley la que se sobrepone a los acuerdos voluntarios suscritos entre las partes que contravienen el orden normativo; de manera que acreditados los presupuestos para aplicar la presunción de que existía un contrato de trabajo, conforme el artículo 3 del decreto 2127 de 1945, la parte demandada debía ejercer su oposición con actos tendientes a demostrar la independencia y autonomía que alega ejerció la contratista, y no solo apearse al vínculo contractual para negar la naturaleza del mismo.

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

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

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

Finalmente para evaluar las relaciones laborales ejercidas a través de empresas de servicios temporales, es necesario tener claro la naturaleza y reglamentación de las empresas de servicios, y en este sentido, el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 define a estas empresas como las que contratan *“la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales”*; el artículo 8 del Decreto 4369 de 2006 reglamenta que estos contratos deben constar por escrito y tener pólizas de seguro para garantizar las obligaciones laborales.

De otra parte, el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 impuso 3 casos para poder acudir a estas empresas: que se trate de labores ocasionales, accidentales o transitoria; que se requiere reemplazar a personal en vacaciones, licencia o incapacidad, y en caso de incremento de producción, ventas o períodos estacionales con un límite de 6 meses, prorrogables por 6 meses más; advirtiendo el artículo 2° del Decreto 1707 de 1991 y el artículo 2° del Decreto 503 de 1998 que si se excede de este plazo, no se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación de dicho servicio

En este sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997) reiterada en la sentencia del veintiuno (21) de febrero del dos mil seis (2006). Luego de precisar el concepto de las empresas de servicios temporales con fundamento en los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990, expresó:

“Se denominan usuarios las personas naturales y jurídicas que contraten con las empresas de servicios temporales, y no podrán serlo quienes tengan con estas nexos económicos que impliquen subordinación o control. Deben hacerlo mediante la suscripción de un contrato mercantil escrito, cuyas estipulaciones cuando menos han de referirse a los temas establecidos por

*el artículo 81 de la Ley 50 de 1990. || En virtud de este contrato las E.S.T. a cambio de determinada remuneración, se comprometen a remitir el personal requerido por el usuario, para lo cual han de enganchar los pertinentes trabajadores mediante la modalidad contractual laboral que se acomode a la respectiva necesidad de servicio. **Pero si esto persiste para el correspondiente servicio contratado una vez agotados los plazos máximos permitidos por la ley, ya no podrá utilizar válidamente los servicios de una E.S.T., la misma que venía contratando o de otra;** así lo reconoce el artículo 2 del Decreto Reglamentario 1707 de 1991 y el Consejo de Estado cuando decidió la legalidad de este texto así: || “A juicio de la Sala esta disposición se limita a preservar el espíritu de la ley, es decir, a evitar que los contratos con las empresas de servicios temporales se tornen permanentes, desconociendo los derechos prestacionales de los trabajadores. Naturalmente esta norma se refiere a circunstancias especiales que dieron origen a la contratación. Si posteriormente en otro tiempo vuelve a presentarse un incremento en la producción o en las ventas o viene otra cosecha, se podrán celebrar otros contratos con empresas de servicios temporales, que no sobrepasen el límite establecido en la Ley. No se trata entonces de que solamente se pueda celebrar un único contrato de seis meses prorrogables por otros seis, sino que para una misma necesidad ese es el máximo permitido por las normas. Es claro que si las necesidades de servicio son permanentes, deberán vincularse trabajadores bajo esta modalidad” (Negrilla fuera del texto).*

Aplicando estos preceptos normativos y jurisprudenciales; encuentra la Sala que la demandada no ejerció adecuadamente su carga probatoria para desvirtuar la presunción en favor del demandante. En primer lugar, porque se evidencia que se acudía permanentemente a contratos de prestación de servicios para vincular al demandante como conductor de ambulancia de la entidad, lo que es una actividad indispensable para su adecuado funcionamiento y como segundo punto, porque a través del amplio documental y del relato de los testigos es posible evidenciar el ejercicio de subordinación, descartando la autonomía que debe destacar esa clase de vinculación.

Nótese cómo en los documentos aportados se deja constancia de que el actor variaba entre conductor a auxiliar de servicios generales a disposición de la entidad, relatando los testigos que el actor tenía como principal función el ser chofer de ambulancia, pero que cuando esta no funcionaba o no se necesitaba, se le solicitaba que realizara cualquier otra labor que estuviera pendiente: reparaciones, servicios generales y acorde a la documental, estaba autorizado para ir al banco a reclamar cheques, chequeras y hacer trámites en representación del gerente y el subgerente. Inclusive, afirma el testigo CARLOS CARRILLO que además de la ambulancia, lo ponían a conducir otros vehículos propiedad de la entidad, como un JEEP; lo que permite evidenciar que no había autonomía e independencia, pues el actor estaba permanentemente disponible para cualquier labor que le asignaran, dado que la programación de turno para conducir la ambulancia también era fijada por la entidad, como se evidencia en los documentos anexos.

Igualmente, se dejaron de aportar con la contestación pruebas que acrediten la adecuada ejecución de convenios de cooperación de trabajo asociado; no se demostró cómo estaban constituidas las Cooperativas COOINDESAN y NORSACOO, ni se aportaron sus estatutos, régimen de compensaciones y régimen de trabajo asociado o la oferta de servicios postulada, para verificar que realmente se estuviera ejecutando un acuerdo cooperativo donde se le entregó a una asociación de trabajadores un proceso o subproceso específico de operación de la E.S.E. demandada para que lo ejecutara de forma autogestionaria. Además, los testigos señalaron que no conocían las cooperativas, ni su conformación y solo sabían que estaban porque había personal rotando que les informaban eran temporales o asociados, ejerciendo funciones en igualdad de condiciones que los de planta.

Ante ello, no se demostró por la demandada que realmente su relación con estas cooperativas no se constituía en la remisión de trabajadores en misión para que prestaran servicios en instalaciones de su propiedad y nada permite evidenciar que existiera un ofrecimiento para que a través del sistema de autogobierno la Cooperativa ejecutara su objeto social con plena autonomía y para ello se le hizo entrega de la tenencia de las instalaciones y muebles necesarios para dicha ejecución con autonomía administrativa.

Finalmente, sobre la legalidad de los períodos como trabajador en misión, no solo queda evidenciado que se extendieron por lapsos superiores a los permitidos, sino que no se demostró la configuración de alguna de las 3 causales que deben presentarse para acudir a dicha figura.

Así las cosas, es evidente que a partir del año 2005 se acudió indiscriminadamente a estas 3 figuras de manera alternante para vincular al trabajador a prestar servicios de manera subordinada y que esto sirvió para encubrir la existencia de una relación laboral subordinada con total ausencia de autonomía e independencia para prestar funciones; no demostrando la E.S.E. demandada, bajo ningún medio de prueba diferente a la mera suscripción de los contratos, que estos se ejecutaran bajo los parámetros legales descritos.

Sobre los extremos, según las pruebas citadas se desprende documentada la siguiente línea de tiempo:

Modalidad	Fecha inicio	Fecha final	Interrupción
Contrato de prestación de servicios	9/12/2003	31/12/2003	
Contrato de prestación de servicios	01/01/2004	18/01/2004	0
Contrato de prestación de servicios	20/12/2004	31/12/2004	11 meses y 2 días
Contrato de prestación de servicios	04/04/2005	30/04/2005	3 meses y 3 días
Contrato de prestación de servicios	22/05/2005	31/05/2005	22 días
Contrato de prestación de servicios	01/06/2005	30/06/2005	0
Contrato de prestación de servicios	01/08/2005	30/08/2005	30
Contrato de prestación de servicios	01/09/2005	11/09/2005	0
Contrato de prestación de servicios	14/12/2005	31/12/2005	3 meses y 3 días
Contrato de prestación de servicios	01/01/2006	30/01/2006	0
Contrato de prestación de servicios	01/02/2006	28/02/2006	0
Contrato de prestación de servicios	01/03/2006	31/03/2006	0
Contrato de prestación de servicios	01/06/2006	30/06/2006	2 meses
Contrato de prestación de servicios	01/07/2006	31/07/2006	0
Contrato de prestación de servicios	01/08/2006	31/08/2006	0
Contrato de prestación de servicios	01/09/2006	30/09/2006	0
Contrato de prestación de servicios	01/10/2006	31/10/2006	0
Contrato de prestación de servicios	01/11/2006	30/11/2006	0
Contrato de prestación de servicios	01/12/2006	31/12/2006	0
Cooperativa de trabajo asociado	01/01/2007	08/03/2007	0
Cooperativa de trabajo asociado	01/01/2008	10/04/2008	9 meses y 22 días
Empresa de servicios temporales	01/09/2008	31/12/2008	4 meses y 19 días
Empresa de servicios temporales	01/01/2009	14/11/2009	0
Contrato de prestación de servicios	16/12/2009	31/12/2009	31 días
Empresa de servicios temporales	01/01/2010	31/12/2010	0
Contrato de prestación de servicios	03/01/2011	31/01/2011	2 días
Empresa de servicios temporales	01/02/2011	31/10/2011	0

Si bien los testigos manifestaron que percibieron al actor trabajando de manera continua en la entidad y sin interrupciones, al referirse a este tema no profundizaron para que la Sala conociera los detalles de estas interrupciones y si realmente pese a la ausencia de un contrato, el actor siguió prestando servicios de manera gratuita mientras salía la siguiente contratación; existiendo además interrupciones considerables que no permiten dar credibilidad a esta teoría.

Por lo anterior, se evidencian los siguientes períodos de trabajo continuo y entre los cuales la interrupción fue superior a 1 mes:

1. Del 9 de diciembre de 2003 al 18 de enero de 2004
2. Del 20 al 31 de diciembre de 2004
3. Del 4 al 30 de abril de 2004
4. Del 22 de mayo al 30 de junio de 2005
5. Del 1 de agosto al 11 de septiembre de 2005
6. Del 14 de diciembre de 2005 al 31 de marzo de 2006
7. Del 1 de junio al 8 de marzo de 2007
8. Del 1 de enero al 10 de abril de 2008
9. Del 1 de septiembre de 2008 al 14 de noviembre de 2009
10. Del 16 de diciembre de 2009 al 31 de octubre de 2011

Probados como se encuentran en esta instancia la prestación del servicio, la remuneración y la subordinación, así como los extremos de la relación laboral; no queda otro camino que revocar la decisión del juez de primera instancia en su integridad y en su lugar, se declarará la existencia de un contrato de trabajo entre CEFERINO BUSTOS HIGUERA y la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO en los 10 períodos interrumpidos reseñados, declarando no probada la excepción de inexistencia de la relación laboral.

Conforme a lo anterior, se procederá a analizar la procedencia de las condenas prestacionales solicitadas, previo a lo que se requiere analizar la configuración de la excepción de prescripción propuesta por la demandada; para lo cual se recuerda que conforme a los artículos 488 y 489 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.Y.S.S., los derechos laborales prescriben en 3 años con la posibilidad de interrumpir y reiniciar este término con el simple reclamo escrito del trabajador al empleador. Según lo demostrado, el actor elevó reclamación administrativa ante la E.S.E. el 12 de agosto de 2013 (Fol. 142 Anexo 1) y se analizará para cada prescripción por separado teniendo en cuenta esta fecha como referencia.

Aclarado lo anterior, se advierte que en la demanda solo se solicitaron los siguientes conceptos:

1. Reajuste de salario

Demostrado que el actor ejercía como conductor de la entidad accionada y que su vinculación era irregular, se reclama en la demanda que se reajuste su salario mensual al que debió percibir como un trabajador oficial de planta de la entidad.

Sobre esta pretensión, el artículo 25 de la Constitución Política establece como un derecho fundamental que *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*; de lo cual, para el ejercicio de un trabajo justo se deriva la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo, observando elementos objetivos y no consideraciones caprichosas o arbitrarias.

Por lo anterior, es lógico entender que quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta.

Ahora bien, no toda desigualdad salarial entre sujetos que ostentan las mismas características constituye una vulneración de la Constitución, pues un trato diferente sólo se convierte en discriminatorio y, en esta medida, es reprochado cuando no obedece a causas objetivas y/o razonables; por ende para acreditar la vulneración del principio “a trabajo igual, salario igual”,

primero debe estarse ante dos (2) o más sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente.

Sobre este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL6570 del 6 de mayo de 2015, Rad. 45.894 y M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO estimó que *“para dar aplicación al principio de a trabajo igual salario igual, es deber de la parte actora demostrar que el trabajo desempeñado lo fue en igualdad de «condiciones de eficiencia, responsabilidad, intensidad y calidad de trabajo», lo que en este caso se traducía en la carga de acreditar que el trabajo que el demandante ejecutó fue de igual valor al que desarrolló”* el trabajador a quien se compara.

De lo que se permite concluir que para la prosperidad de la pretensión que reclama salario igual a trabajo igual, el demandante tiene la carga de la prueba respecto de acreditar que la labor que desempeñó es equiparable en toda condición y por ende no es aceptable una retribución menor.

Dando mayor claridad, la Jurisprudencia citada anteriormente estableció que: *“para la aplicación del principio de igualdad salarial o retributiva, no es suficiente que un trabajador desempeñe, formalmente el mismo cargo de otro, puesto que, de cara a la regulación legal de la materia (art. 143 C.S.T.), lo relevante a la hora de determinar si dos trabajadores realizan un trabajo de igual valor, es que ambos desempeñen el mismo puesto, en la misma jornada y con las mismas condiciones de eficiencia”*

Interpretación que refuerza la carga procesal que tiene la parte demandante para acreditar con los elementos materiales probatorios suficientes, que no solo ejercía un puesto equivalente al que considera injustamente retribuido, sino que su desempeño, ejecución, responsabilidad y demás condiciones eran equiparables.

Para el caso concreto, a folio 116 obra certificado expedido por la Subdirectora Administrativa de la E.S.E. indicando los conceptos salariales y prestacionales a que tiene derecho un conductor de planta de la institución; sobre la igualdad de funciones, está documentado que el actor se turnaba con los conductores de planta y otro contratista en los turnos para la ambulancia, indicando los testigos que era tratado bajo las mismas condiciones. Por lo que tiene derecho a que su remuneración sea igualitaria y se accederá a esta pretensión.

No obstante, como se dijo, el actor solo presentó su reclamación administrativa el 12 de agosto de 2013 y por ello, están afectados por prescripción los reajustes salariales anteriores a julio de 2010; adeudándose por este concepto un total de \$4.223.627, conforme a la siguiente liquidación basada en los valores reflejados en los contratos:

Periodo	Salario recibido	Salario de planta	Diferencia
2010-08	\$515.000	\$855.291	\$340.291
2010-09	\$515.000	\$855.291	\$340.291
2010-10	\$515.000	\$855.291	\$340.291
2010-11	\$515.000	\$855.291	\$340.291
2010-12	\$515.000	\$855.291	\$340.291
2011-01	\$950.000	\$882.404	-\$67.596
2011-02	\$594.652	\$882.404	\$287.752
2011-03	\$594.652	\$882.404	\$287.752
2011-04	\$594.652	\$882.404	\$287.752
2011-05	\$594.652	\$882.404	\$287.752
2011-06	\$594.652	\$882.404	\$287.752
2011-07	\$594.652	\$882.404	\$287.752
2011-08	\$594.652	\$882.404	\$287.752
2011-09	\$594.652	\$882.404	\$287.752

2011-10	\$594.652	\$882.404	\$287.752
TOTAL			\$4.223.627

2. Auxilio de transporte

De conformidad con la Ley 15 de 1959 y reglamentada por el Decreto 1258 de 1959, tienen derecho a este auxilio el empleado perciba un ingreso igual o menor a dos salarios mínimos legales mensuales y con la condición que en el municipio se preste el servicio público de transporte, señalando el artículo 11 de esta norma que *“El auxilio de transporte para los trabajadores oficiales quedará sometido a las disposiciones del presente Decreto”*; indica la Corte Suprema de Justicia en SL2169 de 2019 que *“se configuran algunas excepciones frente a la posibilidad de acceder a dicho beneficio, como son: (i) si el trabajador vive en el mismo lugar de trabajo, es decir, cuando el traslado no le implica un costo o mayor esfuerzo, y (ii) si la empresa suministra gratuitamente y de manera completa el servicio de transporte. En ese sentido, todo trabajador que devengue hasta dos salarios mínimos legales tiene derecho al auxilio de transporte; luego, si este afirma que no le fue reconocido, es al empleador a quien le corresponde probar que sí lo pagó o que aquel no tenía derecho a su reconocimiento. Ello, por cuanto se trata de una negación indefinida que conforme al artículo 167 del Código General del Proceso no requiere demostración y, por tanto, es al empleador a quien se traslada la carga de desvirtuar su supuesto incumplimiento”*.

Por lo anterior, al no desvirtuarse su exigibilidad y ser el salario base inferior a 2 mínimos de esos períodos anuales, se reconocerá el mismo; conforme a lo indicado previamente se encuentran prescritos los auxilios no reclamados anteriores a agosto de 2010 y conforme al valor decretado anualmente por el Gobierno Nacional para los años 2010 y 2011 se adeuda un total de \$943.500.

Año	Auxilio	Meses	Total
2010	\$ 61.500,00	5	\$ 307.500,00
2011	\$ 63.600,00	10	\$ 636.000,00
			\$ 943.500,00

3. Cesantías e intereses a cesantías

En primera medida, se advierte que el auxilio de cesantías se causa íntegramente con la terminación del contrato de trabajo, y como se declararon múltiples relaciones laborales interrumpidas entre las partes se debe indicar que al finalizar cada una comenzó a contar el término prescriptivo sobre esta prestación. Por ello, solo quedan a salvo de la prescripción las cesantías e intereses del último contrato ejecutado del 16 de diciembre de 2009 al 31 de octubre de 2009, por cuanto los anteriores finalizaron antes del 12 de agosto de 2010.

Igualmente, se advierte que el actor percibió de la E.S.T. SERVISUMINISTROS una liquidación anual al finalizar sus contratos incluyendo el pago de cesantías, siendo inaplicable el artículo 254 del C.S.T. para entenderlos perdidos por no regir el Código Sustantivo del Trabajo a los trabajadores oficiales, es dable descontar estos conceptos por valor de \$633.281 pagados en 2010 (Fol. 112 Anexo 1) y \$493.689 pagados en 2011 (Fol. 115 Anexo 1)

Así mismo, sí deben descontarse los conceptos pagados por intereses a cesantías que fueron: \$6.333 por 2010 (Fol. 112 Anexo 1) y \$44.432 por 2011 (Fol. 115)

Liquidados sobre el salario reajustado, restando el valor cancelado se adeudan al actor \$615.060,5 por concepto de cesantías; mientras que por intereses a cesantías, restando el valor cancelado al liquidado se adeuda un total de \$138.268.

Año	Salario + auxilio	Días trabajados	Cesantías	Intereses
2009	\$885.668,00	15	\$36.902,83	\$184,51
2010	\$916.791,00	360	\$916.791,00	\$110.014,92
2011	\$946.004,00	300	\$788.336,67	\$78.833,67
			\$1.742.030,50	\$189.033,10

4. Prima de servicios

Al respecto, debe decirse que no procede condena alguna por tratarse de una prestación no consagrada legalmente para los trabajadores oficiales, dado que el Decreto 2351 de 2014 apenas la estableció para los empleados públicos del orden territorial, sin incluir a los trabajadores oficiales.

5. Vacaciones

Debe señalarse que las vacaciones se causan por cada año completo trabajado y son exigibles por el empleado dentro del año siguiente a su causación, de esta manera para el caso concreto son exigibles las vacaciones de los últimos dos contratos declarados, dado que el iniciado el 1 de septiembre de 2008 cumplió un año el 30 de agosto de 2009 y podía ser reclamado hasta el 30 de agosto de 2010, fecha posterior al límite de prescripción.

Conforme al Decreto 1045 de 1978, los trabajadores oficiales tienen derecho a 15 días de vacaciones por cada año de servicios, liquidados sobre el salario de la fecha en que se disfrutan y por eso se calculan en \$1.348.580,35.

Ahora bien, se evidencian pagos por este concepto en las liquidaciones de SERVISUMINISTROS E.S.T. LTDA., por 2011 de \$222.995 y \$257.500 por 2010, por lo que se condenará por el restante de \$868.085,35.

Período	Salario	Días	Vacaciones
01/09/08-30/08/09	\$ 826.368,00	360	\$413.184,00
01/09/09-14/11/09	\$ 826.368,00	74	\$84.932,27
16/12/09-15/12/10	\$ 855.291,00	360	\$427.645,50
16/12/10-31/10/11	\$ 882.404,00	345	\$422.818,58
			\$1.348.580,35

6. Prima de vacaciones y de navidad

Conforme al Decreto 1919 de 2002, se hicieron extensivas las prestaciones sociales a los empleados públicos de la rama ejecutiva del nivel nacional a los empleados del nivel territorial; de manera que para el actor sí rigen estas prestaciones consagradas en el Decreto 1045 de 1978.

Acorde a los artículos 25 a 31 del Decreto 1045, la prima de vacaciones es equivalente a 15 días de salario por cada año de servicios y se pagará con el inicio del descanso remunerado, pero en caso de retiro sin disfrutarlo se cancelará de manera proporcional y su prescripción es paralela a las vacaciones compensadas; por ende, aplica la misma liquidación realizada previamente y por este concepto se adeuda la suma de \$1.348.580,35.

Los artículos 32 y 33 por su parte reglamentan la prima de navidad, indicando que será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta de noviembre de cada año, se paga a más tardar el 15 de diciembre y es proporcional al tiempo laborado en razón a una doceava parte por mes completo. Siendo factores salariales la asignación básica, el auxilio de transporte y la prima de vacaciones en un doceavo.

En este caso, solo están a salvo de prescripción la causada en diciembre de 2010 y la proporcional al retiro en octubre de 2011, que se liquida en \$1.770.127,19

Año	Salario+factores	Mes completo	Prima de navidad
2010	\$952.428,13	12	\$952.428,13
2011	\$981.238,88	10	\$817.699,07
			\$1.770.127,19

7. Prestaciones convencionales

Reclama el actor en la demanda que se ordene el pago de la bonificación por años cumplidos y además, se ordene el pago de diferentes beneficios convencionales contenidos en los artículos 23 a 35 y 42 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Ahora bien, al plenario se aportó un texto titulado “Recopilación de normas convencionales para la vigencia 1995 a 1997 estipuladas según C.C.T. celebrada entre SINDICATO DE TRABAJADORES DEL HOSPITAL RUDESINDO SOTO y la E.S.E.”, pero la nota de depósito aportada es de 1986 y aunque en las declaraciones testimoniales y de parte se afirmó que existía una convención vigente, que no se había denunciado y que aplicaba a los trabajadores de planta, no se aceptó que fuera específicamente la aportada al plenario.

Es necesario recordar que el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo establece que sin el cumplimiento del requisito del depósito, la Convención no produce ningún efecto y la ausencia de esta impide acreditar la existencia y validez del texto convencional aportado.

Sobre este tema, la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL378 del 24 de enero de 2018 (Rad. 64.611 y M.P. LUIS GABRIEL MIRANDA), rechaza revocar una providencia que niega los derechos reclamados por encontrarse con una copia simple de la convención colectiva sin la respectiva nota de depósito, aun sin que ello haya sido objeto de reproche por la entidad demandada, explicando lo siguiente:

“una vez delineado el contexto fáctico del caso, el fallador procede a buscar el precepto legal llamado a producir efectos, cuando de un derecho convencional se trata, ese mismo operador judicial debe buscar la fuente generadora de ese derecho en aras de examinar si se dan los supuestos fácticos que impongan la aplicación del texto convencional, que es ley para las partes (...) Así las cosas, ante la ausencia de prueba de la nota de depósito del acuerdo convencional, es claro que el colegiado de segunda instancia no podía partir de la existencia de la norma sustancial, sino que, hizo bien en indagar por la existencia del derecho a cuyo reconocimiento aspiró el promotor del litigio, entre otras razones, porque requería conocer los supuestos fácticos en perspectiva de definir si reconocía o negaba el derecho deprecado, (...)Bien puede decirse, entonces, que el juzgador tiene el deber de verificar si se cumplen o no los requisitos del artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo

De antaño, la jurisprudencia de la Sala ha entendido la exigencia consagrada en la norma legal no solo como una formalidad, sino además, como un requisito asociado estrechamente a la existencia misma del convenio colectivo

de trabajo, no tanto por blindar con mayores garantías los derechos de los trabajadores beneficiarios de la convención, como sí por la necesidad de revestir de certeza ante las partes y frente a terceros la existencia del acto y la correlativa generación de efectos del mismo.”

Concluye entonces la Corte que cuando no aparece la nota de depósito oportuno del acuerdo colectivo ante el Ministerio del Trabajo, se impide verificar la existencia y validez del mismo, agregando que si bien jurisprudencialmente se ha advertido que la copia simple de la convención tiene plena validez, no se ha hecho excepción acerca de que en todo caso siempre debe ir acompañada de la respectiva nota de depósito, por ser el elemento que le permite producir efectos probatorios.

En esta medida, no es posible acceder a estas prestaciones extralegales por ausencia de certeza sobre la validez de la convención colectiva aportada y se absolverá por estos conceptos.

8. Aportes a seguridad social

A folio 62 del cuaderno anexo 1 se evidenció que en algunos períodos el actor cotizó a través de las cooperativas y empresas de servicios temporales, pero existen múltiples períodos incompletos y no cancelados, se advierte que la empleadora incumplió la obligación de cotizar a pensiones según lo prevé el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, por tratarse de un derecho cierto e irrenunciable es procedente ordenar que la parte demandada realice las cotizaciones a pensión a favor de la demandante por los períodos declarados en COLPENSIONES y corrija las inconsistencias u omisiones en aquellos períodos que aparecen a nombre de las intermediarias, teniendo en cuenta con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por la entidad respectiva, para lo cual se deberán tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento del actor, y el salario percibido para cada anualidad.

9. Indemnización por despido injusto

Acreditado el hecho del despido en la referida liquidación del 31 de octubre de 2011 donde señala que el motivo del retiro es el término del contrato, correspondía al demandado acreditar alguna justa causa para la finalización del contrato y como nada se señaló en la contestación al respecto, procede la indemnización por terminación imputable al empleador.

Sobre su liquidación, al tratarse de trabajador oficial su vinculación a término indefinido se entiende a plazos presuntivos conforme los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, según recuerda la Sala de Casación Laboral en providencia SL4626 de 2019; y como la última vinculación del actor nació el 16 de diciembre de 2009, contando de a seis meses desde entonces, al finalizar el vínculo el 31 de octubre de 2011 hacían falta 45 días para terminar el plazo presuntivo vigente y por lo tanto se condenará a una indemnización por \$1.323.606.

10. Sanción por no consignación oportuna de las cesantías

Se debe señalar que esta sanción es totalmente improcedente por cuanto al demandante, en su condición de trabajador oficial, lo rige la Ley 6ª de 1945 que fue reglamentada por el Decreto 2127 de 1945, y por ello no tiene derecho a dicha sanción, pues la misma fue establecida para los trabajadores particulares a los que se refiere la Ley 50 de 1990 que modificó el C. S. del T. aplicable a estos últimos.

11. Indemnización moratoria

En cuanto a la indemnización moratoria consagrada en el Decreto 797 de 1949 en su artículo 1º, parágrafo 2º, la misma establece:

*«PARÁGRAFO 2o. Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en **que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador.** Dentro de éste término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.»*

De acuerdo a la norma en cita, la indemnización moratoria solamente procede en el evento de despido o retiro del trabajador; sin embargo, es del caso recordar que esta condena no es automática tras la declaración del contrato de trabajo realidad ni por la negación de esta vinculación, pues conforme a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL11436 del 29 de junio de 2016, rad. 45536 y M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, “*se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo, a fin de poder definir si la postura de éste resulta o no fundada, y su proceder de buena o mala fe*”.

En este caso resulta evidente la mala fe del empleador al vincular al demandante utilizando diversos contratos de prestación de servicios que no cumplieran de manera alguna con las características de esta modalidad de contratación, sino que por el contrario se utilizó para disfrazar una verdadera relación laboral subordinada, en la que se daban o configuraban todos y cada uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Agregado a ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL11436 del 29 de junio de 2016, rad. 45536 y M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, manifestó que: “*no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada Ley 80 de 1993, con desconocimiento constante del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conocedora de estar desarrollando con la demandante un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole.*”

Lo anterior, conlleva a reconocer la mala fe del empleador demandado que no puede estar justificada con el simple hecho de que se vinculó al actor bajo la modalidad contractual alegada, cuando ni siquiera se preocupó por desvirtuar la subordinación jurídica entendida como la capacidad del empleador de impartir órdenes e instrucciones en cualquier momento y lugar sobre la calidad y forma de ejercer la labor como sucedió en el presente caso, en el que se encuentra ausente la autonomía e independencia que caracteriza la contratación estatal por prestación de servicios profesionales teniendo pleno conocimiento de que lo que se había configurado era un verdadero contrato de trabajo subordinado; sumado a que entre contratos se acudía a cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales, desestimando la vocación de permanencia de la labor contratada irregularmente.

Por ende, es procedente la condena por concepto de indemnización moratoria, la cual empieza a contar tras los 90 días hábiles posteriores al despido, que fue el treinta y uno (31) de octubre de dos mil once (2011) y por lo cual el plazo vencía el ocho (08) de marzo de dos mil doce (2012); en consecuencia, se ordenará el pago de la suma de \$29.413 diarios, a partir del nueve (09) de marzo de dos mil doce (2012), hasta que se efectúe el pago total de las obligaciones adeudadas y reconocidas en esta providencia.

Finalmente, se condena en costas de ambas instancias a la demandada. Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia, a favor de la demandada, el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su totalidad la sentencia de fecha 16 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia y en su lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo entre CEFERINO BUSTOS HIGUERA y la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO en los siguientes periodos:

1. Del 9 de diciembre de 2003 al 18 de enero de 2004
2. Del 20 al 31 de diciembre de 2004
3. Del 4 al 30 de abril de 2004
4. Del 22 de mayo al 30 de junio de 2005
5. Del 1 de agosto al 11 de septiembre de 2005
6. Del 14 de diciembre de 2005 al 31 de marzo de 2006
7. Del 1 de junio al 8 de marzo de 2007
8. Del 1 de enero al 10 de abril de 2008
9. Del 1 de septiembre de 2008 al 14 de noviembre de 2009
10. Del 16 de diciembre de 2009 al 31 de octubre de 2011

SEGUNDO: CONDENAR a la E.S.E. HOSPITAL MENTAL RUDESINDO SOTO a reconocer y pagar al señor CEFERINO BUSTOS HIGUERA los siguientes conceptos:

- a. Reajuste salarial: \$4.223.627
- b. Auxilio de transporte: \$943.500
- c. Cesantías: \$615.060,5
- d. Intereses a cesantías: \$138.268
- e. Vacaciones: \$868.085,35
- f. Prima de vacaciones: \$1.348.580,35
- g. Prima de navidad: \$1.770.127,19
- h. Indemnización por despido injusto: \$1.323.606
- i. Obligación de hacer para realizar las cotizaciones a pensión a favor de la demandante por los períodos declarados en COLPENSIONES y corrija las inconsistencias u omisiones en aquellos períodos que aparecen a nombre de las intermediarias, teniendo en cuenta con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por la entidad respectiva, para lo cual se deberán tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento del actor, y el salario percibido para cada anualidad
- j. Indemnización moratoria equivalente a \$29.413 diarios, a partir del nueve (09) de marzo de dos mil doce (2012), hasta que se efectúe el pago total de las obligaciones adeudadas y reconocidas en esta providencia

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, pago parcial y no probada la de inexistencia de la relación laboral.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada. Fijense como agencias en derecho en la suma correspondiente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado (Con Salvamento de Voto)

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



SALA DE DECISIÓN LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Ordinario: 54001-31-05-001-2015-00300-00

Demandante: Ceferino Bustos Higuera

Demandando: E.S.E. Hospital Mental Rudesindo Soto

Con el debido respeto me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, en la medida que considero, debió analizarse si las funciones que el demandante llevó a cabo eran o no las propias de un trabajador oficial, situación que finalmente no se acredita, como se sostuvo en la ponencia derrotada al suscrito.

Lo anterior, porque estimo, el hecho de que exista un pronunciamiento previo emanado de autoridad facultada legalmente para desatar controversias relacionadas con la asignación de competencia (la otrora Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura), no obligaba *per sé* al juez de conocimiento, tener por acreditada la calidad de trabajador oficial discutida en el escrito seminal pues tal situación fáctica ha de corresponder al análisis minucioso y detallado del elenco probatorio arrimado al trámite.

Mírese, además, que la jurisprudencia invocada por el magistrado ponente como fundamento de su intelección, dígase, sentencia SL3748 de 2020, revela una realidad fáctica que contraría lo concluido en la decisión de segunda instancia. En efecto, reflexiona el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral que cuando se dirime un conflicto negativo de competencia, el juez o funcionario a quien se le asigne no puede a la postre, inhibirse de desatar la

controversia planteada por los extremos procesales bajo argumento de carecer de la calidad de “*juez natural del asunto*”.

Lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que dicha designación de competencia constituye para el operador jurídico la obligación ineludible de adelantar las etapas procesales pertinentes hasta proferir sentencia que ponga fin al litigio. Y así lo ratifica la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al estimar:

“En otras palabras «la institución procesal de la cosa juzgada pretende que no se provoque un nuevo pronunciamiento judicial cuando quiera que él ya fue adoptado por decisión en firme, entre partes que jurídicamente son las mismas, sobre el mismo objeto y con fundamento en la misma causa» (SL5472-2014), por lo que el Tribunal no podía tener como fundamento de su decisión, que el « ‘Juez Natural’ » para conocer del presente asunto era el de lo Contencioso Administrativo, ya que ello implica un pleno desconocimiento a una providencia proferida por otra autoridad jurisdiccional en firme que, se insiste, ya había definido tal aspecto”.

Así, al asegurar el actor que se encontraba vinculado a la entidad pública demandada mediante un contrato de trabajo (se asume en calidad de trabajador oficial), necesariamente, es de su resorte acreditar que las actividades por él ejecutadas tenían que ver con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Aludiendo el actor desde el libelo genitor y en sus alegaciones de primera y segunda instancia que, durante toda su vinculación desarrolló principalmente la actividad de conductor a favor de la encartada y en pequeños lapsos como auxiliar de servicios generales y técnico de mantenimiento (1 mes y 15 días respectivamente), siempre adscrito a la dependencia de servicios generales, dando cuenta de ello las órdenes de servicios suscritas con el Hospital encartado y los contratos de trabajo que firmó con la empresa de servicios temporales Servisuministros Ltda. (Cuaderno anexo), del análisis en conjunto del amplio acervo probatorio que incluye no solo la documental arrimada y que es visible en el

cuaderno anexo (*órdenes de servicios, contratos de asociación con cooperativas y de trabajo como personal en misión, planillas de programación conducción de ambulancia, informes de actividades, certificaciones de servicios ,entre otros*) sino las declaraciones de los testigos José Ramiro Durán, Marco Aurelio Chaparro y Carlos Saúl Carrillo, así como del mismo demandante en su interrogatorio de parte, se logra colegir que este último prestó servicios en la ESE Hospital Mental Rudesindo Soto, como conductor de la ambulancia de la ESE, y entre sus actividades preponderantes estaba la del traslado de pacientes en estado crítico.

En efecto, véase como José Ramiro Durán afirmó que desempeña el cargo de operario de mantenimiento de la ESE encartada y que conoce al actor desde 2003 cuando aquél ingresó a laborar como “*chofer de ambulancia*” por contratación que hiciera el gerente de la época, Holmes García, servicio que aduce prestó bajo las órdenes de los jefes de servicios y subgerente hasta octubre de 2011.

Por su parte, Marco Aurelio Chaparro quien se desempeñó como trabajador de planta del Hospital Mental Rudesindo Soto, informó que el demandante trabajó como conductor desde aproximadamente el año 2003; que manejaba principalmente la ambulancia y en algunas ocasiones el vehículo “Nizan”, a los cuales eventualmente les hacía mantenimiento. Finalmente, Carlos Saúl Carrillo García refirió que como enfermero de la ESE, pudo constatar que Ceferino Bustos trabajó continuamente al servicio de la encartada entre el año 2003 a 2011 como chofer, conduciendo la ambulancia del hospital y que a falta de algún conductor, se hacía cargo de la conducción de un Jeep o cualquier otro vehículo.

Asimismo, de los informes de actividades que presentó el actor a la encartada, se extrae que las funciones ejecutadas en el Hospital Mental Rudesindo Soto eran las siguientes (Fl 17 cuaderno anexo):

“

- *Prestar servicios de apoyo a la gestión en el área de salud, como conductor de la ambulancia del hospital mental*
- *Traslado de pacientes hospitalizados a las diferentes entidades prestadoras de servicios de salud para procedimientos que así lo requieran*
- *Traslado de pacientes a sus domicilios en el area metropolitana a al hora de obtener la respectiva salida del médico tratante.*
- *Traslado de muestras de laboratorio clínico de pacientes hospitalizados que requieren análisis en el laboratorio de salud pública u otras entidades”*

Por manera que, las funciones desplegadas por el actor para la pasiva, no se ajustan a las propias de un trabajador oficial de una empresa social del Estado, valga decir, de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, en tanto aquéllas (conductor de ambulancia), se encuentran íntimamente relacionadas con el desarrollo del objeto social de la accionada como incluso insistió en su apelación y alegaciones. Circunstancia que se repite, se desprende además de las declaraciones rendidas por los testigos así como de los informes de actividades que realizaba Bustos Higuera en virtud de las órdenes de servicio a través de las cuales se le vinculaba. Es decir, que prestó servicios en la ESE Hospital Mental Rudesindo Soto como conductor, y entre sus actividades primordiales estaba la de traslado de los pacientes en la ambulancia de la institución, así como de los medicamentos y materiales que se le solicitaban. Significa esto que su posible vinculación laboral con la ESE, necesariamente no corresponde a la de un trabajador oficial. Situación fáctica que da al traste con la presunción que a partir del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, se estableció una vez se dio por demostrada la prestación del servicio personal a favor de la pasiva.

Dicho en otros términos, contrario a lo concluido en el proyecto aprobado mayoritariamente, en el sub-judice no se demuestra la condición de trabajador oficial del demandante, habida cuenta que, las actividades desarrolladas por éste no encajan dentro del concepto de

«mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales servicios generales» y que se encuentran descritas en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, relacionadas con mayor detalle en la Circular No 012 del 06 de febrero de 1991 Ministerio de Salud, y en la jurisprudencia de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral.

Ahora, si bien conforme lo refiere el apelante, en el artículo 60 de la convención colectiva de trabajo celebrada entre la encartada y la organización sindical de la ESE, el cargo de conductor se encuentra estipulado como uno de “*trabajador oficial*”, no puede pasarse por alto que: (1) el actor no fungía como un simple conductor, sino que ejecutaba su labor conduciendo una ambulancia y (2) la condición jurídica de empleado público o trabajador oficial no obedece a la voluntad de las partes ni mucho menos a lo que se estipule convencionalmente, sino, a la precisión legal respecto de la entidad a la cual se presta el servicio y a la naturaleza de ésta (criterio orgánico) y excepcionalmente a las funciones que desarrolla el servidor (criterio funcional), o sea, consultando la naturaleza de la labor desempeñada. Criterios que han sido objeto de innumerables pronunciamientos jurisprudenciales y que puntualmente han enseñado que aún en el evento de haberse vinculado a un empleado público a través de un “*contrato de trabajo*”, o si un trabajador oficial es vinculado al servicio oficial por un acto legal y reglamentario o por otro distinto al contrato de trabajo, su condición jurídica no se modifica, pues es la ley la que determina la naturaleza jurídica de los empleos y las categorías de servidores del Estado.

Sobre este punto resulta importante recalcar cómo en un apartado de la ya mentada jurisprudencia, el órgano de la especialidad concluye que:

*“...el Tribunal no incurrió en el error de hecho que se le endilga, ni apreció equivocadamente las piezas procesales denunciadas, **pues lo cierto es que el referido juzgador precisamente confirmó la sentencia de primer grado, debido a que consideró que el demandante en atención al***

cargo de médico que desempeñaba se ejercía en su condición de empleado público” -Se destaca-

Así las cosas, en mi sentir, el orden lógico y legal para este colegiado era el confirmar la absolución de primera instancia, no por las razones expuestas por el a-quo en cuanto señaló que el actor “*no logró demostrar los elementos de contrato realidad*”, sino porque pese a que está demostrado que Ceferino Bustos Higuera prestó su fuerza de trabajo a la ESE Hospital Mental Rudesindo Soto, no se acreditó que aquél ostentare la calidad de trabajador oficial, lo que impide acceder a la declaratoria de contrato de trabajo pretendida.

Con toda consideración,



ELVER NARANJO

Magistrado.



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

Primero (01) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2015-00366-00
RADICADO INTERNO:	17.941
DEMANDANTE:	ELIA MARÍA DEL CARMEN LATORRE ORDOÑEZ Y OTROS
DEMANDADO:	CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ELIA MARÍA DEL CARMEN LATORRE ORDOÑEZ, GERMAN ARDILA MENESES, ANA DELFA IGUARAN ARCILA, JAVIER CONSTANTINO CONSUEGRA MORA, GONZALO LOZA GOMEZ, CESAR TULIO ROLON RIOS, FELIX MARÍA MONTAGUT MONTAGUT, MARÍA TRINIDAD CARRILLO GARCIA, ORLANDO PUELLO REYES, HECTOR JESÚS SARMIENTO ACERO, JAIRO NIÑO PICON, CIRO ALFONSO TORRES DUARTE, EDUARDO ALFONSO DURAN BLANCO, ANGEL MARÍA BARRIENTOS BERBESI, JAIME ROBERTO MOGOLLON RODRIGUEZ contra CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2015-00366-00, y Radicación interna N° 17.941 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 7 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda.

Los demandantes presentan demanda ordinaria laboral contra CENS S.A. E.S.P. para que se les reconozca el excedente pensional respectivo entre la tasa de reemplazo reconocida a cada actor hasta completar el 75% de la pensión de jubilación reconocida, por cumplir actualmente los requisitos legales para este reconocimiento; que, en consecuencia, se ordene el pago del retroactivo correspondiente, debidamente indexado y con los intereses moratorios a la tasa máxima autorizada.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, señalan:

- Que, CENS S.A. E.S.P. por medio de diversos procesos de planes de jubilación anticipada y voluntaria, ha jubilado a varios trabajadores incluidos los demandantes. Y a través del acta No. 639 autorizó un

PLAN VOLUNTARIO DE JUBILACIÓN ANTICIPADA, por medio del cual accedieron los demandantes a una pensión.

- Que, estos procesos requieren de unos postulados so pena de vulnerar la convención colectiva del trabajo y en este caso, el artículo 69 de esta norma, determina que los procesos de reestructuración de planta de personal deben ser el resultado de una mesa de negociación, la cual no se llevó a cabo. Por ende, los trabajadores no deben asumir el reconocimiento desfavorable que desmejora las condiciones pensionales a las que podían haber accedido y previamente a otros trabajadores que se pensionaron anticipadamente se les reconoció el porcentaje de reemplazo del 75%, por lo que debe garantizarse la reliquidación de la pensión de los demandantes bajo este parámetro convencional que desmejora sus condiciones pensionales.

1.2 Contestación de la demanda.

La demandada CENS S.A. E.S.P. contestó a la demanda de la siguiente manera:

- Aceptando la jubilación anticipada de los trabajadores mediante el plan de retiro voluntario propuesto mediante Acta No. 639 del 20 de octubre de 2003 y señala, que las demás son consideraciones subjetivas del apoderado, pues en cada caso los trabajadores se acogieron voluntaria e individualmente a las condiciones pensionales propuestas ante la autoridad legal correspondiente y como no cumplían aún requisitos para pensionarse, no se desconocieron derechos adquiridos, ciertos e irrenunciables.
- Se opone a las pretensiones y propone como excepciones la PRESCRIPCIÓN, COSA JUZGADA, VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS ACTAS, INEXISTENCIA DE NORMA INVOCADA, PAGO, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, COBRO DE LO NO DEBIDO e IMPROCEDENCIA DE INTERESES MORATORIOS.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión.

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la Sentencia del 7 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual declaró probadas las excepciones de validez y eficacia del acuerdo suscrito por las partes. Como también, la validez y eficacia del agotamiento de los actores al plan voluntario de jubilación anticipada, extralegal y extra convencional ofrecido por la demandada, buena fe, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido y cosa juzgada por efecto de la de conciliación propuesta como medio de defensa por la entidad demandada.

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que, los documentos referenciados, hacen mención al trámite que se dio a las solicitudes de reconocimiento de pensión anticipada elevada por cada uno de los hoy demandantes ante Centrales Eléctricas de Norte de Santander, mediante el plan de retiro voluntario presentado por la empresa a sus trabajadores de manera extralegal y extraconvencional, los cuales, encuentran respaldo, en cada una de las actas de conciliación suscrita ante

el Ministerio del Trabajo y de la Protección Social de la época, para la terminación anticipada de los contratos de trabajo de estos trabajadores, para que se reconociera a su favor, pensión de jubilación conforme al plan de retiro voluntario presentado por la empresa.

- Que, las conciliaciones fueron efectuadas ante autoridad competente, la cual una vez estudiada la solicitud, la documentación allegada por cada uno de los interesados, así como la manera en que se desarrolló la misma, le imparte aprobación a este acuerdo de retiro voluntario para el reconocimiento de la pensión de jubilación y les hace saber a las partes, que una vez impartida la aprobación por el inspector del trabajo del Ministerio de la Protección Social, está hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo de conformidad con lo preceptuado por los artículos 66 de la Ley 446 del 98, 28 de la Ley 640 de 2001 y 78 del C.P.T.Y.S.S.

- Que, el proceso se realizó a solicitud libre y voluntaria de los interesados, conforme a la propuesta de retiro voluntario presentada por la empresa a sus trabajadores, protocolizando el acuerdo ante el Ministerio del Trabajo, mediante acta de conciliación aprobadas por el inspector de trabajo que una vez conocida la forma de conciliación hizo las advertencias de ley a los suscribientes sobre los efectos de cosa juzgada y el mérito ejecutivo de las conciliaciones, por lo que gozan de plena validez las solicitudes presentadas por los demandantes ante la empresa y el desarrollo que la misma le dio a este proceso que terminó con el reconocimiento y pago a favor de los actores a través de decisiones empresariales notificadas personalmente a los interesados, de manera clara y voluntaria; como obra en el expediente.

- Que, por lo anterior, no encuentra el despacho vicio alguno al consentimiento de cada uno de estos trabajadores, y la documental traída es suficiente para darle validez y eficacia al acuerdo suscrito por las partes al plan voluntario de jubilación anticipada extralegal y extraconvencional, ofrecida por esta demandada

- En razón a lo anterior, el despacho declarara probadas las excepciones de validez y eficacia del acuerdo suscrito por las partes; validez y eficacia del acogimiento de los actores al plan voluntario de la jubilación anticipada extralegal y extraconvencional ofrecida por la demandada, buena fe de la demandada, inexistencia las obligaciones que se demandan, cobro lo no debido y cosa juzgada para efectos de la conciliación.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De los demandantes

El apoderado de los demandantes, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando lo siguiente:

- Que, se solicita la revocatoria de la decisión y que se disponga conceder la totalidad de las pretensiones, en la medida, que se advierte una contrariedad en la decisión y discrepa de lo concluido por el Juez sobre que el proceso de los accionantes no tuvo relación con el artículo 69 de la Convención Colectiva; pues se ha vuelto una constante la interpretación a literalidad cuando conviene a CENS y afecta a los trabajadores, no aceptando que se desconozca la existencia de un proceso de reestructuración pese a que se encuentra evidenciado al tenor literal de las actas extraconvencionales.

- Que, a folio 178 se lee de forma textual y no como una apreciación subjetiva que el derecho de los accionantes viene reconocido por una reestructuración adelantada en la sucursal de Tibú, sede que atravesaba unas circunstancias bastantes particulares como afirmaron los testigos, el señor Carlos Castillo en su relato expuso los inconvenientes de orden público en que trabajaban allí y la afectación a su salud mental.

- Que, la segunda instancia debe establecer si efectivamente se puede desconocer el contenido del acta extraconvencional, la cual se refiere taxativamente con la reestructuración y por ende redirige al artículo 69 convencional, sin una relación o semejanza forzosa pues si se ha dado validez al documento lo es en su integridad y no donde convenga a CENS, debiendo hacerse un análisis plausible y no superficial, pues el artículo 69 se titula "acuerdo nacional de reestructuración", que solamente no nace con la iniciativa del ministerio de minas, sino también dice u otros organismos, resultando reiterativa la referencia en las actas a la reestructuración por impactos negativos en la salud mental de los trabajadores por la situación de orden público y que llevó a que sus cargos desaparecieran.

- Que, se están discutiendo derechos ciertos e indiscutibles vulnerados por la interpretación del texto convencional, la cual no puede aplicarse parcial o subjetivamente y sin que sea cierto que el beneficio obtenido haya sido mayor, pues el texto reconoce una tasa de reemplazo del 75%.

- Que, con el acta del señor GERARDO CANAL PERDOMO se reformó la convención y esta dejó de surtir efectos jurídicos, pues se evidencia la coacción de pensionarse o ser trasladado.

- Que, resulta evidente la existencia de un proceso de reestructuración y la necesidad de haber efectuado las respectivas mesas de deliberación, demostrándose en las jurisprudencias citadas por el despacho que existieron procesos concertados, organizados, que evitaron la violación de preceptos de carácter convencional y que no sucedió en este caso donde se impuso unas condiciones, desconociendo el procedimiento del artículo 69 de la Convención con dos representantes de los trabajadores: uno de Sintraelecol y otro de la empresa Cens, pero que en este acuerdo se limitaron al gerente de la época y al señor Luis Eduardo Castellanos, quien hizo una actuación de forma inconsulta y estaba en el deber de convocar a la mesa de deliberación, lo que invalida las actas extraconvencionales.

- Que, tampoco es cierto que la jurisprudencia citada no tenga relación con el caso o que los otros procesos adelantados por CENS sean diferentes, pues por ejemplo en el caso de JOSÉ GUSTAVO CAICEDO se puede leer que su resolución refiere también un plan de racionalización del gasto administrativo y reducción de costos para considerar jubilación anticipada, como este caso y que en la convención 2004-2008 se establece un procedimiento más claro y vinculante que evitara a la empresa hacer actuaciones erróneas, pero en este caso se vulneró pues tanto la convención como el acta se refiere al proceso de reestructuración en Tibú, la necesidad de optimizar recursos como en este caso donde se eliminaron los puestos de trabajo y esa cadena de relaciones es la que garantiza el derecho reclamado.

- Que, la vulneración de este proceso cercenó a los trabajadores la posibilidad de seguir trabajando y haber obtenido los requisitos para una pensión más alta, afectando su derecho a la igualdad pues otra gente se jubiló de manera anticipada, existiendo precedentes que reconocen la vulneración de los derechos ciertos e indiscutibles al no respetar el debido proceso del artículo 69, negando la posibilidad de demostrar los trabajadores sus desacuerdos y es allí donde nace el derecho reclamado, sin interpretación distinta a una sana crítica pues inclusive en sus declaraciones se puede apreciar la incapacidad de negar la existencia de un proceso de reestructuración como consta en actas.

- Que, la declaración del Dr. Gene desconoce la literalidad de las actas, desmontando su versión, donde se refiere a un mejoramiento de políticas empresariales que no es convincente y que solo busca desconocer el debido

proceso del artículo 69 de la convención y violar derechos ciertos e indiscutibles, siendo necesario estudiar la posibilidad del reconocimiento del derecho a acrecer su pensión, porque como se hizo el acta extraconvencional mal, no existe un mecanismo o incremento que restrinja la posibilidad de los actores de acrecer su derecho, pues si bien les faltaba un requisito para obtener los 75 puntos que era la edad por el paso del tiempo, ellos podían cumplir este requisito hasta el 31 de julio de 2010.

• Que, en este caso y reiterando los procedimientos llevados a cabo en pensiones anticipadas anteriores, no se trata esta violación del procedimiento un caso aislado y si bien CENS tiene la potestad de efectuar procesos de reestructuración por implementación de tecnologías y es de su fuero íntimo, no puede desconocer la negociación colectiva y pactar situaciones contrarias a los derechos ciertos adquiridos.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

Manifestó que el proceso pretende recalcular o acrecentar el derecho pensional ya reconocido por CENS a un grupo de extrabajadores y que les fue reconocida en Acta 639 de 2003, donde no medió deliberación del sindicato mayoritario sino que expidió la Junta Directiva y en procesos anteriores fallados por la misma Sala se negaron similares pretensiones porque los requisitos del artículo 69 sobre reestructuración no se necesitaban, que no habían derechos adquiridos y la pensión reconocida fue mejorada, con lo que discrepa; y que inclusive la anterior composición de la Sala Laboral ya había accedido al derecho reclamado, pues la acta citada se justificó en optimizar recursos y ahorrarse un capital, siendo innegable que se trataba de una reestructuración de personal que debía agotar el procedimiento convencional del artículo 69. Resaltando que un miembro de la Junta se opuso a su materialización sin presencia del sindicato. Advierte que rechaza la declaración de cosa juzgada por existir actas de conciliación, pues se reclama precisamente su validez y eso lo ha reconocido la jurisprudencia.

Advierte que la sentencia desfavorable de caso similar previo, no tuvo en cuenta que la convención no exige el tiempo de servicio activo para acrecentar la pensión pues así lo reconoce la Sentencia SL526 de 2018 donde el requisito de servicio activo no es requisito de exigibilidad sino de goce y disfrute.

Rechaza que la estructuración deba ser necesariamente convocada por el Ministerio para que se active el artículo 69, pues el artículo contempla que pueden hacerlo otras autoridades competentes como es el Gerente y la Junta Directiva; de manera que debió cumplirse su procedimiento ya que no es posible desconocer o modificar la convención colectiva si no es por los mecanismos legales correspondientes.

• PARTE DEMANDADA:

La apoderada de CENS S.A. E.S.P. indicó que al plenario está demostrado el trámite adelantado por cada uno de los demandantes para acceder a la pensión de jubilación anticipada, acogiéndose al parágrafo tercero del artículo 63 de la Convención Colectiva; reposa el acuerdo en acta de conciliación con cada uno y la representación sindical. De esta manera, es la misma Convención la que autoriza la realización de esas actas extraconvencionales por razones objetivas, donde las partes pactarían las

condiciones de jubilación anticipada y que no se relaciona con el artículo 69 de la Convención sobre reestructuración, pues este nunca se presentó en la realidad y menos cuando se pensionaron los actores. Concluye que estos no cumplían los requisitos para acceder a la pensión en condiciones regulares, por lo que no existen derechos adquiridos.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si resulta procedente ordenar a CENS acrecentar las pensiones extralegales reconocidas a los demandantes hasta el 75% del salario promedio devengado por haberse vulnerado el debido proceso y los parámetros convencionales en el reconocimiento de sus pensiones anticipadas? Así mismo, si es procedente el pago de conceptos dejados de cancelar, intereses de mora e indexación.

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, para resolver el problema jurídico, se debe señalar, que las pretensiones de la demanda buscan reclamar, que por las vulneraciones en que incurrió CENS S.A. E.S.P. al momento de reconocer las pensiones de jubilación anticipadas se declare, que estas, desconocen el artículo 69 de la convención colectiva del trabajo, por negárseles la posibilidad de acceder a una tasa de reemplazo del 75% en igualdad de condiciones a los demás trabajadores y ante ello, se debe condenar a la empresa a garantizar a los extrabajadores esa tasa de reemplazo.

El juez a quo consideró improcedente las pretensiones de la demanda, en la medida, que las actas de decisión empresarial por las que se reconoció la pensión de jubilación anticipada, no tuvieron origen en una reestructuración conforme al artículo 69 convencional, pues fueron expedidas con los requisitos de validez correspondientes, garantizando las condiciones más favorables a las legales e inclusive a las mismas convencionales; así mismo, que los precedentes jurisprudenciales citados no corresponden con las situaciones de hecho de este caso y por ende no son aplicables.

El apelante señala como puntos de inconformidad que las actas donde se reconoció la pensión anticipada a los demandantes desconoce el artículo 69 de la Convención Colectiva 2004-2008, que obliga a citar a mesas de deliberación con la organización sindical, en casos de reestructuración, ya que en las actas de manera literal se cita que existe una reestructuración con origen en los problemas de orden público de la zona y al no citarse a la mesa de deliberación, se desconocen y afectan derechos ciertos e indiscutibles al bloquear a los demandantes la posibilidad de haber accedido a una pensión por el 75%, imponiendo unas condiciones desfavorables y que conllevan a evaluar la necesidad de acrecentar lo reconocido para restablecer los derechos vulnerados.

Al respecto, se debe decir, que en este caso a los demandantes se les reconoció la pensión conforme al parágrafo 3° del artículo 63 de la convención colectiva, de la siguiente manera:

- ELIA MARÍA DEL CARMEN LATORRE ORDOÑEZ mediante decisión empresarial No. 003 del 18 de junio de 2004, por solicitud presentada el 22 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 68% a partir del 25 de diciembre de 2003. (Fol. 760 a 764), aprobada en acta de conciliación No 1464 del 23 de octubre de 2003 (Fol. 751-757)

- GERMAN ARDILA MENESES mediante decisión empresarial No. 081 del 10 de diciembre de 2003, por solicitud presentada el 21 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 70% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 785 a 789), aprobada en acta de conciliación No 1470 del 23 de octubre de 2003 (Fol. 776-782)

- ANADELFA IGUARAN ARCILA mediante decisión empresarial No. 105 del 26 de Diciembre de 2003, por solicitud presentada el 22 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 74% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 803 a 807), aprobada en acta de conciliación No 1465 del 23 de octubre de 2003 (Fol. 795-801).

- JAVIER CONSTANTINO CONSUEGRA MORA mediante decisión empresarial No. 002 del 20 de enero de 2004, por solicitud presentada el 14 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 67% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 821 a 825), acta de conciliación No 1455 del 23 de octubre de 2003 (Fol. 813-819)

- GONZALO LOZA GOMEZ mediante decisión empresarial No. 102 del 17 de diciembre de 2003, por solicitud presentada el 22 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 73% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 839-843), aprobada en acta de conciliación No 1503 del 24 de octubre de 2003 (Fol. 831 a 837)

- CESAR TULIO ROLON RIOS mediante decisión empresarial No. 085 del 10 de diciembre de 2003, por solicitud presentada el 21 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 70% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 845 a 862), autorizada en acta de conciliación 1482 del 24 de octubre de 2003 (Fol. 845 a 862)

- FELIX MARÍA MONTAGUTH MONTAGUTH mediante decisión empresarial No. 078 del 25 de noviembre de 2003, por solicitud presentada el 22 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 73% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 863 a 880), autorizada en acta de conciliación N° 1476 del 23 de octubre de 2003 (Fol. 863 a 880)

- ORLANDO PUELLO REYES mediante decisión empresarial No. 026 del 7 de mayo de 2004, por solicitud presentada el 23 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 71% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 915 a 919, autorizada en acta de conciliación No 1491 del 24 de octubre de 2003 (Fol. 908 a 914)

- HECTOR JESÚS SARMIENTO ACERO mediante decisión empresarial No. 089 del 12 de diciembre de 2003, por solicitud presentada el 12 de diciembre de 2003, con una tasa de reemplazo del 72% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 934 a 939, autorizada en acta de conciliación No 1460 del 23 de octubre de 2003 (Fol. 927 a 933)

- JAIRO NIÑO PICON mediante decisión empresarial No. 100 del 17 de diciembre de 2003, por solicitud presentada el 22 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 73% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 952 a 956, autorizada en acta de conciliación No 1469 del 23 de octubre de 2003 (Fol. 944 a 950)

- CIRO ALFONSO TORRES DUARTE mediante decisión empresarial No. 025 del 7 de mayo de 2004, por solicitud presentada el 22 de octubre de

2003, con una tasa de reemplazo del 73% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 970 a 974, autorizada en acta de conciliación No 1466 del 23 de octubre de 2003 (Fol. 962 a 968)

- EDUARDO ALFONSO DURAN BLANCO mediante decisión empresarial No. 080 del 25 de noviembre de 2003, por solicitud presentada el 20 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 71% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 988 a 992), autorizada en acta de conciliación No 1490 del 24 de octubre de 2003 (Fol. 980 a 986)

- ANGEL MARÍA BARRIENTOS BERBESÍ mediante decisión empresarial No. 034 del 18 de junio de 2004, por solicitud presentada el 22 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 74% a partir del 18 de junio de 2004 (Fol. 1005 a 1009), autorizada en acta de conciliación No 1506 del 24 de octubre de 2003 (Fol. 997 a 1003)

- JAIME ROBERT MOGOLLÓN RODRIGUEZ mediante decisión empresarial No. 050 del 6 de agosto de 2004, por solicitud presentada el 23 de octubre de 2003, con una tasa de reemplazo del 73% a partir del 25 de octubre de 2003 (Fol. 1024 a 1027), autorizada en acta de conciliación No 1490 del 24 de octubre de 2003 (Fol. 980 a 986)

Establecida la situación fáctica de cada demandante; esta Sala encuentra, que el debate se centra en determinar la validez de las actas convencionales por las cuáles CENS aceptó las solicitudes de los demandantes de que les sea concedida la jubilación voluntaria anticipada extralegal y extraconvencional, al cumplir con los requisitos establecidos en el plan de jubilación anticipada, por contar con 47 años de edad y 21 años de servicios, a las cuáles, el apoderado demandante considera indebidamente tramitadas por no cumplirse los requisitos del artículo 69 y 70 de Las Convenciones Colectivas 2002 – 2004, y 2004 – 2008, que afirma, tuvo como consecuencia un desconocimiento del derecho de los trabajadores a acceder a unas mejores condiciones pensionales.

El artículo 64 y 63 de la convención colectiva del trabajo suscrita entre CENS S.A. E.S.P. y el sindicato de la empresa, vigente entre el 2002 - 2004, y 2004 - 2008, visible del folio 199 al 301 del cuaderno 2, establece en su texto las condiciones normales para acceder a la pensión de jubilación con 75% del salario promedio tras cumplir más de 20 años de servicios y reunir 75 puntos en un sistema de punto por año de edad y otro por cada año de servicio; sin embargo, se agregaron 3 párrafos: el primero condiciona que si la pensión no se solicita al año siguiente de cumplir requisitos se perderá el derecho convencional, el segundo establece que si el trabajador ingresó a CENS después del 1 de marzo de 1992 requerirá 80 puntos y el **parágrafo 3°** al tenor literal reza: *“Cuando por desarrollo tecnológico, optimización de procesos resulten eliminados cargos, o por antecedentes médicos y de salud de trabajadores, **las partes establecerán mediante acta extraconvencional las condiciones de jubilación**”*.

Sobre el alcance de la convención colectiva que sustenta la reclamación y si es dable para el operador judicial revisar su contenido para interpretar o controvertir las estipulaciones pactadas entre empleador y las organizaciones de trabajadores, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de junio de 2010, M.P. GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA, ha establecido que:

“(…) no es función de la Corte fijar el sentido de las cláusulas de las convenciones colectivas de trabajo, pese a la gran importancia que ostentan en las relaciones obrero-patronales y en la formación del derecho laboral, por no ser normas legales sustanciales de alcance nacional. Por esa misma razón las partes son las que, en principio, están llamadas a

determinar su sentido y alcance, puesto que la Sala sólo puede separarse de la interpretación que le asigne el juzgador, en caso de que ella se exhiba absurda, para concluir que por su errónea apreciación como prueba, se produjo un yerro manifiesto.

Y en casos en que respecto de una misma disposición convencional resultan atendibles diferentes interpretaciones, la circunstancia de que el fallador opte por una de ellas no puede ser constitutiva de un error evidente o protuberante”.

Es así como no corresponde al juez ni a la Sala, fijar el sentido o alcance de los acuerdos convencionales, excepto, cuando a los mismos se les da una aplicación o interpretación manifiestamente improcedente; por lo que se estudiará primero si como considera el demandante las actas de decisión empresarial estaban atadas a una serie de requisitos formales y estos no fueron cumplidos, para determinar las consecuencias que tienen estos supuestos defectos en los derechos reconocidos o dejados de reconocer a los trabajadores.

La interpretación jurídica se compone de varios elementos que permiten establecer el sentido y alcance de una norma, de tal modo, que éstas no se interpretan únicamente de forma literal, sino que existe un elemento sociológico y sistemático a considerar; en este caso, al interpretar las normas convencionales desde un elemento sistemático, es claro, que si entre trabajadores y la empleadora se estableció un esquema para acceder a la pensión de jubilación con reglas claras y precisas, las partes deben atarse a cumplir cualquier compromiso adquirido entre ellas con el cual, se garantice el acceso a los derechos laborales alcanzados.

Es así como, en primera medida, la Sala revisará si como afirma el apoderado de los demandantes en su recurso, a partir de la interpretación jurisprudencial dada en providencia SL8768 de 2015, a los trabajadores de CENS SA ESP demandantes, se les debió reliquidar su pensión al 75% cuando cumplieron con los puntos correspondientes para ello, pues la convención colectiva no especifica que para sumar estos puntos se exija un servicio activo.

Pues bien, la sentencia referida SL8768 del 8 de julio de 2015 (Rad. 55.215 y M.P. JORGE BURGOS RUIZ), no analiza como se afirma un conflicto similar de un trabajador de una empresa electrificadora; pues el objeto de estudio es si el acceso a la pensión de jubilación convencional tras 20 años de servicios depende de su condición de trabajador al momento de alcanzar la edad exigida en la cláusula convencional, a lo cual resolvió la Sala interpretar favorablemente al trabajador que si no estaba literalmente impuesta esta condición en la convención al cumplir la edad y el tiempo de servicios efectivamente se surtían los requisitos para acceder a la pensión convencional.

Considera la Sala que la jurisprudencia en cita no solo no es asimilable al caso concreto, pues resuelve un conflicto sustancialmente diferente al aquí estimado que persigue una reliquidación pensional y no el reconocimiento de la pensión que llevan años disfrutando los actores, sino que además, la interpretación que enuncia el apoderado no es procedente en la medida que, se reitera, el artículo 63 exige 2 requisitos: cumplir más de 20 años de servicios y reunir 75 puntos en un sistema de punto por año de edad y otro por cada año de servicio; esta última expresión el objeto de discusión del apoderado que afirma debe ser interpretada como “servicio activo o pasivo” ante la ausencia del calificativo correspondiente.

Al respecto, si se revisa el diccionario de la real academia española de la lengua se aprecia específicamente la acepción de servicio activo para definir una situación laboral en donde una persona desempeña efectivamente el puesto que le corresponde; siendo claro que no se puede prestar un servicio si el trabajador no está activo, se debe rechazar la interpretación perseguida por la parte actora, pues el artículo utiliza la expresión “año de servicio” y no otras como “año de vinculación”, que hubieran permitido adoptar como correcto el argumento esgrimido.

Evacuado este punto, procede la Sala a revisar el siguiente reclamo correspondiente a la interpretación dada por la parte actora sobre el desconocimiento de la reglamentación en casos de reestructuración de la empresa y las consecuencias de ello en el derecho de pensión anticipada reconocido a los trabajadores que la solicitaron.

Ante ello, la Convención Colectiva vigente entre los años 2002 – 2004; y 2004-2008, suscrita entre CENS SA ESP y SINTRAELECOL, está dividida en 8 capítulos: 1) Relaciones entre partes, 2) Estabilidad, salarios, primas, subsidios y auxilios, 3) Comité permanente de coordinación y reclamos, 4) Salud ocupacional, 5) Escalafón, capacitación y ascenso, 6) Servicios médicos a trabajadores, 7) Servicio médico a familiares de trabajadores, 8) Disposiciones finales; este último, contiene diferentes temas que no necesariamente se advierten relacionados entre sí: Entrega de folletos, Vigencia de la convención, **Pensión de Jubilación**, Intereses sobre cesantías, Descuentos a trabajadores beneficiarios, Sueldo por quincenas, Fondo cooperativo, Bonificación por trabajo en línea viva, **Acuerdo nacional de reestructuración**, Vigilancia de contrataciones, normas preexistentes, I.P.C., Incorporación de resultados de comisión acuerdo marco sectorial y fondo pensional.

Para evaluar si existe la dependencia reclamada por el actor entre el artículo 63 sobre pensión de jubilación y el citado artículo 69, titulado **ACUERDO NACIONAL DE REESTRUCTURACIÓN**, componentes de un capítulo de asuntos variados y sin aparente relación, se hace necesario resaltar que al tenor literal ese artículo dice *“En la eventualidad que CENS S.A. E.S.P., a consideración del Gobierno Nacional u organismos competentes adelanten un proceso de reestructuración, con el propósito de elevar la productividad, la eficiencia y la eficacia para beneficio de la comunidad, conformarán una mesa de trabajo con participación de representantes de la administración y hasta 2 por parte de los trabajadores afiliados a SINTRAELECOL, en la respectiva entidad, para que previo estudio y evaluación entre las partes, elaboren propuestas sobre el sentido, la dirección, la aplicación y lineamientos que deberán tenerse en cuenta en la implementación y ejecución del proceso de reestructuración”* y en 2 incisos y 4 párrafos procede a regular el funcionamiento de las mesas de trabajo, sus criterios, la desvinculación de políticas de privatización o movimientos bruscos en cambios de personal, el plazo para presentar resultados y la intervención del Ministerio de Minas.

Encuentra esta Sala que, de una lectura literal y sistemática de estos puntos de la convención colectiva, no se encuentra una relación inescindible en los términos que reclama la parte demandante sobre la solicitud anticipada de pensión de jubilación y la mesa de trabajo en casos de reestructuración; lo único en común entre estos artículos es que el párrafo 3 del artículo 63 además de cuestiones de salud, plantea la jubilación anticipada por cargos eliminados ante desarrollo tecnológico y optimización de procesos, al tiempo que uno de los criterios que deben evaluar las mesas de trabajo es *“la optimización de los recursos humanos, técnicos, económicos y operativos para mejorar la productividad en la prestación del servicio”* y la *“implementación de planes de capacitación y actualización tecnológicas”*.

Así, es posible identificar con plena claridad que se trata de dos situaciones distintas; por un lado, el parágrafo 3° establece que trabajadores y empresa pueden mediante acta extraconvencional modificar las condiciones de jubilación por razones de eliminación de cargos o por asuntos médicos y de salud; por otro lado, se establece que en casos de reestructuración dispuestas por el Gobierno Nacional u organismos competentes, se deben conformar mesas de trabajo para evaluar las propuestas que aplicar e implementar en la ejecución de la reorganización, incluyendo un parágrafo donde establece que estos procesos no necesariamente implican aumentar o disminuir las plantas de personal.

En esta medida, es claro que convencionalmente un trabajador podía solicitar anticipadamente su pensión para ser evaluada por la empresa y alcanzar un acuerdo en acta extraconvencional o por su cuenta la empresa durante un proceso de reestructuración podía llegar a plantear medidas de optimización para disminuir plantas de personal, dentro del cual proponer la jubilación anticipada a un trabajador y alcanzar un acuerdo en acta extraconvencional; pero no se evidencia en qué medida la mesa de negociación era necesaria o fundamental para el trámite de la pensión anticipada, pues las partes al suscribir la convención impusieron como único limitante las causales y que evaluarían las condiciones en que podrían darse las jubilaciones de manera particular.

Para el caso concreto, desde la demanda se establece con claridad, que los demandantes fueron quienes iniciaron el trámite de pensión anticipada al solicitar a la empresa que se les concediera la jubilación voluntaria anticipada extralegal y extraconvencional; encontrando dentro del plenario que los demandantes solicitaron el trámite de pensión anticipada únicamente por cumplir con los requisitos establecidos en el Plan de Jubilación Anticipada, por contar con 47 años de edad y 21 años de servicios; situación que efectivamente así fue transcrita en cada una de las actas que aceptaron la solicitud de pensión anticipada, como se refiere en el recurso de apelación.

Sin embargo, de lo anterior se desprende, que independiente de las diversas razones alegadas, todas las pensiones anticipadas fueron tramitadas por la petición y solicitud iniciada por los mismos trabajadores y no fueron impulsadas por el resultado o las conclusiones de la empresa tras un proceso de reestructuración; de esta manera, el único parámetro aplicable para tramitar la pensión anticipada de los solicitantes era, como lo pactaron sindicato y empresa en el parágrafo 3° del artículo 63, que las partes establecieran unas condiciones en acta extraconvencional y que ambas las aceptaran, como efectivamente sucedió.

Por lo anterior, no asiste razón al recurrente cuando reiteradamente refiere a que demostrada la existencia de un proceso de reestructuración se concatena la existencia de un derecho vulnerado y la necesidad de subsanarlo con un acrecentamiento del porcentaje reconocido; pues revisada la actuación de la empresa, esta se ajustó al único parámetro convencional aplicable, esto es que una vez solicitada la pensión anticipada por el trabajador dispuso en un acta junto a la otra parte de la Convención, el representante sindical, las condiciones a ofrecer al solicitante y este manifestó su aceptación al ser notificado de la decisión empresarial, circunstancia esta que controvierte abiertamente lo afirmado en la apelación sobre que los trabajadores no pudieron oponerse pues de estar inconformes con lo reconocido, la convención garantizaba la estabilidad laboral para seguir trabajando hasta alcanzar los 75 puntos.

En esta medida, es inane cualquier debate en torno a la existencia de un proceso de reorganización y la necesidad de una mesa de negociación o de circunstancias jurisprudenciales relacionadas a ello, pues la única situación

que evidenciaría alguna irregularidad suficiente para controvertir la validez de las actas extraconvencionales que avalaron la solicitud de pensión anticipada y las decisiones empresariales que establecieron las condiciones para su reconocimiento, es que estas desconozcan los derechos mínimos e irrenunciables que ya hubieran adquirido legal o convencionalmente los demandantes.

Conforme la jurisprudencia, citada también en primera instancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de junio de 2012 (rad. 39.744), reiterada en providencia SL889 de 2014, refiere:

*“Nada se opone a que en el Derecho del Trabajo los trabajadores, bien sea por si mismos o representados por la organización sindical a la cual pertenecen, celebren acuerdos con los empleadores tendientes a regular diversas situaciones laborales y menos aún, tampoco puede haber oposición o ilicitud **en cuanto con ellos se superen los mínimos derechos legales o inclusive convencionales**. Si el simple acto unilateral de un empleador puede crear derechos para los trabajadores en tanto superen los mínimos legalmente establecidos, con mucha mayor razón ello puede aplicarse a los convenios directos que celebren con sus servidores. Un acuerdo, como el que ahora ocupa la atención de la Sala, se convierte en ley para los contratantes sin desconocer el clásico principio que lo informa y según el cual debe ejecutarse de buena fe. Así se desprende claramente de los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, que entre otros regulan el efecto de las obligaciones válidamente celebradas y de cuyas fuentes o nacimientos, señaladas en el artículo 1494 ibídem, vale la pena destacar el concurso real de voluntades de dos o más personas o el hecho voluntario de la persona que se obliga”.*

Así mismo, la sentencia SL4464 de 2014 refiere:

“el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento”.

En este caso, se encuentra demostrado que las condiciones en que fueron pensionados los actores y que serán objeto de análisis sobre si garantizaron o afectaron derechos mínimos e irrenunciables adquiridos, fueron:

- ELIA DEL CARMEN LATORRE ORDOÑEZ adquirió su pensión a los 47 años de edad, tenía 21 años de servicios y un total de 68 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$1.531.892 equivalente al 68% del salario promedio devengado.

- GERMAN ARDILA MENESES adquirió su pensión a los 48 años de edad, tenía 22 años de servicios y un total de 70 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$1.811.557 equivalente al 70% del salario promedio devengado;

- ANADELFA IGUARAN ARCILA adquirió su pensión a los 47 años de edad, tenía 27 años de servicios y un total de 74 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$1.703.581 equivalente al 74% del salario promedio devengado;

•JAVIER CONSTANTINO CONSUEGRA MORA adquirió su pensión a los 47 años de edad, tenía 20 años de servicios y un total de 67 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$1.158.628 equivalente al 67% del salario promedio devengado;

•GONZALO LOZA GOMEZ adquirió su pensión a los 47 años de edad, tenía 26 años de servicios y un total de 73 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$2.323.817 equivalente al 73% del salario promedio devengado;

• CESAR TULIO ROLON RIOS adquirió su pensión a los 47 años de edad, tenía 23 años de servicios, esto es 70 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$1.574.018 equivalente al 70% del salario promedio devengado;

•FELIX MARÍA MONTAGUT MONTAGUT adquirió su pensión a los 48 años de edad, tenía 23 años de servicios, más dos (2) años de servicio militar (Ley 48 de 1993) y un total de 73 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$3.082.708 equivalente al 73% del salario promedio devengado;

•ORLANDO PUELLO REYES adquirió su pensión a los 47 años de edad, tenía 24 años de servicios y un total de 71 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$2.070.721 equivalente al 71% del salario promedio devengado;

•HECTOR JESÚS SARMIENTO ACERO adquirió su pensión a los 51 años de edad, tenía 21 años de servicios y un total de 72 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$1.598.158 equivalente al 72% del salario promedio devengado;

•JAIRO PICON NIÑO adquirió su pensión a los 48 años de edad, tenía 23 años de servicios, más dos años de servicio militar, y un total de 73 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$3.283.471 equivalente al 73% del salario promedio devengado;

•CIRO ALFONSO DUARTE TORRES adquirió su pensión a los 48 años de edad, tenía 25 años de servicios y un total de 73 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$1.759.610 equivalente al 73% del salario promedio devengado;

•ORLANDO PUELLO REYES adquirió su pensión a los 47 años de edad, tenía 24 años de servicios y un total de 71 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$2.070.721 equivalente al 71% del salario promedio devengado;

•EDUARDO ALFONSO DURAN BLANCO adquirió su pensión a los 49 años de edad, tenía 22 años de servicios y un total de 71 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$1.826.070 equivalente al 71% del salario promedio devengado;

•ORLANDO PUELLO REYES adquirió su pensión a los 47 años de edad, tenía 24 años de servicios y un total de 71 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$2.070.721 equivalente al 71% del salario promedio devengado;

•ANGEL MARÍA BARRIENTOS BERBESI adquirió su pensión a los 49 años de edad, tenía 25 años de servicios y un total de 74 puntos en el sistema del artículo 63; con una mesada de \$2.125.937 equivalente al 74% del salario promedio devengado;

•JAIME ROBERT MOGOLLON RODRIGUEZ adquirió su pensión a los 48 años de edad, tenía 25 años de servicios y un total de 73 puntos en el

sistema del artículo 63; con una mesada de \$2.676.691 equivalente al 73% del salario promedio devengado;

Según lo anterior, se tiene que los demandantes ingresaron antes de 1994 y necesitaban 75 puntos para pensionarse con el 75% de salario promedio, de lo que se desprende que no alcanzaba ninguno esta cantidad de puntos y aun así por solicitud de los trabajadores se procedió a garantizarles la pensión anticipada con una tasa de reemplazo equivalente a los puntos acumulados; es decir, ninguno había cumplido los requisitos para afirmar en grado de certeza que habían adquirido el derecho mínimo e irrenunciable de acceder a la pensión aquí reclamada, pero la empresa reconoció la misma en unas condiciones equivalentes a edad y tiempo de servicios, por lo que no se cumple el presupuesto jurisprudencial citado en el alegato por el demandante para establecer por este argumento la invalidez de las actas extraconvencionales.

Considera además la Sala, coincidiendo con el juez a quo, que en absoluto estas decisiones fueron desfavorables para los demandantes o constituyeron un desconocimiento de garantías mínimas derivadas del sistema convencional ni mucho menos del legal; puesto que el régimen de prima media, por ejemplo, exige para pensionarse un tiempo de servicios de 1300 semanas (25,3 años) y una edad para los hombres de 62 años, equivalente en esas condiciones a una tasa de reemplazo del 65%; en este caso la persona con más tiempo de servicios, el señor HECTOR JESÚS SARMIENTO ACERO, a los 51 años de edad y con 21 de servicios se le concedió una tasa de reemplazo del 72% que es notoriamente más favorable en ambos factores al sistema legal.

Frente a la irrenunciabilidad de beneficios convencionales por constituir los derechos allí pactados en ciertos e irrenunciables, en reciente providencia SL1953 de 2021 se explica:

“frente a la posibilidad de renuncia de las prerrogativas plasmadas en la convención por parte del trabajador, se ha dicho que si bien por antonomasia los derechos irrenunciables son aquellos consagrados en las normas de orden legal, tal y como se desprende de los artículos 13 y 14 del CST, ello también puede predicarse y extenderse a los beneficios que tengan una fuente distinta como es el caso de las pactadas extralegalmente.

En efecto, esta Corte en la reciente sentencia CSJ SL983-2021, se sostuvo que no resultaba admisible que a través de documentos privados suscritos entre el trabajador y el empresario, se renuncie a los derechos consagrados en una convención colectiva, en tanto que ello significaría desconocer su carácter normativo y los efectos vinculantes, lo que a no dudarlo limita la autonomía de las partes, por cuanto ese convenio colectivo constituye un derecho objetivo que se entiende incorporado al contrato laboral, de tal suerte que toda desmejora o cercenamiento de los beneficios producto de una negociación regulados en un instrumento extralegal, que se lleve a cabo en forma directa por el empleado y por fuera de los cauces legales en detrimento del debido proceso, carece de eficacia por infringir o desconocer el carácter de orden público de las normas laborales y el mínimo de prerrogativas, lo que hace que tales pactos extralegales sean irrenunciables”

En este asunto, debe recordarse que el párrafo tercero del artículo 63 de la misma Convención Colectiva consagró de manera expresa, como acuerdo entre sindicato y empresa, que pese a los requisitos generales de jubilación podía acordarse con cada trabajador una modalidad diferente cuando se configuraran ciertas condiciones; por ende, la posibilidad de pensionarse anticipadamente es también un derecho consagrado en la Convención, no constituyéndose las actas extraconvencionales en una modificación del texto

pactado sino en una expresión del mismo y por ello, no puede hablarse de desmejora de los beneficios convencionales.

Puede verse en decisiones como SL1526 de 2021, que la Sala de Casación Laboral accede a declarar la nulidad de actas extraconvencionales donde se pactan pensiones anticipadas y dispone reliquidar las mesadas, pero cuando se verifica que “***para la fecha de celebración del acuerdo conciliatorio, el demandante ya había causado el derecho***”; lo que, como se verificó, no sucedió con alguno de los demandantes.

Sobre la vulneración del derecho fundamental a la igualdad entre los demandantes y todos los trabajadores de la empresa CENS que tienen acceso a una pensión con tasa de reemplazo del 75%, esta situación no se configura en la medida que las reclamaciones de igualdad exigen necesariamente demostrar la existencia de un trato injustificadamente diferenciado como ocurre al evaluar el principio de “*trabajo igual salario igual*” y es evidente que si ninguno de los actores alcanzó los 75 puntos requeridos para cumplir con el parámetro del artículo 63, mal podría predicarse una desigualdad; lo que significa que, aún en el caso de evidenciarse alguna irregularidad en el trámite o expedición de las actas extraconvencionales diferentes al desconocimiento de un derecho adquirido, la consecuencia aplicable no sería el reajuste de la pensión a una suma superior pues ello sí sería aplicar injustificadamente condiciones más favorables a los demandantes respecto de los demás trabajadores que sí laboraron el tiempo exigido.

Fluye de lo expuesto, que se confirmará la decisión de primera instancia que resolvió denegar la solicitud de reliquidación de las pensiones convencionales reconocidas por CENS S.A. E.S.P. a los demandantes y absolvió a la demandada de los cargos formulados de la demanda en este sentido.

Finalmente, al no prosperar el recurso de apelación se condenará en costas de segunda instancia a los demandantes, fijando como agencias en derecho a favor de la empresa demandada en suma equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente por cada actor.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia del 7 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Fijense como agencias en derecho a favor del demandado el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente por cada actor.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2016-00258-00
RADICADO INTERNO:	17.878
DEMANDANTE:	PAOLA ANDREA BERNAL ARIZA
DEMANDADO:	INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S. y TELMEX COLOMBIA S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por PAOLA ANDREA BERNAL ARIZA contra INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S. y TELMEX, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2016-00258-00, y Radicación interna N° 17.878 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 2 de noviembre de 2017 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES:

La señora PAOLA ANDREA BERNAL ARIZA, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S. para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido e ininterrumpido entre el 1 de marzo de 2014 al 11 de agosto de 2015, de cuyas obligaciones se declare responsable solidario a TELMEX COLOMBIA S.A.; en virtud de lo anterior solicita condenas por: primas de servicio, cesantía, intereses sobre cesantías, vacaciones, auxilio de transporte, aportes a caja de compensación, subsidio familiar, dotación, indemnización por despido injusto, sanción moratoria por no consignación de cesantías, indemnización moratoria por no pago de prestaciones al finalizar relación y por no pago de intereses sobre cesantías, aportes al sistema general de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, indexación e intereses moratorios.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que laboró para la sociedad INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S. desde el 1 de marzo de 2014 al 11 de agosto de 2015, los primeros 6 meses mediante prestación de servicios y los siguientes mediante contrato verbal a término indefinido, pero en todo tiempo, existió una relación subordinada.

- Señala, que el 1 de marzo de 2014 suscribió un contrato escrito denominado “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA AUXILIAR DE CGV CÚCUTA”, en cuya cláusula segunda se indicó, que la duración sería de 6 meses y en caso de querer prorrogarse debía suscribir otro contrato y esto no sucedió, por lo que el 31 de julio de 2014 venció esa modalidad, sin que los servicios prestados con posterioridad estuvieran sujetos a esa apariencia y los primeros seis meses en realidad se dieron bajo completa subordinación del contratante.
- Que, la demandada es una empresa contratista de TELMEX COLOMBIA S.A., encargada de la promoción, distribución y venta de sus servicios de telefonía, televisión e internet, y las funciones desarrolladas eran legalizar los contratos de servicios de nuevos suscriptores, revisar que estuvieran bien diligenciados, remitirlos a TELMEX en las planillas dispuestas, recibir los contratos en blanco para entregarlos a los coordinadores y recibirlos diligenciados, revisar los contratos legalizados, relacionarlos y apoyo en comercial y ventas; cargo que señala es propio de la sociedad demandada, es parte de su esquema organizacional y tiene superior jerárquico, siendo necesario y permanente para la sociedad sin requerir de conocimientos especializados, técnicos o científicos.
- Que, la demandada le suministró todos los medios de trabajo para desarrollar la labor sin libertad o autonomía, recibía órdenes de sus superiores con mandatos de manera verbal o por correo electrónico, se controlaba por planilla la hora de ingreso ya que el contrato obligaba a cumplir la jornada laboral.
- La denominación del contrato se hizo para ocultar la verdadera relación subordinada existente, pues inclusive se pactó una cláusula de no prestar servicio a otras personas o empresas de labores semejantes y rendir informes diarios.
- El salario de 2014 era de \$871.580 y en 2015 de \$901.930, enviando la prenomina al correo electrónico incluyendo unos bonos ISS y transporte, pero sin cancelar las prestaciones sociales correspondientes.
- El 11 de agosto de 2015, la demandada terminó el contrato de manera unilateral, alegando incumplimiento contractual por ausencia no justificada el 8 de agosto de 2015, lo que denota la existencia de un verdadero vínculo laboral pues no es natural exigir un plan de trabajo diario a un contratista y finalizó el contrato sin citar a rendir descargos, ni canceló indemnización por despido injusto o prestaciones al finalizar relación.
- Que TELMEX celebró con la demandada un contrato de agencia comercial, para que esta se encargara de la promoción, distribución y venta de sus servicios, actividades que hacen parte de su objeto social y por lo tanto es responsable solidariamente de las prestaciones adeudadas.

Por su parte la demandada INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S. manifestó:

- Que acepta la vinculación mediante contrato de carácter civil de la actora y niega que se encubriera una relación laboral, al no existir los

elementos esenciales para su configuración; se opone a las pretensiones por no estar respaldadas en la realidad.

- Propone como excepciones la INEXISTENCIA DE VÍNCULO LABORAL y AUSENCIA DE SUBORDINACIÓN, señalando que se suscribió un contrato de prestación de servicios de carácter civil, conforme al artículo 1495 del Código Civil, con cláusulas de autonomía e independencia, temporalidad y ausencia de subordinación; la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO y BUENA FE, pues al no existir contrato de trabajo no podían suscitarse las pretensiones incoadas.

La demandada como responsable solidaria, TELMEX COLOMBIA S.A., contestó:

- Que los hechos de la demanda no le constan por referirse exclusivamente al vínculo con la empresa INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S., y que es un tercero ajeno y por lo cual desconoce las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se relacionaron.
- Resalta que la demandante acepta la suscripción de un contrato de prestación de servicios. Señala que suscribió el 1 de marzo de 2014 con dicha empresa un contrato de agencia comercial para que asumiera de manera independiente y estable el encargo de las actividades de comercialización, venta, ofrecimiento y en general la promoción de la contratación de servicios de TELMEX, resaltando que su objeto es la prestación del servicio de telecomunicaciones mediante el uso del espectro electromagnético, lo que es ajeno a labores de asesoría comercial que fue contratada mediante agencia para que se desplegara de manera independiente y autónoma. Se opone a las pretensiones en su contra por no constituirse los presupuestos de la solidaridad patronal y propone como excepciones la inexistencia de las obligaciones, falta de título y causa, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe, prescripción y genérica.

La demandada TELMEX COLOMBIA S.A. solicitó el llamamiento en garantía de SEGUROS DEL ESTADO S.A., que fue aceptado en auto del 16 de septiembre de 2016 y la cual notificada, contestó:

- Que no le constaban los hechos de la demanda y que con la póliza No. 21-45-101130449, se contrató por parte de INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA el cubrimiento de incumplimiento de obligaciones de carácter laboral con el personal vinculado mediante contrato de trabajo para participar en la ejecución del contrato de agencia comercial con TELMEX COLOMBIA S.A., lo que no aplica a la actora por haberse suscrito un contrato de prestación de servicios.
- Propone las excepciones de IMPOSIBILIDAD DE EXTENDER EL CARÁCTER SUBJETIVO DE MALA FE, INEXISTENCIA DEL PERJUICIO INDEMNIZABLE POR CONTENIDO DE LA PÓLIZA, AUSENCIA DE COBERTURA, COBERTURA EXCLUSIVA DE LOS RIESGOS PACTADOS, IMPOSIBILIDAD DE AFECTAR LA PÓLIZA CON LAS CONDUCTAS DE LOS ARTÍCULOS 65 DEL C.S.T. Y 99 DE LA LEY 50 DE 1990, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE TELMEX, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, LÍMITE DE RESPONSABILIDAD y GENÉRICA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión:

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 2 de noviembre de 2017 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: *Declarar que entre la demandante PAOLA ANDREA BERNAL ARIZA y la demandada VISION CONSORCIA S.A.S existió un contrato de trabajo que se desarrolló entre Marzo 1 del año 2014 hasta Agosto 11 del año 2015 conforme las motivaciones que anteceden esta sentencia.*

SEGUNDO: *CONDENAR a la demandada principal VISION CONSORCIA S.A.S a reconocer y pagar a favor de la señora demandante PAOLA ANDRE BERNAL ARIZA a las siguientes sumas de dinero; por prestaciones sociales causado año 2014 \$1.815.666,66; año 2015 \$1.371.945,57; por indemnización por despido injusto \$1.127.118,30; por indemnización moratoria la suma diaria \$28.945 pesos diarios a partir del 12 de Agosto del 2005 hasta por 24 meses de ahí en adelante reconocerá intereses moratorios; por pago a aportes a la seguridad social en pensión Marzo 1 del año 2014 hasta al 11 de Agosto del 2015 ante el Fondo Administrador de Pensiones PORVENIR S.A; sanción por no consignación de cesantías causadas año 2014 a Fondo Administrador de Cesantías a partir del 16 de Febrero del año 2015 la suma diaria de \$27.933,33 centavos de conformidad con lo expuesto en las motivaciones que anteceden esta sentencia. Reconocer y pagar el auxilio de transporte desde el 1 de marzo de 2014 hasta el 11 de agosto de 2015.*

TERCERA: *ABSOLVER a la solidaria TELMEX COLOMBIA S.A y a la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO conforme a las motivaciones que anteceden esta sentencia.*

CUARTO: *COSTAS a cargo de VISION CONSORCIA S.A.S en suma de \$2.000.000 pesos.*

QUINTO: *Se ABSUELVE a la demandada VISION CONSORCIA S.A.S de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el problema jurídico se enmarca en determinar, si existe un contrato realidad entre la actora y la demandada principal VISIÓN CONSORCIA S.A.S. del 1 de marzo de 2014 al 11 de agosto de 2015, con terminación unilateral e injusta para que proceda el pago de prestaciones e indemnizaciones, con responsabilidad solidaria de TELMEX COLOMBIA S.A. y su llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO; a lo que se oponen las demandadas por señalar que no se suscita un contrato de trabajo ni las condiciones para declarar solidaridad.

- Explica, que se procederá a verificar si se demostraron los elementos constitutivos del contrato de trabajo, prestación del servicio, subordinación y remuneración encubiertos bajo otro nombre; destacando el material probatorio conformado por el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, acta de terminación del contrato no suscrito por la actora o signo de recibido, certificado de prestación de servicios expedido por la demandada, correos electrónicos remitidos a la actora por Alberto José Rivar Eleida – auxiliar CGV Cúcuta – dando instrucciones a la actora, solicitando informes de gestión y otros controlando su entrada a la jornada laboral, de manera que da por probado el control de ingreso y salida que otro testigo corrobora, enunciando que se hacía a través de cámaras. Resalta igualmente los contratos de agencia comercial celebrados entre TELMEX y VISIÓN CONSORCIA S.A.S.

- Resume las declaraciones testimoniales recepcionadas a ADRIANA PORTILLA JAIMES, ingeniera que laboró para la demandada, quien afirmó que la actora ingresó como encargada de los contratos, su legalización y rendía cuentas e informes de los mismos, recibiendo órdenes verbales y por correos electrónicos, firmaba planillas de control de entrada y salida por turno y las hacía firmar a otros trabajadores; refiere también los testimonios de ALEXANDER LÁZARO SANGUINO, ÁNGELA ROSA LAGUADO RANGEL y EDWIN YESID GALVIS, quienes conocieron a la actora laborando en VISIÓN CONSORCIA S.A.S. pero desconociendo los detalles y finalmente refiere los interrogatorios de parte absueltos por la actora, quien aceptó haber suscrito un contrato de prestación de servicios pero que su ejecución fue con total subordinación y el absuelto por el representante legal de TELMEX, quien se ratificó en la forma de contratación documentada.

- Agregó, que con la inasistencia de la representante legal de VISIÓN CONSORCIA S.A.S. a la audiencia de trámite y juzgamiento a rendir su interrogatorio, por lo que se dispuso dar aplicación a la confesión ficta o presunta sobre los hechos susceptibles de confesión: existencia del contrato, extremos, labor desarrollada, horario, subordinación, pago y cumplimiento de órdenes de superiores jerárquicos.

- Concluye que una vez analizadas las pruebas documentales, testimoniales y de interrogatorio, que existe al expediente prueba idónea que da certeza sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo para acceder a la pretensión, dado que la subordinación está plenamente demostrada de la documental sobre planillas de control, cumplimientos de horarios, órdenes impartidas, rendición de informes y requerimientos del superior; por lo que declara la relación laboral entre el 1 de marzo de 2014 al 11 de agosto de 2015, con la obligación de reconocer las cesantías, intereses a cesantías, primas de servicio y vacaciones causadas en el curso de la relación.

- Respecto a la solidaridad alegada con TELMEX COLOMBIA S.A., está demostrada la existencia de dos contratos de agencia comercial con VISIÓN CONSORCIA S.A.S., donde se evidencia que el agente contaba con autonomía administrativa, técnica y financiera en la ejecución de su labor a su nombre las actividades comerciales de venta y ofrecimiento de los servicios que presta TELMEX, de donde se infiere que diferían las actividades ejecutadas con su objeto social, pues una presta servicios de telecomunicación y la otra comercializa servicios de terceros, por lo que absuelve a TELMEX y a su llamada en garantía.

- Sobre el valor del salario para liquidar, advierte que el contrato suscrito para 2014 consagra una suma de \$680.000 con un bono de \$150.000, que debe entenderse constitutivo de salario por el artículo 127 del C.S.T., de manera que el salario para ese año es de \$838.000 y se advierte con la prenomina de 2015, que igualmente se cancelaba salario de \$718.350 con un bono de \$150.000 para un total de \$868.350, a partir de lo cual liquida en 2014 cesantías y prima en \$698.333,33 cada una, intereses de cesantía en \$69.833, vacaciones en \$349.666 y en 2015 prima y cesantías en \$533.070,42 cada una, intereses de cesantías en \$39.269,52 y vacaciones en \$266.535,21. Ordena el pago de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., de rubros de pensión, moratoria por no consignación de las cesantías de 2014 entre el 16 de febrero al 11 de agosto de 2015 e indemnización por despido injusto al no existir prueba de la comunicación de la justa causa a la actora, liquidada en \$1.127.118 por haber laborado 1 año, 5 meses y 11 días.

- Absuelve por los conceptos de subsidio familiar y dotación, al no existir prueba para acceder a esas pretensiones y tampoco evidenciar gestiones

personales para el cobro del aporte a caja de compensación. Adiciona la condena por auxilio de transporte al no ascender el salario a más de dos mínimos mensuales legales vigentes.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S.

El apoderado de la demandada, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, argumentando lo siguiente:

- Que las pruebas aportadas por la actora inducen al juzgador en error, pues conforme a los testimonios recaudados nunca se celebró un contrato de trabajo, sino uno de prestación de servicios que es legal y cuya naturaleza es civil, sobre cuyos desacuerdos no se ocupa la jurisdicción laboral, no asistiendo la razón sobre que existió un contrato verbal de trabajo sino que se suscribió y ejecutó un contrato de carácter civil y mercantil, donde la demandante se desempeñó en la compra y venta de servicio de telefonía e internet, sin que proceda el pago de prestaciones sociales.

- Que de las pruebas se nota la ausencia de un contrato laboral, sino que se suscribió uno de prestación de servicios por 6 meses que se prorrogó de manera tácita por las partes, aunque no hubiera escrito adicional, siendo eso lo consensuado entre las partes y cuya naturaleza civil solo da lugar al valor de los honorarios pactados por servicio, sin salario mínimo u otros valores por prestaciones; como destaca la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, donde define el contrato de prestación de servicio como la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir ordenes en la ejecución de la labor contratada.

- Que conforme a las pruebas se desprende que entre las partes nunca existió un contrato de trabajo, sino una relación civil y mercantil prorrogada por voluntad tácita de las partes, siendo eso a lo que se obligó la parte que suscribió el contrato conforme al artículo 1495 del código civil y es este el estatuto que debe regular la relación entre las partes, no siendo la jurisdicción laboral la competente para dirimir el conflicto suscitado; por lo que solicita que se niegue la existencia de una relación laboral y absuelva a la demandada de toda responsabilidad.

- Destaca que no se analizó con profundidad el acervo probatorio, pues el soporte documental allegado para demostrar el cumplimiento de un horario y de una intensidad de tiempo, permite evidenciar que la actora solo se hizo presente en las instalaciones de la empresa por 82 días; resaltando que conforme a las planillas vistas entre folios 62 a 74, se evidencia como asistió durante 2014: 2 días en marzo, 3 días en abril, 5 en mayo, 4 en junio, 6 en julio, 5 en agosto, no registra en octubre, 14 días en noviembre y 7 en diciembre; luego en 2015 no aparece en enero y febrero, fue 13 días en marzo, no registra en abril, luego 6 días en mayo, no fue en junio, solo 7 días en julio y 5 en agosto. Lo que afirma demuestra que no estaba sometida al cumplimiento de un horario de trabajo estricto, repitiendo pruebas para inducir a error al Juzgador y por ello no se demostró la existencia de una verdadera relación laboral, agregando que los correos electrónicos no demuestran subordinación y que lo reclamado por acreencias es un acto de mala fe y enriquecimiento sin causa.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la actora manifiesta que se demostraron los 3 elementos que permiten declarar el contrato realidad: la prestación del servicio tanto por el contrato de prestación como en certificaciones y testimonios, la subordinación indicando que las cláusulas pactadas no corresponden a un contrato civil o comercial como la imposición de jornadas, turnos, exclusividad, rendir informes y otras situaciones ajenas a la labor del contratista, reflejadas en pruebas como la planilla de asistencia, correos electrónicos, testigos y la carta de terminación por no presentarse a laborar, y finalmente el elemento de remuneración demostrado en los pagos de nómina; por ello solicita aplicar la presunción del artículo 24 del C.S.T., tener en cuenta la inasistencia de la demandada a la audiencia de conciliación y su falta de buena fe para intentar ocultar la relación laboral.

• PARTE DEMANDADA:

El apoderado de la demandada VISIÓN CONSORCIA S.A.S., indica que la sentencia debe ser revocada por no ajustarse a la realidad de los hechos, haber vulnerado la imparcialidad y debido proceso, fundarse en consideraciones inexactas y desconocer las pruebas aportadas; advierte que no se valoró que en el control de ingreso no hay una asistencia permanente de la actora sino apenas 81 días en 17 meses e incluso se aportó dos veces para confundir al Juez. Advierte que la actora estuvo vinculada, pero bajo un contrato civil, ausente de características laborales, ejecutando labores bajo independencia y autonomía, sin que la modalidad contractual genere prestaciones sociales; ante ello no existen las obligaciones reclamadas y se está desconociendo la ejecución de buena fe que se realizó del contrato firmado por ambas partes.

Indica que de una lectura adecuada de las cláusulas contractuales, puede verificarse que el servicio contratado se prestaba sin subordinación, sin que el mero cumplimiento de horario o el rendir informes, sean indicativos de ello como ha aceptado la Corte Suprema de Justicia. Estima que los correos electrónicos aportados son prueba nula por obtenerse interceptando la cuenta de correo electrónico institucional o corporativo.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia del contrato de trabajo entre la señora PAOLA ANDREA BERNAL ARIZA como trabajadora y la empresa INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S., como empleadora, y si por ende da lugar a imponer las condenas prestacionales e indemnizatorias correspondientes?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si entre la demandante PAOLA ANDREA BERNAL ARIZA y la empresa demandada INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S., existió un contrato de trabajo entre el 1 de marzo de 2014 y el 11 de agosto de 2015, y si en su alegada condición de empleador el demandado tiene la obligación de reconocer los derechos prestacionales e indemnizatorios reclamados en la demanda.

El juez *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, por estimar que tanto por la vía de confesión ficta o presunta como por el análisis documental y testimonial, se evidenció que el contrato de prestación de servicios suscrito sirvió para encubrir una verdadera relación laboral donde la actora estaba subordinada en la ejecución de las labores contratadas; conclusión a la que se opone el apelante, al estimar que hubo una indebida valoración probatoria pues está demostrada es la suscripción de un contrato de prestación de servicio, de naturaleza civil y mercantil, sin que se demostrara el elemento de subordinación pues la actora apenas demostró haber asistido a la empresa por 82 días sin estar sujeta a horario u órdenes, por lo que debe darse prevalencia al contrato aceptado entre las partes.

De manera preliminar, es necesario advertir que en ausencia de apelación por la parte demandante, conforme al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., esta Sala no está facultada para pronunciarse respecto de las pretensiones sobre las que hubo absolución y por el silencio de la parte demandada, tampoco es dable debatir sobre la solidaridad que se reclamó respecto de TELMEX COLOMBIA S.A. y la responsabilidad de su llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A., ni otros temas sobre los que debió pronunciarse expresamente el demandado como el monto del salario, la liquidación de prestaciones o la imposición de las condenas en específico impuestas. Solo siendo objeto de inconformidad la declaratoria de contrato realidad y sobre esto se pronunciará esta instancia.

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

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

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es a cargo del empleador desvirtuarla. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades, entre estas en la Sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa, que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues esta se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

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

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

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: “*...Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho*”. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: “*(...) El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo*”. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que:

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

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

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

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

- Contrato de prestación de servicios para auxiliar de CGV Cúcuta, suscrito entre INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S. como contratante y PAOLA BERNAL ARIZA como constratista; para ejecutar en función del contrato de agencia comercial suscrito con TELMEX COLOMBIA S.A., las labores de legalización de contratos de servicios, hacer planillas de relación para entrega de contratos a Telmex, Entrega y recibo de contratos limpios a los coordinadores, planilla de relación control de contratos entregados, hacer entrega física de contratos a Telmex, revisión de contratos legalizados, recepción de contratos a

coordinadores, alimentar el KARDEX sobre contratos entregados y recibidos, auditoría de contratos de servicio, gestión de backorder, de churn y apoyo comercial. Se pactó un plazo de 6 meses, prorrogable por acuerdo de las partes antes del vencimiento mediante contrato adicional por escrito, con pagos mensuales de \$688.000 más \$150.000 de bono; suscrito el 1 de marzo de 2014 pero sin firma de la representante legal de la demandada. (Fol. 16-19).

- Acta de terminación de contrato de prestación de servicio de forma unilateral, de fecha 11 de agosto de 2015, señalando que finalizaba el contrato suscrito el 1 de marzo de 2014 por incumplimiento del plan de trabajo diario ante la ausencia no justificada del 8 de agosto de 2015; suscrito solo por la representante legal de la demandada. (Fol. 20)
- Certificado del 7 de julio de 2015, suscrito por la subdirectora nacional de gestión humana de INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S., constando que la actora presta servicios como AUXILIAR DE CGV mediante contrato de prestación de servicios por salario de \$718.350 “con vínculo laboral desde el 3 de marzo de 2014 a la fecha”. (Fol. 21)
- Copias impresas de correos electrónicos dirigidos entre Paola Bernal, mediante la dirección auxcgv.cucuta@inversionesvision.com, y Alberto José Rivadeneira Leal, como jefe de legalización de contratos mediante la dirección jefelegalizacion@inversionesvision.com, donde se resaltan los siguientes:
 - ✓ 19 de febrero de 2015, el señor Rivadeneira solicita a la señora Bernal un reporte de auditoría de ventas de 10 asesores. (Fol. 22-24)
 - ✓ 6 de marzo de 2015, el señor Rivadeneira solicita a la señora Bernal consultar una serie de contratos en el sistema para colocar el estado, diligenciando si estaban pendientes de solución. (Fol. 25-26)
 - ✓ 3 correos, del 1, 19 y 20 de marzo de 2015, solicitando el señor Rivadeneira la entrega de informes de auditorías telefónicas y la realización de visitas en terreno, la cual es devuelta como realizada por la actora, anexando las actas de auditoría presencial. (Fol. 27-33)
 - ✓ 26 de marzo de 2015, solicitud enviada por el señor Rivadeneira a los auxiliares CGV de diferentes ciudades indicando que era importante dar solución a los contratos mes pendientes y solicita resultado de la gestión. (Fol. 34-35)
 - ✓ 15 de abril de 2015, solicitud directa enviada por el señor Rivadeneira a la actora, sobre informe de gestión de cada contrato en la base y un compromiso **con fecha** para darle solución, agregando que de lo contrario solicitará revisión de comisiones para los que hayan recibido pago. (Fol. 38-39)
 - ✓ 4 de mayo de 2015, solicitud de respuesta sobre 15 auditorías en terreno. (Fol. 40-42)
 - ✓ 23 de mayo de 2015, solicitud de seleccionar zona y buscar solución a diferentes contratos pendientes, para materializar las comisiones del asesor y deja como fechas el 25 de mayo para el reporte de pendientes y el 27 de mayo para depurar la base de cada zona. (Fol. 43-44)
 - ✓ 27 de mayo de 2015, solicitando el reporte de la base de datos de cada zona para pasarlo a nómina. (Fol. 48-49)
 - ✓ 16 de julio de 2015, solicitando colaboración para depuración de contratos pendientes de legalización hasta el día sábado. (Fol. 50-53)
 - ✓ 22, 25 y 27 de julio de 2015, serie de correos entre la actora con ANDRÉS RESTREPO – Subdirector comercial solicitando e informando sobre proceso de legalización de contratos, advirtiéndolo el subdirector que el límite es 27 de julio so pena de perder las comisiones. (Fol. 54-57)

- ✓ 30 de julio de 2015, solicitando a los diferentes auxiliares CGV trabajar sobre un archivo de corte 29 de julio. (Fol. 58-59)
 - ✓ 4 de agosto de 2015, solicitando a la actora gestionar los contratos pendientes de la zona. (Fol. 60-61)
- Planillas tituladas “Control de ingreso a IVC personal externo”, donde consta el nombre de la actora en diferentes días entre marzo de 2014 a agosto de 2015. (Fol. 62-74)
 - Extractos bancarios de cuenta de ahorros de PAOLA BERNAL (Fol. 75-81)
 - Testimonio rendido por ADRIANA PORTILLA JAIMES, quien manifestó ser ingeniera industrial y laborar como jefe de recursos humanos de Supermercados Punto y Fama; afirma conocer a la actora desde los últimos años de estudio en el colegio, y desde entonces se ven de vez en cuando. Así mismo que laboró en VISIÓN CONSORCIA donde inició como auxiliar administrativa y pasó a ser jefe de recursos humanos en Cúcuta entre 2011 al 2014. Sobre la relación entre VISIÓN CONSORCIA y TELMEX, explica que era un contratista que ofrecía los servicios de la empresa (hoy CLARO) a las personas en barrios, comercializando sus paquetes de telefonía y televisión. Explica que entre sus funciones estaba reclutar personal de asesores, auxiliares y vendedores, que eran contratados por VISIÓN CONSORCIA, pero dicho personal no tenía relación con TELMEX. Sobre el modo de contratación señala que se hacía la convocatoria, se elegía y contrataba mediante prestación de servicios, se les pedía una vinculación a seguridad social y se les cancelaba el pago mensual mediante la jefe de contabilidad desde Montería. Sobre la actora señala que era la encargada de los contratos que hacían los asesores, los ingresaba, verificaba e incorporaba el sistema, los legalizaba en Telmex, les hacía seguimiento y los formalizaba. Indica que la empresa mantenía el horario de oficina, de 8 a 12 de la mañana y de 2 a 6 de la tarde entre semana y sábados mediodía, y a la actora se le asignó como jefe ALBERTO RIVADENEIRA, ante quien rendía informes de su labor con los asesores y además se firmaban planillas de asistencia diariamente que se enviaban a Montería o a Medellín donde verificaban en cámaras, y constantemente enviaban recordatorios sobre cumplimiento de horarios y advertencias en caso de faltas.
 - La demandante PAOLA BERNAL ARIZA en el interrogatorio de parte absuelto refirió que efectivamente suscribió un documento titulado contrato de prestación de servicios con INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA, pero que este en su contenido y ejecución implicaba actos de subordinación. Explicó en qué consistía su labor de recopilación, verificación y coordinación de los contratos suscritos por usuarios con los asesores, que era posteriormente revisada por el señor ALBERTO RIVADENEIRA como superior.
 - El testigo JOSÉ ALEXANDER LÁZARO SANGUINO, empleado de CLARO como asesor comercial, afirma conocer a la actora por que fue funcionaria de una aliada de la compañía que tenía contratada servicios con CLARO y allí la señora BERNAL desempeñaba servicios, pero desconoce quién la contrató, bajo que modalidad, ni cualquier otra situación contractual.
 - La testigo ANGELA LAGUADO RANGEL manifiesta laborar como especialista comercial en CLARO, explicó que la demandante trabajó para VISIÓN CONSORCIA en cargos administrativos y esto lo sabe porque en su labor le entregan agencias para apoyar a esos contratistas; sin embargo, desconoce la vinculación o contratación entre esa empresa y la demandante, quien realizaba los procesos de legalización de contratos.

- El testigo EDWIN GALVIS RAMÍREZ expresó conocer a la actora hacía aproximadamente 4 años cuando laboraba para un distribuidor aliado de la compañía CLARO, que se llamaba VISION, pero desconoce la forma en que estaba vinculada, quien se los cancelaba o las fechas en que sucedió. Pudo percibir que su labor era la legalización de contratos, pero desconoce quién le daba las órdenes.

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

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

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, esta Sala procederá a analizar si las conclusiones del *a quo* fueron acertadas respecto de la demostración de los elementos constitutivos del contrato de trabajo o si asiste razón al apelante, cuando reclama que realmente se suscribió y ejecutó un contrato de prestación de servicios de carácter civil o comercial, ajeno a las regulaciones laborales.

En el presente asunto, no es objeto de discusión entre las partes que la señora PAOLA BERNAL prestó servicios a favor de la demandada INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S. entre el 1 de marzo de 2014 y el 11 de agosto de 2015, ejerciendo como auxiliar CGV de la empresa con funciones principalmente relacionadas a la legalización, coordinación, entrega, devolución y manejo de los contratos que distribuía la demandada para los usuarios de TELMEX COLOMBIA S.A.; por lo que se suscita el supuesto para aplicar la prerrogativa de presunción a favor del trabajador, de que trata el artículo 24 del C.S.T., pues conforme se ha expuesto anterior y recientemente ha recordado por la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL5007 de 2018, Rad. 62.168 y M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, que una vez demostrada plenamente la actividad personal del trabajador a favor de la parte empleadora, no es necesaria la acreditación de la subordinación pues en dicho evento aplica a su favor, la presunción legal y es al demandado, a quien le corresponde demostrar que el servicio no se prestó bajo un régimen laboral, con los medios de convicción suficientes para acreditar la autonomía o independencia de la labor desarrollada.

Al respecto, el apelante insiste en que para evidenciar la realidad basta con remitirse al contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes y donde se determinó que la vinculación iba a ser de carácter civil o comercial, con plena autonomía e independencia y por ello no era posible un pronunciamiento siquiera de la jurisdicción ordinaria laboral; sin embargo, debe recordarse que la competencia se suscita porque en la demanda se afirma que dicho instrumento jurídico suscrito realmente sirvió para encubrir

una relación laboral, invocando los postulados derivados del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Frente a la naturaleza y particularidades del contrato de prestación de servicios civil o mercantil, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL13020 de 2017, reiterada en SL1382 de 2020, explica:

“(...) el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de contratación no está vedado de la generación de instrucciones, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo.

Por otra parte, es preciso señalar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de que se establezca la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.”

Este referente jurisprudencial implica, que es deber del juez analizar a profundidad las pruebas aportadas para verificar si efectivamente las partes ejecutaron el contrato de prestación de servicios suscrito con plena autonomía e independencia, o si el mismo desbordó su finalidad al exceder los límites de coordinación y vigilancia hacia una verdadera subordinación.

Sobre cómo analizar esta condición, en reciente pronunciamiento de Sentencia SL1439 de 2021 se señala que el elemento de la subordinación significa para el empleador “*reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales*” y expone:

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas. (...)

La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).”

En este caso, el primer elemento a destacar es que el contrato de prestación de servicios suscrito era por un término cerrado de seis meses y en su clausulado se determinó que no era prorrogable sino mediante otro escrito; de lo expuesto en la apelación se evidencia que ese nuevo escrito no existió, pues insiste en que fue voluntad tácita de las partes prorrogarlo, lo que implica una contradicción lógica para la parte que reclama al juzgador tener como literal que las partes suscribieron un contrato de prestación de servicio pero sí pretender que se interprete en su favor la cláusula que le perjudica porque no cumplió la misma.

Lo anterior da a entender que la intención de suscribir el contrato de prestación de servicios no era otra que encubrir otra modalidad de vinculación, pues de haber tenido plena determinación de apegarse al mismo, el contratante habría procedido a cumplir las cláusulas impuestas al contratista y a prorrogar el mismo vencidos los primeros seis meses; lo que significa que a partir del 1 de septiembre de 2014, venció dicho contrato de prestación de servicios y la relación posterior al no suscribirse otro nuevo, se presume de carácter laboral. No obstante, como la pretensión se dirige a solicitar la unicidad de la vinculación es necesario analizar cómo se ejecutó íntegramente la prestación de servicios.

Agregado a ello, del clausulado del contrato se desprenden diferentes situaciones pactadas que encuadran con los citados indicios de una relación laboral como son la exclusividad para ejecutar funciones para otra empresa en la misma rama y la prohibición de ceder o delegar en terceras personas el cumplimiento del contrato o las obligaciones emanadas sin autorización del contratante, lo que impone la prestación personal de servicios directamente por la demandante.

Explica la testigo ADRIANA PORTILLA, que como jefe de recursos humanos, era quien abría la oficina y activaba el sistema para que ingresara todo el personal, incluyendo la actora, firmando la respectiva planilla y que además estas eran corroboradas con cámaras previo al pago de nómina. Algunas de estas planillas fueron aportadas con la demanda, y se corrobora así el control permanente del horario de trabajo; respecto del argumento del apelante de que dichas planillas prueban que la actora solo acudió a laborar 82 días en un año y medio, debe decirse que no se afirma en la demanda que estas correspondan a todas las planillas suscritas por la actora y de su contenido tampoco se evidencia que comprendan todo el periodo. Se trata de planillas de periodos específicos, donde firman tanto la actora como otros contratistas y se evidencia que los días faltantes no aparecen consecutivos con la firmas del personal restante con ausencia de la actora, lo que sí permitiría denotar su ausencia.

El cumplimiento de horarios y jornadas de trabajo era tan controlado, que inclusive una ausencia no justificada el 8 de agosto de 2015 fue suficiente para que se terminara unilateralmente la vinculación por la parte demandada; lo que permite inferir que, contrario al argumento de la apelación, no había libertad de la actora para disponer sobre su asistencia o no a la empresa.

Esta misma testigo refiere que la actora tenía asignado un supervisor, el señor ALBERTO RIVADENEIRA, quien era el encargado de vigilar el cumplimiento de sus funciones y sobre el modo de verificar cómo se ejercía esta actividad, se evidencian diferentes correos electrónicos dirigidos a PAOLA BERNAL por parte del citado señor RIVADENEIRA; ahora bien, previo a valorar su contenido, es necesario determinar si dichos mensajes de datos cumplen los requisitos de validez como documentos auténticos que permite su oponibilidad a la demandada.

Al respecto, explicó la Sala de Casación Laboral en providencia SL5246 de 2019, que los correos electrónicos como mensajes de datos deben ser valorados según los preceptos del artículo 11 de la Ley 527 de 1999, que además de las reglas de la sana crítica y los criterios propios de apreciación de pruebas, se debe tener en cuenta *“la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”*. Esta confiabilidad, agrega la Corte, deviene tanto del contenido del documento como de la bilateralidad y contradicción que entre las partes se haya surtido, concluyendo lo siguiente:

*“...para determinar **sobre la validez de las copias simples de correos electrónicos, deben prevalecer los principios** antes dichos, que en últimas buscan un efectivo acceso a la administración de justicia y **que habilitan a la parte contra quien se opone, en uso del derecho a la igualdad, el debido proceso y derecho de defensa, tacharla de falsa**, sea porque ese documento no es de su autoría o debido a la inexactitud de su contenido, **situaciones estas que son única y exclusivamente de su competencia y que el Juez del Trabajo debe valorar**, solución que también tiene en cuenta que las manifestaciones realizadas en los correos electrónicos, proceden de los actos propios de una persona natural o jurídica, para obligarse o realizar manifestaciones, quien está facultada, en el curso de un proceso, para rebatir su veracidad, situación está, relacionada con la buena fe, como coherencia de comportamiento y que, además, sigue los lineamientos que*

hoy en día sobre la materia, ha dispuesto el Código General del Proceso”

Fluye de lo expuesto, que la validez de los mensajes de datos aportados en copias a este proceso depende del contenido en la medida que se permita la individualización de donde proviene, a quien se dirige y cuente con fecha de expedición y de que estos no hayan sido desconocidos o tachados de falsedad por la parte contra quien se oponen; requisitos que se cumplen de la siguiente manera:

- (i) Cada uno de los correos discriminados en el relato probatorio permiten establecer como destinataria a la señora PAOLA BERNAL mediante la dirección auxcgv.cucuta@inversionesvision.com, en algunos casos de manera individual y en otros como parte de diferentes destinatarios que ocupan el mismo cargo en otras ciudades. Por lo que, al ser destinataria la actora, le permitía disponer de estos correos como prueba sin vulnerar la intimidad del remitente como alega el demandado.
- (ii) Cada uno identifica tanto la fecha en que se envió como su remitente al final de cada correo, que para todos los casos es el señor Alberto José Rivadeneira Leal, quien se identifica en todos como jefe de legalización de contratos y usa la dirección jefelegalizacion@inversionesvision.com. Lo que ratifica la versión de la testigo sobre que este era el superior jerárquico de la actora.
- (iii) En la contestación de la demanda (Fol. 141-149), no se desconocen ni tachan de falsedad los documentos anexados con la demanda, por lo que en su oportunidad se abstuvo de controvertir tanto el contenido de los documentos como la calidad de los remitentes, quienes según su identificación fungen como representantes del empleador en los términos del literal a del artículo 32 del C.S.T.

Por lo anterior, son admisibles los múltiples correos electrónicos aportados como prueba documental y ante ello procede la Sala a valorar su contenido, del cual se desprende que la actora no tenía libertad o autonomía para el ejercicio de su labor; pues no solo la naturaleza de la actividad contratada, dependía enteramente de formatos, condiciones, horarios, jornadas de visitas, coordinación permanente y supervisión de INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S., sino que además su ejecución estaba en permanente vigilancia, auditoría y constantemente requerían a la actora con fechas límites para la presentación de correcciones, verificaciones y soluciones.

Estima la Sala, que estas comunicaciones contenidas en los mensajes de datos se exceden de las funciones de vigilancia y coordinación que pueden ejercerse en contratos de prestación de servicios civiles o mercantiles; pues no se avizora de qué manera podría la señora BERNAL ARIZA ejercer autónoma e independientemente como auxiliar, si la empresa contratante era quien determinaba íntegramente la cadena de ventas desde asesorías, legalización, verificación y remisión a TELMEX COLOMBIA S.A., desconociendo cualquier libertad que pudiera tener el demandante para ejercer bajo su propio criterio el objeto contratado.

Se debe tener en cuenta que toda decisión judicial debe estar debidamente fundada a través de la inescindible relación entre los elementos fácticos con el material probatorio que genere la suficiente persuasión de credibilidad para que se configuren y resulten aplicables los presupuestos normativos que persiguen las partes. De manera que, probada la prestación del servicio, a la demandada le correspondía acreditar más allá de sus propias manifestaciones que la demostrada prestación personal del servicio se hizo

bajo total autonomía e independencia derivada de un contrato de prestación de servicios, para desmontar la presunción legal de subordinación; pero esta versión no concuerda con la realidad que se deriva de la inaplicación propia de la cláusula de prórroga, del control de horarios y total control subordinante que se desprende tanto del testimonio de ADRIANA PORTILLA como de la lectura de los correos electrónicos, de donde es posible verificar que las actividades de coordinación y vigilancia ejecutadas restaron cualquier rastro de autonomía e independencia que deben guardar los contratistas.

En consecuencia, asistió razón al juez *a quo* al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, dado que el documento suscrito que pretendía arropar la prestación de servicios bajo una modalidad civil o comercial no se ejecutó con la ausencia de subordinación que se exige para evadir la aplicabilidad del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

No siendo objeto de discusión por el apelante los aspectos particulares de la condena, como los extremos o la liquidación de prestaciones sociales, se confirmará en su totalidad la providencia apelada y se condenará en costas de segunda instancia a la demandada INVERSIONES VISIÓN CONSORCIA S.A.S., fijando como agencias en derecho el equivalente a 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor de la actora.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia impugnada de fecha sentencia del 2 de noviembre de 2017 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fijense como agencias en derecho de segunda instancia a favor de la demandante el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2017-00344-00
RADICADO INTERNO:	18.059
DEMANDANTE:	LIGIA LEAL CHACÓN
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA DE FONDO DE PESIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora LIGIA LEAL CHACÓN, contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2017-00344-00, y radicación Interna N0. 18.059 de este Tribunal Superior, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 7 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora LIGIA LEAL CHACÓN, mediante apoderado judicial, interpone demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A. para que se ordene a esa entidad reconocerle pensión de vejez a partir del 4 de enero de 2010 que elevó su solicitud a la entidad y para cuando ya había acumulado en su cuenta individual una suma de \$203.442.172; que se condene al pago del retroactivo a su favor causado hasta el 31 de enero de 2017 y a los intereses moratorios, por la mora injustificada en su reconocimiento, así como a la indexación y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones indica:

- Que nació el 22 de julio de 1952 y durante su vida laboral se desempeñó como docente por diferentes períodos con la Secretaría de Educación de Arauca entre 1980 y 1996 de manera interrumpida.
- Que el 19 de marzo de 1999 se afilió al fondo de pensiones HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A.), solicitándole el 4 de enero de 2010 el reconocimiento y pago de pensión de vejez, con los documentos necesarios para ello y habiendo cumplido 58 años de edad, contando con un valor de \$203.442.172 en su cuenta de ahorro individual, esto es un capital superior al necesario para garantizar una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

- Que se le dieron múltiples respuestas evasivas, trasladando la responsabilidad a otras entidades, pese a ser el fondo a donde terminó realizando sus cotizaciones; por lo que interpuso acción de tutela donde se le concedió amparo para que se resolviera de fondo lo solicitado, recibiendo respuesta el 22 de agosto de 2014 que no tenía suficiente capital ahorrado.

- Que, mediante otra acción de tutela, logró que se ordenara al FONDO NACIONAL DE PRESTAICONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DE ARAUCA, que emitieran bono pensional por sus tiempos de servicio con destino a PORVENIR para que verificara nuevamente si tenía derecho a la pensión solicitada; pese a lo cual la entidad AFP PORVENIR siguió contestando que no contaba con capital suficiente para pensionarse y que estaba en trámite el bono pensional.

- Que mediante oficio del 23 de marzo de 2017, PORVENIR S.A. accede a reconocerle la pensión de vejez a partir del 1 de febrero de 2017 y presentándole dos modalidades para elegir como pensión; aceptando la actora el excedente de \$49.750.837 y reclamando el retroactivo causado desde el 4 de enero de 2010.

- Que PORVENIR S.A. ha venido cancelando una mesada inicial de \$872.299 desde el 1 de febrero de 2017, pero no ha accedido al pago del retroactivo alegando que no se había redimido el bono pensional.

La A.F.P. PORVENIR contestó de la siguiente manera:

- Se atiene a los hechos que resulten probados, acepta que respondió a las primeras peticiones sobre la insuficiencia de capital para acceder a la pensión de vejez solicitada y que la existencia del bono pensional no se acreditó hasta el 22 de noviembre de 2016, y se redimió el 28 de febrero de 2017, siendo necesario esperar a su redención para determinar si el capital ahorrado era suficiente para acceder a la prestación.

- Que el valor de la mesada fue establecido legalmente, no puede concederse retroactivo porque se desfinanciaría y para su liquidación se tuvo en cuenta el excedente redimido a favor de la actora.

- Se opone así a las pretensiones por cuanto la actora solo cumplió los requisitos legales al redimirse el bono pensional con que acreditó el capital suficiente para acceder a la pensión, en febrero de 2017.

- Propone como excepciones: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE DE LA DEMANDADA, PRESCRIPCIÓN, CARENCIA DE OBJETO, PAGO, COMPENSACIÓN e INNOMINADA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca de la impugnación presentada por la demandada contra la sentencia del 7 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declaró que la demandante LIGIA LEÓN CHACÓN tiene derecho a que su demandado PORVENIR S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, reconozca pensión de vejez a partir de enero 4 del año 2010.

SEGUNDO: *Condenó al demandado PORVENIR S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, reconozca y pague a favor de la demandante LIGIA LEÓN CHACÓN mesadas pensionales ordinarias y adicionales causadas desde 4 de enero de 2010 hasta 31 de enero de 2017, reconociendo intereses moratorios conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993.*

TERCERO: *Condenó en costas a la entidad demandada”.*

2.2. Fundamentos de la decisión

El juez de conocimiento sustentó su decisión en lo siguiente:

- Precisó, que la pensión de la señora demandante se reconoció y se empezó a pagar por parte del fondo a partir febrero del año 2017, cuando había hecho su solicitud de reconocimiento por cumplimiento de requisitos el 4 de enero de 2010, y frente al argumento del fondo Porvenir acerca de que no se le había puesto a su disposición los dineros correspondientes al bono pensional a que tenía derecho su afiliada, indicó, que la Corte Constitucional ha sido reiterativa en afirmar frente al tema, que las entidades encargadas de tramitar el bono pensional, deben cumplir con su obligación oportunamente sin que el beneficiario del mismo, se vea afectado por aspectos administrativos en los cuales no participa, cuando ese asunto conlleva implícitos derechos fundamentales como el de la vida, la seguridad social y el derecho al pago oportuno de las pensiones.

- Indicó, que la mora por parte de las entidades encargadas del régimen pensional para resolver el trámite administrativo en materia pensional no es una carga que deba soportar el afiliado, su cumplimiento debe regirse por los principios de eficacia y eficiencia consagrados en el artículo 209 de nuestra Constitución Política.

- Señaló, que la demandante viene soportando la carga del reconocimiento de su pensión desde el año 2010, pues encontró probado que la actora elevó solicitud ante el fondo de pensiones y cesantías horizonte el 4 de enero de 2010, y en atención a dicha solicitud el fondo demandado, el día 2 de agosto de 2010, solicitó al Municipio de Arauca la expedición del bono pensional de la afiliada señora Ligia Leal Chacón. Agregando, que de esta fecha en adelante solo hasta el 27 de enero de 2014 es que Porvenir solicita el pago de bonos pensionales.

- Que, a partir del año 2014, el fondo inicia los requerimientos de bono pensional del fondo de pensiones al Departamento de Arauca, que, dentro del cruce de comunicaciones, la actora instauró las acciones de tutela que buscaban el reconocimiento de la pensión de vejez.

- Que una vez verificado que se reconoció la pensión de vejez a la señora demandante por que cumplía con el capital ahorrado en su cuenta individual, y además porque se le hizo una devolución de libre disponibilidad por más de 49 millones de pesos; lo que quiere decir que, si la señora demandante no realizó ningún aporte a partir del año 2010 que hizo la solicitud y a 2017 le dicen que si cumplía con los 110 salarios y además de ello le hacen una devolución de 49 millones surgen con claridad al expediente que a la fecha de la solicitud del reconocimiento de su pensión de vejez contaba efectivamente con más de 200 millones en su cuenta individual y era responsabilidad del fondo el reconocimiento y pago de ésta prestación.

- Por lo anterior, no cabe duda que le asiste razón a la aquí demandante en su reclamación, pues no sería justo desde ningún punto de vista que una

solicitud pensional radicada desde el 4 de enero de 2010, solo tenga pronunciamiento de fondo en febrero del año 2017, mora que no puede perjudicar a la afiliada y debió el fondo demandado actuar con más diligencia reconociendo la pensión de vejez de su afiliada ejerciendo las acciones legales contra la entidad que debía aprobar el respectivo bono pensional protegiendo así los derechos fundamentales de personas de la tercera edad como era el derecho a la vida y a la seguridad social de la hoy demandante.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpone recurso de apelación señalando lo siguiente:

- Que para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual debe tener como capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual 110 S.M.L.V con lo que se permite financiar una pensión equivalente a un salario mínimo.

- Que ese capital se conforma con lo que se tenga en la cuenta de ahorro individual, con el valor de los bonos pensionales, y con el aporte del gobierno para los casos en que se cumpla con los requisitos para la garantía de pensión mínima.

- Que para el caso de la demandante no hay prueba alguna que para el 4 de enero de 2010, ella tuviera el capital suficiente, es una deducción que hace el a quo de unos hechos pero no existe tal certeza.

- El a quo considera que hubo morosidad en el reconocimiento de la pensión de vejez porque se presentó una reclamación inicial el 4 de enero de 2010 y se reconoció la pensión de vejez solo en el año 2017, pero desconoce que en el interregno del 4 de enero de 2010 a la demandante se le dio respuesta, se le negó su derecho, no hubo silencio total durante ese tiempo sino que resolvió desfavorablemente porque no contaba con el dinero suficiente.

- Que existe evidencia de los trámites que adelantó el fondo de pensiones Horizontes hoy Porvenir en agosto de 2010 para el bono pensional frente al Municipio de Arauca y el fondo del magisterio.

- Señaló, que dentro de la Ley 100 de 1993 no existe norma alguna que establezca que a pesar de que no se haya redimido el bono, o así no se tenga o se cuente con el dinero del bono en la cuenta ahorro individual, se debe reconocer la pensión.

- Explicó, que las condiciones para reconocer la pensión de vejez en el RAIS es que exista capital suficiente, y para esas fechas no lo había, pues lo hubo cuando efectivamente se redimieron esos bonos y se hicieron efectivos, inicialmente el 22 de noviembre de 2006, cuando ingresa parte del valor del bono pensional a la cuenta de ahorro individual y finalmente el 28 de febrero de 2017, por lo que a partir de ese momento se contaba con el dinero, y por eso se logró hacer posteriormente el reconocimiento.

- Señaló además, que operó el fenómeno de la prescripción porque en el evento de ser cierto que la actora presentó la reclamación administrativa el 4 de enero de 2010, solo se presenta la demanda hasta el año 2017, por lo que evidentemente debe existir prescripción.

- Refirió, inconformidad con la condena al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el reconocimiento de la pensión de vejez estaba sujeta a que terceros, no es una carga de Porvenir reconocer el bono pensional.

4. ALEGATOS

De conformidad con lo establecido en el artículo 82 del C.P.L., se correrá traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión.

• **Demandante:** El apoderado de la demandante solicita que se confirme la sentencia apelada y que se desestimen las alegaciones del demandado, por cuanto se demostró que la AFP tenía pleno conocimiento del bono pensional desde que le fue entregado el 19 de marzo de 1999 y le fue reiterado con la solicitud del 4 de enero de 2010 para la revisión de la historia laboral, tiempo en que guardó silencio y solo por una acción de tutela procedió a tramitarlo; de allí que desde el 2010 dejara de cotizar la afiliada, pues ya tenía causada su pensión con los requisitos respectivos y debió adelantar acciones constitucionales para que se ejecutara el bono pensional, siendo la negligencia y mora del fondo de pensiones para adelantar los trámites interadministrativos quienes evitaron esta situación, conducta que no puede ser premiada por dejar a la actora en estado de indefensión por 7 años

• **Demandada:** El apoderado de PORVENIR S.A. solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y para ello explicó que la causación de la pensión en el RAIS es diferente al RPMPD, pues no depende de la edad y semanas sino del saldo en la cuenta individual de ahorro del afiliado y como logra financiar esto la pensión solicitada, lo que se financia por el valor de los aportes y bonos pensionales a que hubiere lugar, por lo que en este caso cuando se solicitó la pensión no estaba el valor del bono que completaba el 80% del capital necesario y esto solo se logró consolidar hasta el 27 de febrero de 2018, por lo que para el año 2010 su cuenta de ahorro individual no contaba con el capital para financiar la pensión y no daba certeza a la causación del derecho como se pudo comprobar desde las pruebas solicitadas.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

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

¿Si la señora LIGIA LEAL CHACÓN tiene derecho a que la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., le reconozca y pague el retroactivo pensional desde el 4 de enero de 2010 hasta el 1° de febrero de 2017, cuando le fue reconocida la pensión de vejez, y los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

7. CONSIDERACIONES

En torno a resolver el problema jurídico planteado en el presente caso, debe indicarse, que no es objeto de controversia, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la señora Ligia Leal Chacón, como quiera que así lo certificó la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., mediante comunicación de fecha 20 de noviembre de 2019, obrante a folio de 12 del cuaderno de segunda instancia, en donde señala que PORVENIR S.A., reconoció la pensión por vejez a partir del 5 de julio de 2016, con una mesada pensional por valor de \$852.953 para el año 2019.

Lo que es materia de controversia es el reconocimiento y pago del retroactivo pensional a partir del 4 de enero de 2010, hasta el 1º de febrero de 2017, cuando PORVENIR S.A reconoce y paga la pensión solicitada; accediendo el juez *a quo* a las pretensiones por estimar que la afiliada no debía asumir la demora de la entidad en tramitar sus bonos pensionales, quedando claramente evidenciado que al elevar su solicitud ya contaba con los requisitos legales para acceder a la prestación. A lo que se opone la apelante, por estimar que el requisito para acceder a la pensión en el RAIS es el valor ahorrado en la cuenta y este solo se consolidó con la redención del bono, el cual sí se tramitó debidamente y que en todo caso debía analizarse la prescripción y revocarse los intereses moratorios por ser la demora imputable a un tercero.

Para resolver este problema jurídico planteado, recuerda la Sala lo regulado por el citado artículo 64 de la Ley 100 de 1993:

“ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice (sic) de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a este <sic> hubiere lugar.

Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre”.

Del primer inciso del citado texto se extrae, que la pensión de vejez del artículo 64 es propia de los afiliados al RAIS, y se puede solicitar a cualquier edad, siempre y cuando el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, y que en el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a este hubiere lugar.

En este orden de ideas, la edad no es un requisito para adquirir la pensión, basta con tener el capital exigido por el legislador en la cuenta de ahorro individual para ser merecedor de la prestación.

Adicionalmente, de forma expresa, el legislador previó que, para el cálculo de esta pensión, se tomará en cuenta el valor del bono pensional, cuando haya lugar a este. En cuanto a los bonos pensionales el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, establece, que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Por su parte, la doctrina ha definido los bonos como un valor a favor de un afiliado que se traslada a uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones, el cual representa la deuda pensional causada desde el momento en que el afiliado inició su vida laboral hasta la fecha efectiva del traslado, en razón de las vinculaciones laborales, legales o reglamentarias que tuvo con las diferentes entidades de previsión que asumen el pago de la obligación.

En el presente asunto, la actora se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual el día 19 de marzo de 1999 (fol. 10), por lo que el bono para financiar su pensión corresponde a los de tipo A. Estos bonos, a su vez, presentan dos modalidades: Modalidad 1, refiere a los bonos que se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició después del 30 de junio de 1992; y la modalidad 2 que son los bonos que se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició antes del 1o de julio de 1992.

Según el artículo 119 de la Ley 100 de 1993, los bonos pensionales tipo A serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de la selección o traslado al régimen de ahorro individual, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a 5 años. Cuando el tiempo en la última entidad pagadora de pensiones sea inferior a 5 años, el bono pensional será expedido por la entidad pagadora de pensiones en la cual el afiliado haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicios.

Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional.

En este orden de ideas se tiene, que dentro del trámite para la expedición de bonos pensionales Tipo A se ha de cumplir con la conformación de la historia laboral del afiliado, puesto que, para la liquidación y emisión del bono, se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o caja, fondo o entidad que deba dar certificación, según el caso, de forma oportuna.

Conforme al citado artículo 52, una vez el beneficiario eleva ante la AFP una solicitud de trámite de bono pensional, esa entidad debe establecer la historia laboral del afiliado con fundamento i) En la información que este le haya suministrado y los archivos que la entidad posea y, ii) En toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono y que sea confirmada, modificada o negada por quienes hayan sido empleadores del afiliado, o por las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que hubiere cotizado. Realizado lo anterior, la AFP trasladará dicha información al emisor para que este dé inicio al proceso de liquidación provisional del bono.

Es de advertir, que cuando un empleador deba certificar información laboral con destino a la expedición de un bono tipo A, en arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 del D.1748 de 1995, la certificación debe contar con los requisitos expresamente allí señalados, dentro de los cuales, entre otros ítems, debe estar especificado *«g) Número total de días de interrupción por suspensión o licencia no remunerada; opcionalmente, fechas de iniciación y terminación de las interrupciones», como también «k) Fecha de expedición de la certificación y su número consecutivo».*

Ahora bien, cuando el afiliado aspira a la pensión del artículo 64 en comento y para ello hace cuentas sumando el valor de un bono pensional, como es el caso de la actora, implica que esta debe haber aprobado la liquidación provisional efectuada por parte de la Oficina de Bonos Pensionales, OBP, del Ministerio de Hacienda, para la respectiva emisión del bono, requisito indispensable para cuantificar su valor.

Razón por la cual, la Sala procederá a examinar si la actora reunía los requisitos para disfrutar de la pensión de vejez, de conformidad con el

artículo 64 de la Ley 100 de 1993, al 4 de enero de 2010, fecha en la cual se la solicitó a la AFP.

En el caso concreto, se encuentra probado con el registro civil de nacimiento obrante a folio 9, que la señora Ligia Leal Chacón, nació el 22 de julio de 1952, por lo que para la fecha de solicitud pensional contaba con 57 años de edad; a folio 10 se encuentra probado que el día 19 de marzo de 1999, la actora se vinculó al Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. desde la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL DE ARAUCA, por lo que existe claridad en cuanto a que el régimen pensional de la señora Leal Chacón es el RAIS, y el fondo encargado de administrar su pensión es POVENIR S.A.

De igual forma, a folio 11 se encuentra probado que el día 4 de enero de 2010, la señora solicitó ante el Fondo HORIZONTE la pensión de vejez adjuntando como documentación para el trámite, fotocopia de la cédula de ciudadanía, registro civil de nacimiento y formulario de solicitud de pensión por vejez.

Por lo anterior, mediante derecho de petición de fecha 2 de agosto de 2010, HORIZONTE S.A., solicitó al Municipio de Arauca la expedición de una certificación laboral bajo los parámetros de Ley establecidos en el artículo 23 del Decreto 1748 de 1995, modificado y adicionado por el artículo 11 del Decreto 1513 de 1998, para bono pensional a nombre de la afiliada Ligia Leal Chacón, indicándole además la urgencia de la misma por cuanto la afiliada se encontraba en trámite de reconocimiento pensional por lo que le exigió que debía utilizar los formularios únicos obligatorios adoptados por el ministerio, y anexar fotocopia del acto administrativo de la persona facultada con cédula y cargo en su entidad para expedir las certificaciones laborales con destino a bono pensional (fol. 99 anexo 1).

Ahora bien, del 2 de agosto de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2013, no existe dentro del expediente prueba de algún trámite que las partes adelantaran para el reconocimiento de la pensión de vejez, únicamente se tiene certeza del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones – SIAFP visto a folio 11 del cuaderno de anexos, que HORIZONTE se fusionó el 1º de enero de 2014, en PORVENIR S.A., y es a partir de este momento que se desprenden una serie de requerimiento sucesivos por parte de la actora al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., y de éste hacia el Departamento de Arauca tendiente a obtener la emisión y pago del bono pensional perteneciente a la señora Ligia Leal Chacón, los cuales se describen a continuación:

- Comunicación de fecha 19 de febrero de 2014, mediante la cual la Secretaria General del Departamento de Arauca le informa a la analista de beneficios pensionales de Porvenir S.A., que los bonos pensionales de la señora Ligia Leal Chacón se cancelaran con recursos que tiene la entidad territorial en las cuentas del FONPET y que a la fecha la entidad territorial se encontraba en proceso de expedición de actos administrativos y autorizaciones para el pago de estos bonos (fol. 14 cuaderno de anexo).
- Derecho de petición de fecha 31 de julio de 2014, elevado por Porvenir S.A., a la Gobernación de Arauca, a través del cual la demandada reitera comunicaciones enviadas el 21 de febrero de 2014, y 10 de abril de 2014, mediante las cuales se solicita adelantar el trámite del bono pensional de la afiliada Ligia Leal Chacón, como quiera que la entidad territorial es el emisor del bono pensional según lo indicado por la oficina de bonos pensionales (fol. 21 a 23).

- Derecho de petición de fecha 31 de julio de 2014, elevado por Porvenir S.A., a la Fiduprevisora S.A., a través del cual la demandada reitera comunicaciones enviadas el 21 de febrero de 2014, y 10 de abril de 2014, mediante las cuales se solicita adelantar el trámite del bono pensional de la afiliada Ligia Leal Chacón, así como también la emisión y pago del bono pensional tipo A modalidad 2 al que tiene derecho la afiliada (fol. 18 a 20 cuaderno de anexos).
- Comunicación de fecha 3 de septiembre de 2014, dirigida a la Secretaria de Educación Departamental de Arauca por parte de PORVENIR S.A., en la cual refiere que en atención a oficio remitido por la FIDUPREVISORA S.A a la administradora en la cual solicita dirigirse a la Secretaria de Educación de Arauca para que dicha entidad adelante los trámites administrativos en cuanto al reconocimiento y pago del bono pensional, por cuanto la entidad fiduciaria no cuenta con los soportes físicos y solo obra en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que en virtud de lo anterior, solicitó a la Secretaria de Educación Departamental de Arauca el reconocimiento y pago de bono pensional (fol. 27 a 28 cuaderno de anexos).
- Resolución No. 2766 de fecha 28 de agosto de 2014, mediante la cual la Gobernación de Arauca reconoce el derecho y autoriza el pago del bono pensional tipo A, con recursos del fondo de pensiones de las entidades territoriales FONPET en cuantía de \$177.523.000 con fecha corte 1 de enero de 1994 a favor de la señora Ligia Leal Chacón (fol. 32 a 34).
- Autorización del gobernador del Departamento de Arauca al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que pague con cargo a los recursos que esa entidad posee en el FONPET **la suma de \$177.532.000** correspondiente al bono pensional tipo A calculado a fecha de corte 30 de septiembre de 2014 (fol. 29 y 30)
- Resolución No. 4636 de fecha 24 de diciembre de 2014, mediante la cual la Gobernación de Arauca modifica el numeral 1º de la Resolución No. 2766 de 2014 señalando que la fecha corte es el 1 de enero de 1995 (fol. 39 a 41).
- Oficio de fecha 16 de marzo de 2015, a través del cual la Secretaria General de la Gobernación de Arauca, remite a PORVENIR S.A la Resolución 4636 por el cual se corrige un error de forma de la Resolución 2766 de 2014 y se autoriza el pago del bono pensional (fol. 45).
- Comunicación de fecha 28 de enero de 2015, mediante la cual PORVENIR S.A solicita a la Gobernación de Arauca la validación y corrección de la Resolución No. 4636 de fecha 24 de diciembre de 2014 por cuanto el número de cédula de la afiliada que aparece en el acto administrativo es incorrecto, y los datos del bono pensional son errados, esto es, el salario y la fecha base de salario, por lo que solicito que de manera pronta se hiciera las correcciones respectivas (fol. 46 a 47).
- A folios 53 a 98 obran los distintos requerimientos y derechos de petición que PORVENIR S.A., realizó a la Gobernación de Arauca, para la corrección del error cometido en el acto administrativo que

reconocía el bono pensional a la señora Ligia Leal Chacón, al igual, que las comunicaciones dirigidas a la actora informándole las gestiones adelantadas por PORVENIR S.A con el fin de lograr el reconocimiento y pago del bono pensional, en virtud a los derechos de petición y acciones de tutela por ella instauradas en contra de ésta para el reconocimiento y pago de la pensión por vejez.

- Comunicación de fecha 8 de febrero de 2017, mediante la cual el FONPET informa a PORVENIR S.A que atendiendo la autorización de retiro de recursos del FONPET No. 81000-2017-50-BP del 26 de enero de 2017, para el Departamento de Arauca, enviada por el Ministerio de Hacienda y crédito Público **por la suma de \$202.289.000** para la cuenta corriente de Banco Occidente a nombre de Porvenir (fol. 157 cuaderno de anexo).

De las documentales vistas anteriormente se desprende, que para el 4 de enero de 2010 cuando la actora eleva la petición de pensión de vejez con fundamento en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, desconocía cual era el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, pues si bien la señora Ligia Leal Chacón, sabía que tenía derecho a un bono pensional de acuerdo con la información suministrada en la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se desconocía a ciencia cierta el valor del mismo, pues el cálculo del valor del bono no puede deducirse de la sola indicación que allí se hace de los periodos laborados, sino que se requiere que el emisor y contribuyente del bono pensional lo emita y determine la redención del mismo, y así tener certeza del valor del bono pensional.

Sin embargo, una vez emitido el mismo fue posible establecer que junto al capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual, era suficiente para acceder a la pensión de vejez del artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior permite concluir, que de haberse adelantado con celeridad y eficacia el trámite de emisión y redención del bono pensional, la actora hubiera logrado acceder a su pensión de vejez desde el primer momento en que la solicitó. Ahora bien, esto no permite afirmar inmediatamente que existía una fecha de causación o disfrute anterior a la que fue reconocida por la demandada, pues la pretensión debe ser analizada conforme a las particularidades del Régimen de Ahorro Individual, cuya pensión de vejez no depende de la edad y semanas del trabajador, sino por la correspondencia entre los recursos ahorrados y sus prestaciones varían dependiendo de lo acumulado, las intenciones personales frente a las diferentes modalidades de ahorro y la expectativa de vida.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1168 de 2019 explica:

“(...) en el RAIS no puede hablarse de una fecha de causación y disfrute de la pensión, estrictamente fijada, pues, se reitera, salvo en lo que tiene que ver con la garantía de pensión mínima, todo depende de la voluntad libre del afiliado y de los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual. (...) Ahora bien, aunque en el RAIS no es posible identificar una regla fija e invariable de causación y disfrute de la pensión, lo cierto es que la figura del retroactivo pensional no es del todo ajena a su naturaleza y reglas, pues, en todo caso, existe una fecha cierta a partir de la cual se empieza a pagar la prestación, en función de la voluntad del afiliado y la acreditación del capital suficiente. En ese sentido, una vez reconocida la pensión desde determinada fecha, es a partir de allí que se puede entender

configurado el derecho a cualquier pago relativo a la prestación. (...) para la Corte la procedencia del retroactivo pensional, en este preciso contexto, debe definirse en función de las particularidades de cada caso y, por las especificidades del régimen, debe tenerse en cuenta la forma en la que se hubiera hecho la proyección del capital y la voluntad del afiliado.”

Sobre los efectos de la demora en la consecución de la emisión y pago del bono pensional Tipo A sobre el derecho prestacional de la actora, se advierte que el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, reza:

“Las administradoras que incumplan el plazo establecido para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión deberán pagar, con cargo a la respectiva cuenta individual de ahorro, una pensión provisional en favor del afiliado, calculada tomando en consideración los mismos criterios establecidos para la determinación de la mesada pensional a través de retiros programados. Esta pensión comenzará a reconocerse mensualmente a partir del día quince (15) hábil contado desde el vencimiento del plazo señalado para pronunciarse y deberá pagarse hasta el momento en el cual se efectúe el correspondiente pronunciamiento.

*Del mismo modo, **cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales**, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras, **éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos.***

En general, corresponderá a las administradoras asumir pensiones provisionales con cargo a sus propios recursos en todos aquellos casos en los cuales el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones por parte de la administradora.

PARAGRAFO. *Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicios de las demás sanciones personales e institucionales que puedan imponerse por el incumplimiento de las correspondientes obligaciones señaladas en el presente capítulo.”*

Pues bien, entre las obligaciones que tienen las Administradoras de Fondo de Pensiones está la de mantener actualizada la historia laboral de sus afiliados y ello incluye recepcionar los aportes de sus anteriores afiliaciones para que conformen la cuenta de ahorro del afiliado, de manera que cuando solicite la efectividad de su derecho pensional no deba ser sometido a trámites largos y complejos que dilaten su acceso a la prestación de subsistencia.

Regula esta materia el artículo 20 del citado Decreto 656 de 1994 que dice:

“Corresponde a las sociedades que administren fondos de pensiones adelantar, por cuenta del afiliado, pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad.

Las solicitudes de emisión de bonos pensionales deberán ser presentadas a la entidad previsional correspondiente dentro de los seis (6) meses inmediatamente siguientes a la vinculación del afiliado que tenga derecho a dicho beneficio, y hasta tanto sean emitidos efectivamente deberán efectuar un seguimiento trimestral al trámite de su emisión. (...)”

En igual sentido, el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, indica:

“Son entidades administradoras:

- a) El ISS respecto a los bonos tipo B.*
- b) La AFP a la cual esté afiliado el trabajador, respecto a los bonos tipo A.*

Corresponde a las entidades administradoras adelantar, por cuenta del afiliado, pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su redención. Los afiliados deberán suministrar a las administradoras la información que sea necesaria y que se encuentre a su alcance para tramitar las solicitudes.

En todo caso, las administradoras están facultadas para solicitar las certificaciones que resulten necesarias, las cuales son de obligatoria expedición por parte de los destinatarios de estas solicitudes. (...)”

El incumplimiento de estas obligaciones es abordado en sentencia SL1322 de 2020, donde la Sala de Casación Laboral explica:

“la AFP estaba obligada a agotar el procedimiento administrativo de emisión y liquidación del bono, para poder atender la solicitud pensional del actor, gestión que le corresponde adelantar a nombre de su afiliado, para que, de esta forma, se pudiera hacer efectivo el disfrute pensional en tiempo oportuno.

En efecto, por mandato legal, el interlocutor de los afiliados en la tramitación de los bonos pensionales es la AFP. (...) la complicación del trámite ocurrió en la fase de solicitud al emisor de la expedición del bono pensional, que estaba a cargo de la AFP accionada, y para la cual fueron pretermitidos unos términos razonables, en detrimento del afiliado, pues luego de la petición inicial del año 2011, y solo bajo requerimiento del juez constitucional, procedió a esa labor, pero la detuvo hasta el año 2014, tiempo durante el cual pagó al pensionado unas mesadas deficitarias, las que también le fueron impuestas mediante requerimiento del juez constitucional.

*En efecto, en lo fundamental, **la AFP asumió un rol pasivo ante la demora de la Universidad de Caldas en emitir el bono pensional, tampoco solicitó la intervención de las autoridades disciplinarias o la aplicación de sanciones institucionales**, dentro de los 30 días que el artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 22 del 1513 de 1998, dispuso a fin de que las entidades previsionales se pronunciaran, pese a que el silencio de estas entidades da veracidad a la información laboral respecto de la cual se pide su confirmación o certificación, sin perjuicio de las sanciones a los funcionarios negligentes.*

En este orden, la conducta de la AFP fue permisiva, pues se negó a adelantar trámites eficientes que dieran lugar a la emisión del bono, pues ni siquiera expuso cuál fue el resultado de una acción de tutela que intentó para que la universidad procediera a cumplir su obligación, gestión que no se sabe, con la prueba habida en el expediente, y que se dijo mal valorada por el tribunal, si tuvo alguna incidencia en dar celeridad a ese trámite; de otra parte, la administradora pudo proceder al ejercicio de las acciones disciplinarias en contra del empleador omisivo, en los plazos previstos en las normas indicadas, pero no hay evidencia de que lo haya hecho, ya que, se repite, condicionó íntegramente el trámite a la voluntad del establecimiento de educación superior para emitir el bono pensional.

Estas dilaciones injustificadas en la tramitación de las prestaciones pensionales, ocurridas en una fase sensible del ser humano, como es su vejez, en la cual se espera un servicio oportuno, cumplido y eficiente, que

garantice su prestación correcta en defensa de la dignidad de los afiliados y sus familias, imponía la solución prevista en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994.

Así las cosas, considera la sala que quien debía asumir el retardo en el reconocimiento pensional era la AFP y no el afiliado y, por tanto, resulta procedente el reconocimiento del retroactivo pensional que persigue la parte actora, quien tardó casi cuatro años para obtener la estructuración completa del capital acumulado con su esfuerzo laboral para determinar el pago íntegro de su pensión de vejez, lo cual resulta inaceptable, máxime que tal dilación obedeció a un trámite que le era ajeno y en el cual intervinieron diversas entidades del sector de la seguridad social.”

En igual sentido se pronunció la Corte en Sentencia SL3564 de 2019, al señalar:

“en lo que no le asiste razón al recurrente es al despliegue de una conducta activa para la integración de los aportes a la cuenta individual del actor, pues observase que, antes de enero de 2009, ya había iniciado la gestión para la liquidación y posterior emisión del bono pensional y solo hasta el 30 de abril de 2013 alcanzó a finiquitar dicho trámite con la Resolución n.º 08088 antes mencionada, pues si bien realizó los trámites para su reconocimiento, lo cierto es, que fue lento en su actuar, pues aunque el actor solicitara la pensión desde el 10 de mayo de 2012, decidió, en primer lugar, completar todos sus aportes para que la decisión de su prestación de vejez fuera más expedita y, por el contrario, estuvo truncada con la falta de agilidad de la administradora de pensiones, que perduró por más de 4 años, cuando la solicitud de expedición del bono pensional empezó desde antes del año 2009.

Es así como, esta Corporación, en la sentencia CSJ SL12709-2016, respecto al tema que ocupa la atención de la Sala, precisó:

*En lo que respecta a la acusación por la vía directa, le corresponde a la Sala resolver si el ad quem se equivocó al confirmar la condena contra COLFONDOS, al reconocer la pensión anticipada de vejez de conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, no obstante estar plenamente establecido que no se había emitido el bono correspondiente a los tiempos de cotización alegados por el afiliado para completar el capital requerido para financiar la pensión anticipada de vejez propia del régimen de ahorro individual, para lo cual se ha de precisar, en primer lugar, **cuáles son las responsabilidades de la AFP dentro de los trámites de solicitud, emisión y expedición de los bonos pensionales**, de conformidad con el artículo 52 del D. 1748 de 1995, modificado por el artículo 22 del D. 1513 de 1998. (...)*

Por lo anterior, si a enero de 2009, fecha en que se le informa al actor de la liquidación provisional del bono, conforme a lo expuesto en precedencia, si bien, posteriormente, existió error en la liquidación y, por ende, en su monto, como así lo informó la demandada en la comunicación del 19 de julio de 2010, la anulación, posterior liquidación y emisión, debió realizarse de forma más expedita.

En lo fundamental, la AFP asumió un rol pasivo ante la demora del DEPARTAMENTO DEL SANTANDER en la anulación y trámite de la nueva liquidación y emisión; tampoco solicitó la intervención de las autoridades disciplinarias o la aplicación de sanciones institucionales y, en esa medida, no puede castigársele a quien con premura ha decidido realizar su trámite de bono pensional, para que sea más ágil la definición de su derecho pensional, hasta cuando el fondo por fin decida realizar su labor, restringiendo su reconocimiento hasta que culmine el proceso.”

Aplicando estos preceptos normativos y jurisprudenciales al caso concreto, se evidencia en primer lugar que desde el 19 de marzo de 1999 la actora se afilió a la A.F.P. HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.) y dicha entidad omitió

su deber de solicitar en los seis meses siguientes a su ingreso, la emisión del respectivo bono a la entidad remitente que era la CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISIÓN DE ARAUCA y por ende tampoco hizo seguimiento trimestral al mismo, como se lo exige el artículo 20 del Decreto 656 de 1994.

La consecuencia de esta omisión es palmaria, pues para el año 2010 cuando la actora solicitó su pensión de vejez, la entidad no reportaba en su historia laboral ni los periodos laborados y reportados a la anterior administradora, sino que tampoco había previsto su impacto en la consolidación del derecho pensional.

Si bien alega el apelante que desde agosto de 2010, elevó la respectiva solicitud de emisión del bono pensional al DEPARTAMENTO DE ARAUCA, lo primero a destacar es que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994 determina en 4 meses el plazo máximo para resolver los procedimientos de solicitud de pensión y la actora reclamó su pensión desde enero de ese año; es decir, se demoró 8 meses en solicitar el bono pensional desde la reclamación pensional, sumado a que desde 1999 había dejado de tramitar su emisión.

Posterior a esta situación, cuando el Departamento de ARAUCA no cumplió con responder en el plazo máximo de 30 días que le asignaba el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, la A.F.P. tampoco adelantó trámite alguno y por el contrario, mantuvo total pasividad frente a esa omisión hasta que se reactivó el trámite para julio de 2014, y como resultado de una serie de acciones constitucionales de tutela impetradas por la actora para reclamar el debido proceso administrativo contra la accionada y demás responsables en la emisión del bono pensional; extendiéndose los trámites para finalizar el pago del bono hasta el año 2017, pese a las múltiples solicitudes de la actora y a que desde 1999, la A.F.P. debió haber iniciado los mismos.

Tal y como señaló la Sala de Casación Laboral en las providencias reseñadas, cuando se evidencia que la demandada A.F.P. asume un rol pasivo ante las demoras de las entidades públicas que debían expedir el bono pensional y somete a dilaciones injustificadas a los afiliados, no puede pretender imponer las consecuencias desfavorables a este pues es su deber gestionar estos trámites, realizarlos con agilidad y ejecutar todas las acciones adecuadas para que en la cuenta de ahorro individual obren todos los recursos que permitan conformar el derecho pensional.

Una de las características inherentes al RAIS es que el afiliado pueda acceder a la pensión antes de la edad establecida para el RPM, y en este caso la demandante accedería a su pensión a los 64 años pese a que desde sus 57 años podía haber contado con el capital suficiente en su cuenta de ahorro individual, de haberse adelantado las gestiones de emisión oportunamente. Supeditar el reconocimiento efectivo de la pensión a la fecha de pago efectivo del bono, cuando esta situación es imputable a la negligencia de la administradora, vulnera los derechos de la afiliada y por ello el ordenamiento jurídico previó que esta situación se subsanaría, con la imputación de la responsabilidad a la A.F.P. conforme al artículo 21 del decreto 656 de 1994.

Precisamente, al aplicar esta normativa se resuelven dos de los argumentos del apelante, pues esta es la disposición que le impone responsabilidad por su actuar pese a que la redención del bono sea posterior y a la vez, la que responde a cómo prevenir que se desfinancie la cuenta de ahorro individual del afiliado, pues al evidenciar la negligencia de la entidad la pensión provisional que corresponde al retroactivo se impone con cargo a sus propios recursos a modo de sanción por el incumplimiento de sus obligaciones.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que accedió al reconocimiento de retroactivo pensional a favor de la actora, aclarando que procede conforme al artículo 21 del decreto 656 de 1994 a cargo de los recursos de la administradora.

Procede ahora la Sala a resolver los dos aspectos finales del recurso de apelación de la demandada; en primer lugar, sobre la prescripción de mesadas, se advierte que efectivamente fue propuesta desde la contestación y no fue abordada por el juez de primera instancia.

Al respecto, conforme los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T.Y.S.S., este término de tres años comienza a contar desde que se hace exigible la obligación y solo es interrumpido por la reclamación del trabajador por una sola oportunidad para volver a contabilizarse; en este caso, conforme se explicó por las particularidades del RAIS la llamada causación del derecho pensional no depende del cumplimiento de requisitos de edad y semanas, sino de la conformación del capital y la voluntad del afiliado de acogerse a una modalidad del sistema privado.

Para este asunto, la actora contaba con el bono pensional sin redimir suficiente capital para haber accedido a su pensión de vejez desde que la solicitó el 4 de enero de 2010, pero este derecho le fue negado por la A.F.P. al no haber cobrado el bono y pese a ello, la actora dejó transcurrir más de 3 años para demandar a la entidad. Si bien adelantó diferentes acciones de tutela para que se materializara el pago del bono, solo con la demanda radicada el 12 de septiembre de 2017 se puede determinar la interrupción de la prescripción, pues conforme a las particularidades estudiadas previamente desde que reclamó ya contaba con el derecho pensional.

En consecuencia, se declarará probada la prescripción respecto de las mesadas causadas y no cobradas oportunamente, esto es las anteriores al 12 de septiembre de 2014.

Se advierte, además, que el juez *a quo* no dispuso la condena en concreto como era su deber acorde al artículo 283 del Código General del Proceso, y a ello se dispone esta Sala. Para lo cual debe tenerse en cuenta que el valor de la mesada pensional en 2017 fue de \$900.977 (Folio 118), la cual desindexada año a año de 2014 a 2016 permite establecer como retroactivo adeudado el total de \$27.818.304, conforme a la siguiente liquidación:

Año	Mesada	No. Mesadas	Total
2014	\$ 765.739,00	5	\$ 3.828.695,00
2015	\$ 794.951,00	14	\$ 11.129.314,00
2016	\$ 854.237,00	14	\$ 11.959.318,00
2017	\$ 900.977,00	1	\$ 900.977,00
			\$ 27.818.304,00

Respecto de los intereses moratorios, bajo los parámetros del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se debe indicar que la actual postura jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral es que los intereses de mora “...*proceden siempre que haya retardo en el pago, sentencia CSJ SL 3130-2020, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o las circunstancias que hayan rodeado la discusión del derecho pensional, en tanto su imposición es simplemente el resarcimiento ante los efectos adversos para el acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones*” y aclara que existen algunas excepciones como “*cambio de línea jurisprudencial, o que la negativa pensional se hubiese dado con amparo en el ordenamiento legal vigente*”.

En este asunto, habiéndose concluido que la A.F.P. dejó de reconocer la pensión por el incumplimiento de sus deberes legales de adelantar el trámite oportuno de los bonos pensionales de su afiliada, no existe una situación que permita exonerar a la entidad de esta condena pues es su responsabilidad que la actora no disfrutara oportunamente de su prestación. Por lo que se confirmará esta condena.

Finalmente, se condenará en costas segunda instancia a la demandada PORVENIR S.A. Se fijará como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a un SMLMV a cargo de la pasiva y a favor de la actora, monto que se muestra conforme al Acuerdo N° 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: ADICIONAR a la sentencia del 7 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, que se declara parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas anteriores al 12 de septiembre de 2014 y que el retroactivo causado y no prescrito entre septiembre de 2014 a enero de 2017 asciende a un total de \$27.818.304, conforme al artículo 21 del Decreto 656 de 1994, a cargo de los recursos de la administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la providencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la demandada PORVENIR S.A. Fijar como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a un SMLMV a cargo de la pasiva y a favor de la actora.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIA BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



ELVER NARANJO

Magistrado



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2019-00200-00
RADICADO INTERNO:	19.240
DEMANDANTE:	JUAN CARLOS GERÓNIMO PEDRAZA
DEMANDADO:	CALZADO BURGOS S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JUAN CARLOS GERÓNIMO PEDRAZA contra CALZADO BURGOS S.A.S., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2019-00200-00, y Radicación interna N° 19.240 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 12 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor JUAN CARLOS GERÓNIMO PEDRAZA, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra CALZADO BURGOS S.A.S. para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 14 de febrero de 2011 al 13 de marzo de 2018 por un salario mensual de \$2.000.000, para que se condene al pago de cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotación, seguridad social. Igualmente, que se reconozca el sometimiento a acoso laboral, por parte de su empleador y se condene a indemnización por despido injusto y sanción moratoria por no pago de cesantías, así como que se ordene la indexación de las prestaciones.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que el 14 de febrero de 2011, fue contratado de manera verbal para ocupar el cargo de operario de producción en la elaboración de calzado y fue finalizado el contrato sin justa causa el 13 de marzo de 2018, laborando por total de siete años, un mes y 13 días, devengando un salario semanal de \$500.000 en todo el tiempo laborado.
- Que nunca fue afiliado al sistema de seguridad social, ni se le pagaron prestaciones laborales y en el curso de la relación fue víctima de acoso laboral.

La demandada CALZADO BURSOS S.A.S. contestó a la demanda afirmando:

- Que el actor sí fue contratado para laborar en la empresa, pero que el vínculo finalizaba cada año por voluntad del demandante, quien

renunciaba al puesto de trabajo y así sucedió el 17 de marzo de 2018, cuando presentó renuncia definitiva.

- Que el salario era un promedio mensual, devengando para 2018 la suma de \$842.410, teniendo conocimiento que la renuncia fue generada por algunas deudas con compañeros de trabajo y anexa las liquidaciones de los años anteriores donde obra el valor del salario promediado.
- Expone que el actor impedía los descuentos a seguridad social alegando tener SISBEN, que sí se pagaban las primas y demás prestaciones anualmente. Se opone a las pretensiones alegando que cumplió con sus obligaciones laborales y propone como excepciones de mérito la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, CARENCIA DE LA ACCIÓN, ILEGITIMIDAD EN LA CAUSA, GENÉRICA E INNOMINADA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión.

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 12 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR QUE ENTRE EL DEMANDANTE JUAN CARLOS JERONIMO PEDRAZA Y SUS DEMANDADOS CALZADO BURGOS S.A.S. Y LUZ MARINA MANCIPE RANGEL, EXISTIÓ RELACIÓN LABORAL DENTRO DE LOS SIGUIENTES PERÍODOS: .- FEBRERO 12 AL 24 DICIEMBRE DE 2011 - .- FEBRERO 6 AL 12 DICIEMBRE DE 2012. .- FEBRERO 18 AL 21 DICIEMBRE DE 2013. .- FEBRERO 17 AL 20 DICIEMBRE DE 2014. .- FEBRERO 16 AL 19 DICIEMBRE DE 2015. .- FEBRERO 15 AL 17 DICIEMBRE DE 2016. .- MARZO 20 AL 23 DICIEMBRE DE 2017. .- ENERO 15 AL 17 MARZO DE 2018.

SEGUNDO: CONDENAR A LOS DEMANDADOS CALZADO BURGOS S.A.S. Y LUZ MARINA MANCIPE RANGEL, A RECONOCER Y PAGAR A FAVOR DEL DEMANDANTE JUAN CARLOS JERONIMO PEDRAZA, LA SUMA DE TRSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M.L. (\$ 283.283,00), POR PRESTACIONES SOCIALES GENERADAS A FAVOR DEL ACTOR DENTRO DEL PERÍODO LABORADO ENTRE ENERO 15 AL 17 DE MARZO DE 2018.

TERCERO: CONDENAR A LOS DEMANDADOS CALZADO BURGOS S.A.S. Y LUZ MARINA MANCIPE RANGEL, A RECONOCER Y PAGAR A FAVOR DEL DEMANDANTE JUAN CARLOS JERONIMO PEDRAZA, TODOS LOS VALORES POR APORTES RUBRO PENSIÓN, GENERADOS A FAVOR DEL TRABAJADOR DURANTE LA RELACIÓN LABORAL DESARROLLADA ENTRE LAS PARTES DURANTE LOS SIGUIENTES PERÍODOS: .- FEBRERO 12 AL 24 DICIEMBRE DE 2011 - .- FEBRERO 6 AL 12 DICIEMBRE DE 2012. .- FEBRERO 18 AL 21 DICIEMBRE DE 2013. .- FEBRERO 17 AL 20 DICIEMBRE DE 2014. .- FEBRERO 16 AL 19 DICIEMBRE DE 2015. .- FEBRERO 15 AL 17 DICIEMBRE DE 2016. .- MARZO 20 AL 23 DICIEMBRE DE 2017. .- ENERO 15 AL 17 MARZO DE 2018; VALORES QUE DEBERÁ CANCELAR ANTE FONDO ADMINISTRADOR DE PENSIONES QUE LE INDIQUE EL DEMANDANTE.

CUARTO. DECLARAR NO PROSPERA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN PROPUESTA POR LA PARTE DEMANDADA.

2.2. Fundamento de la decisión.

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

- Establece que el actor pretende la declaratoria de un contrato de trabajo con la empresa CALZADO BURGOS S.A.S., para que se reconozca el impago de prestaciones sociales, aportes a seguridad social, dotación, indemnización por despido injusto y la existencia de acoso laboral.

- Destaca, que se aportaron como pruebas una constancia suscrita por LUZ MARINA MANCIPE RANGEL, como representante legal de la empresa, certificado de existencia y representación legal; y por la contestación se anexaron liquidación de prestaciones sociales anuales, cartas de renuncia, registro de sueldos para promediar anualmente de 2011 a 2017; concluyendo que se acepta entonces la prestación del servicio y se evidenció un salario variable dependiendo de la producción del trabajador. Señala que estos documentos están firmados como recibidos y aceptados por el actor, excepto únicamente el del año 2018.

- Expone, que la demandada acepta la existencia de una relación laboral pero niega que fuera ininterrumpida, sino que iniciaba en el mes de febrero de cada año hasta diciembre y para ello respalda su dicho con los documentos suscritos por el demandante, demostrando con ello el pago de las prestaciones sociales generadas por cada período excepto el año 2018; señalando que es ampliamente conocido el modo de trabajo por temporadas de la industria del calzado no suele dar continuidad a todos sus trabajadores.

- Sobre la liquidación del año 2018, alegó la demandada en su interrogatorio que fue autorizada por el trabajador para usar este valor con el fin de pagar deudas que tenía el actor con otros compañeros de trabajo, pero no obra prueba de esta autorización o uso efectivo de estos recursos; que se infiere de los testigos correspondía a un ahorro donde cada uno aportaba la suma de \$50.000 y se le consignaba semanalmente a uno, pero no obra prueba que dé certeza sobre este ahorro

- Evidenciada la forma en que anualmente se pagaron todas las prestaciones al trabajador, no evidencia mala fe del empleador para que de manera extra petita se imponga alguna sanción moratoria, al solo haberse pedido la sanción moratoria por no consignación de cesantías y la indemnización por despido injusto. Tampoco obra prueba alguna sobre el alegado acoso laboral, como el motivante para las renunciaciones año a año o la definitiva y no resulta procedente tampoco condena sobre dotación.

- Respecto de los aportes de seguridad social, indica no ser de recibo la justificación del empleador pues el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 establece la obligatoriedad de estos aportes por parte del empleador, no existiendo facultad de renunciar a ellos por parte del trabajador para no perder los beneficios del sisben, por lo que debe ordenarse el pago de los aportes a pensión por los períodos declarados.

3. RECURSO DE APELACIÓN

3.1 De la parte demandada

El apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Señala, que está demostrado como, pese a existir un contrato de prestación de servicios, se cancelaron oportunamente todos los derechos reclamados en las pretensiones; y está acreditado por medio de los testigos, no solo que se cancelaban oportunamente, sino que las prestaciones del año 2018 fueron pagadas acorde con los testigos a los compañeros de trabajo del actor por su autorización verbal, por obligaciones que estos mantenían con

un modelo de ahorro entre trabajadores y respecto del cual fueron enfáticos los testigos.

- Agrega, que era el demandante quien se negaba a afiliarse y a que le hicieran descuentos para el sistema de seguridad social, lo que no fue refutado por la parte actora y por el contrario se advierte que esto siempre fue aceptado sin impedimento de su parte. Que además, siempre se ha hecho mención que lo existente entre las partes fue un contrato de prestación de servicios y esto se extendió hasta la vinculación del año 2018. Por lo que solicita revocar las condenas elevadas en su contra.

3.2 De la parte demandante

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación, alegando lo siguiente:

- Que hubo una grave vulneración de su derecho de defensa y debido proceso al no habersele corrido traslado de las excepciones de mérito propuestas por la pasiva.

- Que está evidenciada la mala fe del empleador al no cancelar la liquidación final de prestaciones ni pagar las cesantías, conforme el artículo 65 del C.S.T., pese a lo cual, se decidió absolver por la sanción moratoria e inclusive está demostrado el incumplimiento a las obligaciones legales y constitucionales mínimos e irrenunciables, como fue al no consignar los aportes a seguridad social integral y por ello se desconoce la prevalencia del derecho sustancial cuando se niega que hubo mala fe desde el comienzo de la relación laboral.

- Que se opone a la absolución por la indemnización derivada de situaciones de acoso laboral, pues teniendo en cuenta la violación de las condiciones laborales como es no afiliar al trabajador a seguridad social, es evidente que estas razones llevaron al trabajador a renunciar.

- Que tampoco debió absolverse por el concepto de dotación de los años 2011 a 2018, pues pese a no presentarse dictamen sí debió tenerse en cuenta las reglas de la experiencia para imponer esa condena.

- Que debió haberse fijado el valor de las agencias en derecho, que conforme al acuerdo respectivo deben partir de las condenas a su favor y de la imposición de una obligación de hacer.

4. ALEGATOS

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

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Se encuentra acreditado el cumplimiento de obligaciones laborales por parte del empleador CALZADOS BURGOS S.A.S. hacia el trabajador JUAN CARLOS

GERÓNIMO PEDRAZA? En caso negativo, si resulta procedente la imposición de indemnización moratoria a favor del demandante.

7. CONSIDERACIONES:

En este asunto, el señor JUAN CARLOS GERÓNIMO PEDRAZA reclamó el reconocimiento de un contrato de trabajo con la demandada CALZADOS BURGOS S.A.S. el 14 de febrero de 2011 al 13 de marzo de 2018 por un salario mensual de \$2'000.000 y por el cual afirmó, no haber recibido prestaciones laborales, vacaciones, aportes a seguridad social y fue despedido sin justa causa; a lo que se opuso la demandada indicando, que la relación laboral existió, pero por períodos de tiempo de febrero a diciembre, cuando el actor renunciaba y se le cancelaban las prestaciones causadas.

Que las prestaciones de 2018 fueron usadas para pagar deudas del actor con compañeros de trabajo por su autorización verbal expresa y que este también se negaba a cotizar a seguridad social para permanecer en el Sisbén.

El juez *a quo* determinó, que documentalmente estaba acreditada la existencia de múltiples relaciones laborales por períodos de tiempo donde se cancelaron las prestaciones causadas, excepto para el último extremo y por este no se acreditó la supuesta autorización para pago de deudas, por lo que condenó por las prestaciones de enero a marzo de 2018, y por el rubro de pensiones de todos los contratos por ser de carácter irrenunciable; negando las demás pretensiones por evidenciar el pago cumplido de las demás obligaciones.

A estas conclusiones se oponen ambas partes en lo que les fue desfavorable; el actor alega que se le vulneró el debido proceso, que está evidenciada la mala fe del empleador para ameritar la sanción moratoria, que debió condenarse por la dotación, que el acoso laboral empujó a la renuncia y fijarse las agencias en derecho. Por su parte, el demandado reitera que por autorización del trabajador se abstuvo de realizar los aportes a seguridad social y destinó el pago final de prestaciones a deudas con otros trabajadores.

De conformidad con el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con los asuntos que fueron materia de apelación y por ende, aquellas controversias excluidas por las partes en sus respectivos recursos no pueden ser objeto de análisis por esta Sala de Decisión. Como es en el caso de la declaratoria de múltiples contratos de trabajo entre 2011 a 2019, pues si bien el demandado menciona en su recurso que pagaba prestaciones pese a tratarse de un contrato de prestación de servicios, desde la contestación de la demanda ya había aceptado la existencia de múltiples relaciones laborales. Por su parte, el demandante no apeló la decisión de tener como canceladas las prestaciones de 2011 a 2017.

En esa medida, procede la Sala a analizar uno a uno los temas que fueron enunciados por las partes en sus respectivos recursos de apelación, para dar respuesta al problema jurídico planteado:

a. Vulneración al debido proceso

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, expresa que en todas las actuaciones administrativas y judiciales, deberá respetarse el debido proceso, lo cual permite inferir que cuando ello no se cumple, todo el procedimiento realizado a partir del hecho vicioso, sea ilegal y consecuentemente vulneratorio de este principio. Por ello, este elemento se convierte en el primer lineamiento a seguir por parte del juez en cada una de las etapas de todo proceso.

Alega el demandante en su recurso, que en este trámite se le afectó gravemente el debido proceso al no dársele traslado a las excepciones de mérito propuestas por el demandado; sin embargo, el procedimiento de primera instancia de los procesos ordinarios laborales no contempla esta actuación, a diferencia de los procesos verbales en el Código General del Proceso. El artículo 77 del C.P.T.Y.S.S., señala que *“Contestada la demanda principal y la de reconvención si la hubiere, o cuando no hayan sido contestadas en el término legal, el juez señalará fecha y hora para que las partes comparezcan personalmente, con o sin apoderado, a audiencia pública”*; por lo que en presencia de norma expresa que dispone el procedimiento, no es procedente acudir a la remisión analógica de que trata el artículo 145 del C.P.T.Y.S.S.

Con lo anterior, queda descartado que al actor se le hubieran desconocido las garantías procesales contempladas en el ordenamiento jurídico procesal del trabajo y la seguridad social; en todo caso, cualquier otra irregularidad que se hubiera presentado quedó saneada, al no haberse interpuesto la respectiva solicitud de nulidad en la oportunidad correspondiente, como consagra el artículo 136 del C.G.P.

b. Dotación

Sobre este punto, no es procedente la entrega físicamente de los elementos cuando ya no se detenta la condición de trabajador; así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia SL1064 de 2018 dijo: *“el suministro de las dotaciones solo tiene sentido en vigencia de la relación laboral, culminada la cual, solo puede reclamarse una indemnización por el perjuicio causado debido a su falta de entrega”*.

Respecto de la justificación de esta postura, la providencia SL044 de 2021 recuerda que de vieja data, la Corte ha señalado:

“En relación con esta prestación social ha sido criterio de la Corte que “El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente. Se deriva por tanto que a la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo, más en modo alguno de aquel que se halle cesante y que por obvias razones no puede utilizarlo en la labor contratada (...)”. (Sentencia de 15 de abril de 1998, rad 10400)”

En esta medida, por la naturaleza de la dotación, la reclamación de este concepto una vez finaliza la relación laboral debe ir dirigida a compensar los perjuicios causados por no haberse entregado oportunamente y ello implica establecer un daño y el nexo causal entre este perjuicio y la ausencia de dotación.

Por lo cual, atendiendo a las reglas de la carga de la prueba, si el demandante pretendía una indemnización por este concepto debía acreditar las situaciones fácticas y aportar las pruebas correspondientes; sin que exista presunción o inferencia que ampare al trabajador, ni estando llamadas las reglas de la experiencia a suplir la ausencia de pruebas. En consecuencia, se confirmará la decisión que negó estas pretensiones.

c. Pago de la liquidación final de prestaciones

La parte demandada se opone a la condena impuesta en el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, correspondiente a la liquidación de prestaciones sociales y vacaciones del periodo del 15 de enero al 17 de marzo de 2018; alegando que realizó el pago de estas, pero destinándolo por

autorización del actor a cancelar deudas que este mantenía con otros trabajadores, precisamente a un fondo rotativo común que estos acordaron y alega que esto se encuentra debidamente demostrado mediante los testigos asomados.

Al respecto, efectivamente la testigo ANTONIA NARANJO GARCÍA manifestó que como secretaria de la empresa y encargada de realizar los pagos, la gerente recibió autorización del demandante vía telefónica para destinar su último pago y prestaciones a las deudas que mantenía con otros trabajadores, por un ahorro común que mantenían entre ellos, a lo que ella procedió personalmente; lo que confirmaría la versión de la parte demandada.

No obstante, esta clase de deducciones requieren una autorización por escrito, como contemplan diferentes artículos del Código Sustantivo del Trabajo; el artículo 59 establece entre las prohibiciones del empleador, *“Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial”*, contando como únicas excepciones la demostración de multas (Art. 113), descuentos sindicales, de cooperativas, cajas de ahorros legalmente consagradas (Art. 150), deudas con el empleador (Art. 151), financiación de vivienda (Art. 152) y cuotas sindicales (Art. 400), así como cualquier descuento que afecte el salario mínimo.

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

Sobre esta materia, la providencia SL3172 de 2021 explica:

“Al efecto, debe indicarse que el artículo 139 del CST, dispone: «A quien se hace el pago. El salario se paga directamente al trabajador o la persona que él autorice por escrito».

La disposición transcrita, establece de manera categórica que el pago del salario debe efectuarse directamente al trabajador y, en los casos en los que este autorice que se cancele a otra «persona», ello debe constar siempre por escrito, lo cual tiene como finalidad, evitar que el empleador le realice descuentos, retenciones o deducciones en forma irregular o ilegal (art. 149), buscando así proteger el mínimo de derechos y garantías que dicho estatuto consagra (art. 13), y de contera, que no se afecten los ingresos necesarios para su subsistencia.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la disposición en comentó establece la exigencia de la autorización por escrito, para aquellos casos en que los pagos se vayan a efectuar a otra «persona» diferente del trabajador (...) Debe tenerse en cuenta, que, el fin teleológico del mencionado canon 139, no es otro que el de impedir que del salario que percibe el trabajador como contra prestación de sus servicios se efectúen descuentos o retenciones indebidas en detrimento de su patrimonio”

Bajo esta línea jurisprudencial, sin perjuicio de que existan pruebas sumarias sobre la existencia de deudas del demandante con compañeros de trabajo o con un fondo común formado entre ellos, en ausencia de la autorización escrita para destinar el pago de su salario final y prestaciones a

terceros debe tenerse como ineficaz cualquier acuerdo verbal en ese sentido; debiendo conocer el empleador que era una prohibición especial consagrada en la norma, aceptar dicha autorización verbal y por ende, se confirmará la condena impuesta en primera instancia.

d. Condena por aportes a seguridad social

Apela la demandada que se le absuelva de realizar aportes al fondo de pensiones a favor del actor, alegando que se abstuvo de hacer estas cotizaciones por solicitud directa del trabajador ya que este consideraba más favorable mantenerse afiliado al SISBEN y evitar deducciones a su salario.

Al respecto debe señalarse, que la Ley 100 de 1993, creó el Sistema General de Pensiones, con el objetivo de garantizar el amparo de las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte, a través del reconocimiento de las prestaciones pensionales respectivas; por ende se trata de un sistema contributivo, cuya fuente principal de financiación corresponde a las cotizaciones sufragadas periódicamente por sus afiliados, lo cual materializa realmente los principios especiales que enmarcan la garantía de la seguridad social; acceso oportuno a la prestación, universalidad, solidaridad y eficiencia.

Es así como en el marco de relaciones de trabajo, surgen distintas obligaciones alrededor de la financiación mencionada, en consideración del vínculo pensional tripartita, del que participan (i) el trabajador, (ii) el empleador y (iii) la entidad administradora de pensiones. La situación en la que se halla el primero de estos extremos, por la naturaleza misma de la relación de trabajo, determina el alcance jurídico de las obligaciones de los demás sujetos. Así, el ordenamiento debe propender, en la mayor medida posible, por el equilibrio contractual de las partes, siguiendo la cláusula de igualdad, en armonía con la especial sujeción constitucional del derecho al empleo (artículo 13 y 25 CP).

Con la consolidación de las relaciones de trabajo, la afiliación ante el sistema de pensiones surge como el primer deber del empleador. Es la manera como se formaliza el aseguramiento de las contingencias de vejez, invalidez o muerte de los empleados, de modo que, ante la noticia de un nexo laboral, la entidad administradora respectiva se vincula para el cumplimiento de sus funciones alrededor de la salvaguarda de las garantías de la seguridad social por esos tres riesgos.

Así, este primer acto representa, en sí mismo, un auténtico derecho de los trabajadores, que se materializa con el cubrimiento en pensiones y permite el ejercicio de libertades fundamentales adicionales como lo es la escogencia voluntaria del régimen al cual desean pertenecer (el de Ahorro Individual o el de Prima Media), bajo las condiciones fijadas por el Legislador, de allí que la Ley 100 de 1993 disponga en su artículo 15 que *“todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo”* serán afiliados al Sistema General de Pensiones *“en forma obligatoria”*.

En ese sentido, la afiliación constituye una fuente formal de derechos pensionales, pero también de obligaciones jurídicas en favor de los empleados. Su cumplimiento, entre otras cosas, viabiliza la exigencia de *cotización* efectiva, a la que se refiere el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, y cuya trascendencia constitucional fue reseñada anteriormente. Las condiciones para el acatamiento de este segundo deber pensional –el de cotizar– se establecen en el artículo 22 de la Ley citada, así:

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada

afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. // El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador. // La afiliación al sistema de seguridad social de los trabajadores dependientes es una obligación en cabeza del empleador”.

Sobre este asunto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia como la SL16086 de 2015, ha recordado que la obligación de afiliar a trabajadores particulares a la seguridad social es anterior a la ley 100 de 1993, pues específicamente desde la ley 90 de 1946 el legislador estableció la existencia de un ente de seguridad social proyectando el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte como un mecanismo de protección a los trabajadores, lo cual se fue regulando e imponiendo de forma gradual y expansiva por el territorio nacional, de manera que fuera reemplazando el régimen de prestaciones que para entonces se radicaba directa y exclusivamente en cabeza de los empleadores.

De allí que la jurisprudencia en los últimos años, desarrollando los principios constitucionales que enmarcan el derecho de los trabajadores a la seguridad social, concluye que el empleador no se libera de sus responsabilidades con el trabajador cuando la falta u omisión de afiliación al sistema tiene como consecuencia una imposibilidad de acceder al derecho pensional, pues en esos casos, debe cubrir los riesgos que se materialicen.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, de la existencia de un contrato laboral, legalmente emerge para el caso del empleador, el deber de afiliación y el pago de los aportes del trabajador durante el tiempo en que se mantuvo vigente la relación laboral, pues tal y como se indicó la garantía del aseguramiento lo protege de las contingencias de vejez, invalidez y muerte; lo que constituye para el trabajador, un derecho cierto e irrenunciable. En consecuencia, no hay lugar a considerar excusa alguna para haberse abstenido de realizar estos pagos y por ende, se confirmará la condena en este aspecto.

e. Indemnización moratoria

La parte demandante se opone a que se absuelva por concepto de indemnización moratoria derivada del artículo 65 del C.P.T.Y.S.S., alegando que existe mala fe clara de la empleadora por desconocer derechos ciertos e irrenunciables no solo al finalizar la relación laboral sino en el curso de la misma, como se desprende de la omisión en cotizaciones de seguridad social.

Sin embargo, revisado el escrito de demanda, se advierte que esta pretensión no fue incluida por la parte actora; quien solo reclamó desde el principio la moratoria por no consignación oportuna de cesantías, aspecto que no fue objeto de apelación. En esa medida, no resulta procedente para esta instancia analizar la procedibilidad de la moratoria derivada del artículo 65 del C.P.T.Y.S.S., pues ello desconocería el principio de congruencia que impone expedir una decisión acorde a las pretensiones de la demanda y cuya única excepción es el reconocimiento de derechos ciertos e irrenunciables, entre los que no se encuentran las indemnizaciones moratorias.

f. Despido indirecto

Apela la parte actora que se vio forzado a renunciar por los constantes incumplimientos de su empleadora, principalmente por la ausencia de cotizaciones al sistema de seguridad social.

Se ha establecido que cuando un trabajador es obligado a renunciar por los actos u omisiones del empleador que implican el incumplimiento de las obligaciones que le impone la Ley como tal, y estas circunstancias son debidamente demostradas se configura el despido indirecto; para abordar este asunto, es muy importante tener claro lo establecido en el artículo 66 del código sustantivo del trabajo cuando dice *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”*

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

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

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

*Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que **los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador**. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato. (...)*

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

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

Siguiendo estos preceptos legales y jurisprudenciales, se advierte que a folio 57 obra la carta del 17 de marzo de 2018 donde el actor manifiesta a CALZADO BURGOS S.A.S., que presenta su renuncia voluntaria al cargo desempeñado sin condicionar o advertir situaciones desfavorables con que dar cumplida la obligación de establecer al finalizar la relación cuáles fueron los motivos para terminar de su parte la relación y que estos fueron motivados por actuaciones de la demandada. En consecuencia, se confirmará la absolución por este concepto.

g. Condena en costas

Finalmente, sobre este aspecto debe señalarse que el numeral quinto del artículo 366 del C.G.P. contempla que la *“liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*; por lo que el apoderado de la parte actora deberá interponer el recurso sobre el monto que fije el juez, en el momento correspondiente.

Fluye de lo expuesto, que ninguno de los argumentos de los apelantes está llamado a prosperar y ante ello, se confirmará íntegramente la decisión de primera instancia. Al no ser de recibo ninguno de los recursos, no habrá condena en costas de segunda instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la Sentencia del 12 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA, por lo explicado previamente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2019-00428-00
RADICADO INTERNO:	19.441
DEMANDANTE:	SONIA BALLESTEROS BOTELLO
DEMANDADO:	PROTECCIÓN Y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SONIA BALLESTEROS BOTELLO contra PROTECCIÓN y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2019-00428-00, y Radicación interna N° 19.441 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y del Grado Jurisdiccional de Consulta de la Sentencia del 20 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora SONIA BALLESTEROS BOTELLO interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y A.F.P. PROTECCIÓN para que se declare la nulidad del traslado realizado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad se ordene el traslado de todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, frutos e intereses, rendimientos y demás sumas causadas desde que se produjo el traslado y que existan en su cuenta de ahorro hacia COLPENSIONES, que se ordene a esta entidad aceptar el traslado y recibir estas sumas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere:

- Que, nació el 9 de julio de 1965. E inició cotizando al régimen de prima media desde el 22 de septiembre de 1993 al 30 de junio de 1995 por 91.29 semanas, donde permaneció hasta septiembre de 1995 cuando se afilió a PROTECCIÓN S.A., donde para agosto de 2019 ha cotizado 1205.57 semanas como profesional universitaria grado 08 de la Gobernación de Norte de Santander.
- Afirma, que en la sede de la Gobernación para 1995 se rumoraba que la caja de previsión y demás entidades se acabarían, por lo que ingresaron empleados de las administradoras privadas para asesorar la inscripción a esas entidades con sus propios cubículos, de donde abordaron a la actora indicándole el riesgo de permanecer en entidades que desaparecerían y que en los fondos privados se podría pensionar

con 90% del salario del último año y a la edad que quisiera. Por lo que aceptó la solicitud, sin que fuera informada de los riesgos del traslado o se hiciera una correcta proyección; que tampoco fue avisada del límite para decidir trasladarse y actualmente ha solicitado devolverse a Colpensiones de manera desfavorable.

- Que, conforme a la proyección realizada su mesada pensional apenas ascendería a \$378.867 en el RAIS, pero en Colpensiones equivaldría a \$2.183.470, evidenciando lo desfavorable de mantener esa afiliación indebida.

La demandada COLPENSIONES, contestó señalando que se atenía a los resultados del proceso por ser hechos ajenos a dicha entidad, pero entiende que el traslado del RPM al RAIS, tiene plena validez y la nulidad alegada debe demostrarse, pues se presume libre, voluntaria y con los requisitos de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita para generar efectos. Advirtiendo que la actora ya cumplió la edad que impide trasladarse de régimen. Propone como excepciones de mérito INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA RECLAMAR, INNOMINADA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO.

La demandada AFP PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones indicando que la entidad actuó sometida al imperio de la ley y solo puede reconocer prestaciones previamente establecidas por el legislador, siendo sus afiliaciones resultado de una asesoría profesional y transparente, con personal capacitado, orientada a explicar el sistema general de funciones y no existe prueba de los hechos alegados. Que la actora ha permanecido suficiente tiempo en el régimen para que se configure la prescripción y está fuera del límite de edad para traslado. Propone como excepciones de mérito INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE DEVOLVER COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y DESCUENTO DE SEGURO PREVISIONAL e INNOMINADA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 20 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL QUE LA DEMANDANTE LA SEÑORA SONIA BALLESTEROS BOTELLO HIZO A LA AFP PROTECCION S.A., EN SEPTIEMBRE 30 DE 1995, CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN.

SEGUNDO: CONDENAR A LA AFP PROTECCION S.A. Y PROTECCIÓN S.A., A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES QUE HUBIEREN RECIBIDO CON MOTIVO DE LA AFILIACION DE LA DEMANDANTE, COMO COTIZACIONES, BONOS PENSIONALES, SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA CON TODOS SUS FRUTOS E INTERESES COMO LO DISPONE EL ART. 1746 C.C., ESTO ES CON LOS RENDIMIENTOS QUE SE HUBIEREN CAUSADO, EN VIRTUD DEL REGRESO AUTOMATICO AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA ADMINISTRADA POR COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES QUE UNA VEZ LAS ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., DE CUMPLIMIENTO A LO AQUI ORDENADO PROCEDA A

ACEPTAR EL TRASLADO DE LA SEÑORA SONIA BALLESTEROS BOTELLO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA.

CUARTO: SE CONDENARA A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCION S.A. Y PROTECCIÓN S.A., A ASUMIR A SU CARGO LOS DETERIOROS SUFRIDOS POR EL BIEN ADMINISTRADO, EN CASO DE QUE SE HUBIESEN CAUSADO, ESTO ES, LAS MERMAS SUFRIDAS EN EL CAPITAL DESTINADO A LA FINANCIACION DE LA PENSION DE VEJEZ, POR LOS GASTOS DE ADMINISTRACION EN QUE HUBIEREN INCURRIDO, LOS CUALES SERAN ASUMIDOS DE SU PROPIO PATRIMONIO SIGUIENDO LAS REGLAS DEL ART. 963 C.C. TODO CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN A LA SENTENCIA.

QUINTO: DECLARAR NO PROSPERAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS.

SEXTO: COSTAS A CARGO DE LAS PARTES DEMANDADAS Y VENCIDAS EN JUICIO.

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que la demandante pretender el retorno al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES por nulidad e ineficacia del traslado ocurrido en septiembre de 1995 a PROTECCIÓN, con la devolución de todos los montos que conforman su capital pensional y la obligación de percibirlos.

- Que el demandante solicita la nulidad e ineficacia por vicios del consentimiento al omitir el deber de brindar información integral y adecuada sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, alegando que para la época fue engañada con situaciones como la liquidación del régimen público para convencerla de trasladarse y a ello se oponen las demandadas alegando que el traslado cumplió los requisitos legales vigentes a la fecha y surtió plenos efectos al no haber existido vicio alguno, que la condena afectaría la estabilidad financiera, solicitando en todo caso la A.F.P. que se valoren las restituciones mutuas y aclarando que para la época del traslado no se exigía la doble asesoría.

- Que está demostrado al plenario la edad de la actora, su historia pensional cotizando tanto al ISS como a PROTECCIÓN con un total de 1205.59 semanas; así mismo obran las peticiones solicitando pruebas de las asesorías, la nulidad del traslado y el retorno al régimen de prima media, con respuestas negativas.

- Para resolver de fondo el asunto, hace referencia a la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso 2015-00622, demandante Maritza Galaviz Arámbula, contra AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, el cual, fue negado por el despacho, no obstante, segunda instancia revocó en su totalidad la decisión, caso que es idéntico y en el cual concluyó el Tribunal con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al desatar dos problemas jurídicos que planteo en consideraciones, 1) si era procedente declarar nulidad de traslado de RPM al RAIS realizado por la demandante en su época y 2) si era viable y si puede promoverse en cualquier tiempo.

- Indica que esta sentencia hace referencia al artículo 97 de la Ley 100 de 1993, artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, además a apartes de la

Sentencia de rad. 46.292 de la Corte Suprema, Sala Laboral a propósito de la carga de la prueba de las AFP sobre deber de información al afiliado; en igual sentido se pronunció el Ministerio Público en su intervención, donde se expuso el deber que recaía en las administradoras de pensiones.

- Concluye entonces que como el afiliado tiene derecho a una información clara y fidedigna sobre la decisión de trasladarse de régimen, en el caso en concreto hay total ausencia de una prueba que permita establecer el cumplimiento del suministro de una veraz, completa y cierta información dada al momento del traslado al RAIS por parte del fondo y quien solo aportó el formulario, no obrando prueba de otra información en cumplimiento de su deber por parte del entonces fondo ING (hoy PROTECCIÓN); por lo que encuentra procedente declarar la nulidad del traslado acogiendo todos los lineamientos tenidos en cuenta por el superior y el Ministerio Público.

- Condena a la A.F.P. PROTECCIÓN, a la devolución de todos los valores incluyendo rendimientos y descuentos efectuados por gastos de administración, y seguros previsionales, asumiendo cualquier merma sufrida por el fondo pensional del afiliado, con la correspondiente orden de ser recibida en COLPENSIONES. Agrega que no hay lugar a la prescripción, porque jurisprudencialmente se ha señalado que esta pretensión es exigible en cualquier tiempo.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLPENSIONES

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

- Que no es procedente acceder al traslado, porque la demandante ya se encuentra en el límite de 10 años anteriores a la edad de pensión y ya tenía 54 años cuando demandó, por lo que está incurso en la prohibición legal para traslado entre regímenes desde inclusive la presentación de la demanda, momento en que inclusive tiene la edad pensional.

- Que el traslado goza de plena validez, el demandante estaba en plena facultad para trasladarse libre y voluntariamente entre regímenes pensionales bajo la libertad de elección consagrada en la Ley 100, sin que COLPENSIONES interviniera en momento alguno para la elección que realizó la demandante al estimar libremente que le era más favorable elegir un régimen de ahorro individual.

- Que la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004, donde se resalta que el límite legal para trasladarse entre regímenes es razonable y admisible para el fin perseguido, que es evitar la descapitalización del régimen de prima media.

- Que debe tenerse en cuenta la excepción de prescripción, por haber transcurrido más de 3 años desde el traslado y no está conforme con las costas pues la entidad ha actuado siempre de buena fe y con la conciencia de haber cumplido con su deber.

- Que no está conforme con la condena en costas porque la entidad ha cumplido de buena fe con sus obligaciones legales.

3.2 De la parte demandada PROTECCIÓN

El apoderado de PROTECCIÓN interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Explica que el afiliado de manera libre, y voluntaria se trasladó del ISS a Protección, amparado por la libertad de elección del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

- Considera que no es procedente ordenar la devolución íntegra de todos los dineros incluyendo gastos de administración y seguros, que fueron cobrados por disposición legal para el funcionamiento de la actividad de aseguradora, no siendo dable devolverlos pues se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado la administradora y son conceptos que no es dable restituir, pues desconoce el régimen de restituciones mutuas con frutos e intereses y desmejoras, la igualdad de condiciones entre las partes que conformaron la relación y en el caso del seguro, se trata de conceptos que estuvieron vigentes en el tiempo que duró la afiliación.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

- **PARTE DEMANDANTE:** No presentó alegatos de conclusión.

- **PARTE DEMANDADA:** La apoderada de COLPENSIONES manifestó que la entidad ha actuado conforme a las normas legales vigentes que para el presente caso pues la actora ejerció su traslado al RAIS, contando con plena validez y sin demostrar vicios del consentimiento; encontrándose actualmente en el límite legal para que no pueda cambiar de régimen y por el que no es posible recibirla. Que la entidad no intervino en su libre decisión de trasladarse, resultando inoponible cualquier actuación de terceros y que esta clase de decisiones puede afectar la capitalización del fondo público.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora SONIA BALLESTEROS BOTELLO del régimen de prima media a la administradora hacia el régimen de ahorro individual administrado por A.F.P. PROTECCIÓN? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y demás conceptos ordenados.

8. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora SONIA BALLESTEROS BOTELLO, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN, y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia porque no se evidencia que la demandada PROTECCIÓN S.A. hubiera demostrado que al momento del traslado se cumpliera con el deber de información suficiente y adecuada sobre las consecuencias de la decisión según los actuales lineamientos jurisprudencial, omisión que genera la ineficacia del traslado, debiendo restituirse íntegramente el valor del saldo de la cuenta al régimen de prima media, incluyendo los gastos de administración y rendimientos. Oponiéndose a esta conclusión las demandadas, señalando COLPENSIONES que la actora excede el límite legal y su traslado cumplió los requisitos legales, destacando que debe revisarse la seguridad financiera y la prescripción y PROTECCIÓN que cumplió la normativa vigente, que se opone a la condena para devolver íntegramente los conceptos de gastos de administración y demás descuentos legales.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga

una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

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

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

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el*

juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PROTECCIÓN; pues argumenta la demandante que suscribió el formulario por una información indebida sobre su perspectiva pensional y los efectos negativos que supuestamente tendría permanecer en el I.S.S., generando una decisión aparentemente libre y voluntaria pero viciada por su insuficiente conocimiento, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliado al entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL para 1995, donde alcanzó a cotizar 91,29 semanas como trabajadora y mediante formulario de vinculación o traslado suscrito en septiembre de 1995 se afilió a A.F.P. PROTECCIÓN y luego en formulario No. 8854402 del 22 de diciembre de 2010 se trasladó a A.F.P. ING (entidad fusionada con A.F.P. PROTECCIÓN)¹, apreciando en el recuadro de este último documento junto a la firma del demandante, la manifestación preinsertada a cada formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia. Sin embargo, la entidad demandada no aportó el primer formulario de afiliación suscrito por la actora y que es el origen de la controversia, deber procesal que le correspondía.

¹ <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/lista-fusion-afp-proteccion-e-ing-73514>

No obrando otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora BALLESTEROS BOTELLO no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones y aunque efectivamente su interrogatorio de parte no constituye prueba en su favor, no era a quien le correspondía demostrar sus manifestaciones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A. brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para septiembre de 1995 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PROTECCIÓN S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo se aportó el formato de vinculación suscrito, que se corresponde con un modelo pre-impreso, del que no se infiere con certeza que sí fuera estudiada la situación pensional particular del actor y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a SONIA BALLESTEROS BOTELLO donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

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

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una*

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

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor. Se ha concluido que PROTECCIÓN S.A. incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de septiembre de 1995, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

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

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

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

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

*“Según este artículo, **declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación.** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no*

sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

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

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

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a la AFP demandada, le asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz, por lo cual, indistinto de lo afirmado por el apoderado de PROTECCIÓN S.A. referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, es claro para esta Sala de Decisión, a partir de lo expuesto, que el A quo, no podía adoptar una decisión diferente en este sentido, dado que, la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1995 en esa entidad.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio y si bien COLPENSIONES no determinó en 1995 el traslado de la actora al régimen, que era la controversia por resolver, sí propuso excepciones de mérito y ejerció su actividad procesal contra las mismas, por lo que resulta ser vencida en este asunto y contra ella procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 20 de abril de 2021. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 por cada una.

Finalmente, se advierte que el acta expedida en primera instancia contiene un error al identificar como condenadas a AFP PROTECCIÓN y PORVENIR, sin que esta última sea sujeto procesal. Error que no se encuentra en la sentencia dictada en audiencia, por lo que se emplaza al *a quo* para las correcciones correspondientes.

9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha del 20 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ADVERTIR al Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta que el acta expedida en primera instancia contiene un error al incluir como demandada a PORVENIR, para que disponga las correcciones correspondientes.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada. Fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$250.000, a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, primero (01) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2020-00074-01
RADICADO INTERNO:	19.458
DEMANDANTE:	MARIA JULIA ORTIZ LEAL
DEMANDADO:	GLAXOSMITHKLINE CONSUMER HEALTHCARE COLOMBIA S.A.S., LISTOS S.A.S. Y VISION Y MARKETING S.A.S.

Magistrada Ponente:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas LISTOS S.A.S. y VISION MARKETING S.A.S., en contra del auto dictado en audiencia del 02 de junio de 2021, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por medio del cual no se concedió la nulidad propuesta.

AUTO

1. ANTECEDENTES

El 18 de febrero de 2020, la señora MARIA JULILA ORTIZ LEAL interpuso demanda laboral ordinaria en contra de GLAXOSMITHKLINE CONSUMER HEALTHCARE COLOMBIA S.A.S., LISTOS S.A.S. Y VISION Y MARKETING S.A.S., pretendiendo que se declare que entre ella y GLAXOSMITHKLINE CONSUMER HEALTHCARE COLOMBIA S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido, que duró desde el 01 de febrero de 2002 al 26 de diciembre de 2019, así mismo, que las otras sociedades demandadas fungieron como simples intermediarios en la contratación laboral sin manifestar esa calidad y son solidariamente responsables con las obligaciones laborales causadas de conformidad con el numeral 3. ° del artículo 35 del C.S.T., que le asiste derecho al pago de la indemnización por el despido sin justa causa y al pago de estas sumas debidamente indexadas.

Por auto del 10 de marzo de 2020 se admitió la demanda y se ordenó notificar a los demandados. El 16 de marzo de 2021 desde el correo institucional del juzgado se remitió vínculo a los correos claudia.r.rayo@gsk.com y viviana.montano@listos.com.co, por medio del cual se compartió la carpeta del proceso y se señaló que los destinatarios quedaban notificados conforme al Decreto 806 de 2020.

El 26 de marzo de 2021 desde la cuenta de correo Evelyn.Romero@bakermckenzie.com, la apoderada judicial de GLAXOSMITHKLINE CONSUMER HEALTHCARE COLOMBIA S.A.S. remitió a la cuenta de correo institucional del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta la contestación de la demanda, con sus anexos, copia de cedula y tarjeta profesional de la abogada, poder y certificado de existencia y representación legal de esa sociedad.

Posteriormente la actora presentó reforma de la demanda formulando como pretensiones principales que se declare que gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento de su desvinculación y su empleador no agotó el debido proceso en cuanto a solicitar autorización al Ministerio de trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo, y en virtud a esto se declare ilegal el despido y se condene al empleador al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se ordene su reintegro a un puesto de trabajo de igual o mejores condiciones al que tenía al momento de la terminación del contrato laboral, así mismo, se ordene a su empleador como consecuencia de la declaratoria sin efecto de la terminación del contrato laboral, al pago de los salarios, prestaciones sociales, cotizaciones de aportes a las entidades de seguridad social y parafiscalidad, a las cuales estaba afiliada, desde el 26 de diciembre de 2019, sin solución de continuidad hasta la fecha que se verifique el reintegro laboral.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se declare que entre ella y GLAXOSMITHKLINE CONSUMER HEALTHCARE COLOMBIA S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido, que duró desde el 01 de febrero de 2002 al 26 de diciembre de 2019, así mismo, que las otras sociedades demandadas fungieron como simples intermediarios en la contratación laboral sin manifestar esa calidad y son solidariamente responsables con las obligaciones laborales causadas de conformidad con el numeral 3. ° del artículo 35 del C.S.T., que le asiste derecho al pago de la indemnización por el despido sin justa causa y al pago de estas sumas debidamente indexadas.

La reforma de la demanda fue admitida por auto del 23 de abril de 2021, por medio del cual, se corrió traslado a las entidades demandadas. A través de mensaje electrónico remitido el 30 de abril de 2021, la apoderada de GlaxoSmithKline Consumer Healthcare Colombia S.A.S presentó contestación a la reforma de la demanda.

Por auto del 13 de mayo de 2021, se reconoció poder a la apoderada de GlaxoSmithKline Consumer Healthcare Colombia S.A.S, asimismo, se admitieron los escritos de contestación de la demanda y su reforma, y se señaló que las demandas LISTOS S.A.S. y VISION Y MARKETING S.A.S. no contestaron la demanda.

Posteriormente, por mensaje electrónico remitido 26 de mayo de 2021 desde la cuenta yanires.cervantes.polo@outlook.es, el abogado CARLOS ARTURO COBO GARCIA obrando en condición de Representante Judicial y Legal de LISTOS S.A.S., manifestó bajo la gravedad de juramento que la sociedad que representa no había sido notificada de manera legal del auto amisorio de la demanda y de su reforma, por lo cual solicitó que se declare la nulidad de lo actuado, señalando que al momento de presentar la demanda y su reforma, la parte actora no dio cumplimiento al inciso 4. ° del artículo 6. ° del Decreto 806 de 2020. Con este escrito allegó Certificado de existencia y representación legal de la sociedad que representa, de fecha 01 de febrero de 2021, en el cual se observa que la dirección de notificación judicial es

notificaciones@listos.com.co, así mismo, allegó constancia emitida por NOELIA LEAL LOPEZ en calidad de Directora IT de LISTOS S.A.S., por medio de la cual certifica que al buzón del correo previamente citado no llegó notificación o correo del presente proceso.

En audiencia del 02 de junio de 2021, el juez a quo, no concedió la nulidad propuesta. El apoderado de LISTOS SAS interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación y el apoderado de VISIÓN & MARKETING S.A.S. formuló recurso de apelación, el juez de primera instancia mantuvo la decisión adoptada y concedió recurso de alzada.

Con escrito de la misma fecha, el abogado CARLOS ARTURO COBO GARCIA remitió certificados de existencia y representación legal de LISTOS S.A., emitidos por la Cámara de Comercio de Cali en fechas 01 de febrero y 09 de marzo del año en curso, señalando que en ambos aparece como correo para las notificaciones judiciales: notificaciones@listos.com.co, que es diferente al utilizado por el juzgado para notificar la demanda.

También el 02 de junio de 2021, el abogado MARCO TULIO AVILA RIVERA, obrando en condición de apoderado general de la demandada VISIÓN & MARKETING S.A.S., aportó certificados de existencia y representación legal de la sociedad que representa, expedidos el 20 de octubre de 2020 y el 05 de marzo de 2021, para ser tenidos en cuenta en la apelación presentada, advirtiendo que en los mismos se puede comprobar que el correo electrónico al cual se realizó la notificación del auto admisorio de la demanda el día 16 de marzo de 2021, no es el que para la fecha se encontraba registrado en dicho certificado, el correo registrado en los mismos es notificaciones@listos.com.co.

El 29 de junio del año en curso se remitió nuevamente a las cuentas de correo claudia.r.rayo@gsk.com y viviana.montano@listos.com.co, el vínculo de acceso a la carpeta del presente proceso, y nuevamente se señaló que los destinatarios quedaban notificados conforme al Decreto 806 de 2020.

2. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL AUTO IMPUGNADO

2.1. Identificación del Tema de Decisión.

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia para resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas LISTOS S.A.S. y VISION MARKETING S.A.S., en contra del auto dictado en audiencia del 02 de junio de 2021, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por medio del cual no se concedió a decretar la nulidad por indebida notificación que fue propuesta.

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez a quo, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que a folio n. ° 108 – 109, obra documento del 12 de marzo de 2020 dirigida a JUAN FERNANDO JIMENEZ COBO, Representante Legal de LISTOS SAS, por medio del cual se hizo la comunicación de la existencia de la demanda y se puso a su disposición escrito de la demanda y sus anexos. Así mismo, que a folio 114 obra pantallazo del envío que el juzgado realizó el

16 de marzo de 2021 a las 8:24 a.m. a viviana.montano@listos.com.co, por medio del cual se compartió la carpeta del proceso.

- Que a folio n. ° 88 obra certificado de la de existencia y representación de LISTOS SAS expedido por la Cámara de Comercio de Cali el 13 de enero de 2020, donde se observa que el correo electrónico para notificación judicial es viviana.montano@listos.com.co, por lo cual se procedió a realizar la notificación a ese correo, por lo que no acepta la nulidad propuesta por el apoderado de LISTOS SAS.

- Que el Despacho realizó las notificaciones conforme lo dispone la ley, en la dirección que tenía en su momento disponible, se había aportado y se sustenta con certificado de la Cámara de Comercio de Cali.

- Frente a lo expuesto, por el apoderado de VISIÓN & MARKETING S.A.S., indicó, que la situación es la misma, por lo que no acepta la nulidad que propuso, porque se le envió la comunicación el mismo día que a LISTOS S.A.S., y obra a folio 105 el pantallazo a través del cual se compartió la carpeta del proceso.

3. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada LISTOS S.A.S. presentó recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que se está reconociendo que el envío de la notificación se hizo después de enero de este año, y no fue al correo electrónico notificaciones@listos.com.co. Así mismo, que aportó con la solicitud de nulidad una certificación del departamento de sistemas de la entidad que representa, donde se determina que el correo previamente mencionado estaba vigente al momento en que se envió la notificación, y que no ha recibido ningún tipo de notificación, ni copia de la demanda del proceso.

- Que el Decreto 806 inciso 5. ° determina simplemente que se diga bajo la gravedad de juramento que no ha sido notificado, y eso es lo que ha hecho, por lo que en aras de salvaguardar el debido proceso y la confianza legítima que tiene la sociedad que representa, así como la posibilidad de hacerse parte en el proceso y de hacer valer todas las razones de hecho y de derecho, solicita declarar la nulidad propuesta y a partir de la fecha, y se dé por notificado del auto amdisorio de la demanda, remitiéndole copia del texto a la dirección indicada, conjuntamente con la reforma y los autos.

El apoderado de la demandada VISIÓN & MARKETING S.A.S. presentó recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que la notificación se hizo a un correo electrónico que no corresponde al que tiene la empresa, que este es notificaciones@visionesmarketing.com.co. Con fundamento a lo establecido en el Decreto 806, que hace referencia a que la empresa que no ha sido notificada o ha sido notificada erróneamente puede bajo la gravedad de juramento alegar esto, lo que hizo en su momento en el escrito de nulidad que se presentó al despacho, atendiendo la necesidad de que se dé a la empresa la oportunidad de defender sus derechos con fundamento en el debido proceso y el derecho de defensa solicita se conceda apelación.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

- **PARTE DEMANDADA VISION y MARKETING S.A.S y LISTOS S.A.S.:**

El apoderado de VISION y MARKETING S.A.S y LISTOS S.A.S. manifestó que la dirección del correo electrónico donde la parte actora señala haber efectuado la notificación del auto admisorio de la demanda, es distinta a la dirección electrónica notificaciones@listos.com.co para la demandada Listos S.A.S. y la dirección electrónica notificaciones@visionymarketing.com.co para la demandada Visión y Marketing S.A.S., que se encuentran registradas ante la Cámara de Comercio de Cali para efectos de notificaciones judiciales, y que se encontraban vigentes en el momento de la supuesta práctica de la notificación.

Indicó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la notificación es un elemento primordial del debido proceso, en tanto garantiza el reconocimiento de las decisiones por parte de los interesados, limita las etapas y enmarca los términos procesales para el ejercicio de la contradicción por lo que la omisión en notificar debidamente las actuaciones del proceso, constituye una violación al debido proceso de tal envergadura, que la decisión judicial devendría en vía de hecho.

Manifestó que con la expedición del auto del 13 de mayo pasado, en el que resolvió que las sociedades que representa no contestaron la demanda de la referencia y su reforma, se ha configurado un defecto procedimental absoluto, ya que el funcionario judicial se apartó por completo, sin justificación alguna, del procedimiento legalmente establecido en el numeral 2 del Art. 291 del C.G.P, siguiendo un trámite ajeno al pertinente, y en esa medida afectó el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso. Así mismo, que no se puede pasar por alto que los artículos 29 y 228 de la Constitución Política consagran los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales.

Igualmente señaló, que, al momento de presentar la demanda y su reforma, la parte actora no cumplió con el inciso 4º del artículo 6ª del decreto 806 de 2020 y que el juez del conocimiento debió garantizar la debida integración de las personas naturales, jurídicas y/o autoridades administrativas sobre las cuales podría recaer los efectos del fallo que se pudiera dictar en el presente asunto.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

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

¿Resulta procedente declarar la nulidad por indebida notificación propuesta por los demandados LISTOS S.A.S. y VISIÓN & MARKETING S.A.S.?

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta los antecedentes anteriores, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el

artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que decida sobre nulidades procesales*”.

Así las cosas, el eje central del litigio radica en determinar si fue adecuada la notificación de la demanda, a los demandados LISTOS S.A.S. y VISIÓN & MARKETING S.A.S.

El juez de primera instancia resolvió no aceptar la nulidad propuesta porque las notificaciones de la demanda a los demandados LISTOS S.A.S. y VISIÓN & MARKETING S.A.S. se realizaron conforme lo dispone la ley, a la dirección de notificación electrónica que tenía en su momento disponible el Despacho, lo que se sustenta con los certificados de la Cámara de Comercio de Cali que fueron aportados con la demanda; conclusión que será objeto de estudio por parte de la Sala.

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, expresa que, en todas las actuaciones administrativas y judiciales, deberá respetarse el debido proceso, lo cual permite inferir que cuando ello no se cumple, todo el procedimiento realizado a partir del hecho vicioso, sea ilegal y consecuentemente vulneratorio de este principio. Por ello, este elemento se convierte en el primer lineamiento a seguir por parte del juez en cada una de las etapas de todo proceso.

Así mismo, el numeral 12 del artículo 42 y el artículo 132 del Código General del Proceso, establecen que, agotada cada etapa del proceso, el juez deberá realizar un control de legalidad para corregir o sanear los vicios que puedan configurar nulidades u otras irregularidades dentro del proceso.

Respecto a la notificación del auto admisorio de la demanda, los artículos 41 del C.P.T y de la S.S, y 290 del C.G.P, señalan que ésta se hará personalmente, de igual forma, el artículo 291 del C.G.P refiere que cuando se trata de personas jurídicas de derecho privado deberán notificarse en la dirección registrada en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, y con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica.

Seguidamente, el inciso 3° ibídem refiere que:

“La parte interesada remitirá una comunicación a quien deba ser notificado, a su representante o apoderado, por medio de servicio postal autorizado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en la que le informará sobre la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha de la providencia que debe ser notificada, previniéndolo para que comparezca al juzgado a recibir notificación dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su entrega en el lugar de destino. Cuando la comunicación deba ser entregada en municipio distinto al de la sede del juzgado, el término para comparecer será de diez (10) días; y si fuere en el

La comunicación deberá ser enviada a cualquiera de las direcciones que le hubieren sido informadas al juez de conocimiento como correspondientes a quien deba ser notificado. Cuando se trate de persona jurídica de derecho privado la comunicación deberá remitirse a la dirección que aparezca registrada en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente.

Cuando la dirección del destinatario se encuentre en una unidad inmobiliaria cerrada, la entrega podrá realizarse a quien atienda la recepción.

La empresa de servicio postal deberá cotejar y sellar una copia de la comunicación, y expedir constancia sobre la entrega de esta en la dirección correspondiente. Ambos documentos deberán ser incorporados al expediente.

Cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el Secretario o el interesado por medio de correo electrónico. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. En este caso, se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos”.

Por su parte, el artículo 29 del C.P.T. y S.S modificado por el artículo 16 de la Ley 712 de 2001 consagra:

“Cuando el demandante manifieste bajo juramento, que se considera prestado con la presentación de la demanda, que ignora el domicilio del demandado, el juez procederá a nombrarle un curador para la litis con quien se continuará el proceso y ordenará su emplazamiento por edicto, con la advertencia de habersele designado el curador.

El emplazamiento se efectuará en la forma prevista en el inciso segundo del artículo 318 del Código del Procedimiento Civil y no se dictará sentencia mientras no se haya cumplido.

Cuando el demandado no es hallado o se impide la notificación, también se aplicará lo dispuesto en los incisos anteriores, previo cumplimiento de lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. En el aviso se informará al demandado que debe concurrir al juzgado dentro de los diez (10) días siguientes al de su fijación para notificarle el auto admisorio de la demanda y que si no comparece se le designará un curador para la Litis.”

De la norma anteriormente transcrita, se tiene que el último inciso del artículo 29 del CPT y SS establece que cuando el demandado no es hallado o se impide la notificación del mismo, se le debe enviar una comunicación en la que se le informará que debe concurrir al juzgado dentro de los 10 días siguientes a notificarse personalmente del auto en cuestión y que, si no lo hace, se le designará un curador Ad Litem y posteriormente se ordenará su emplazamiento por edicto.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia se ha pronunciado sobre la relevancia de la notificación a la parte demandada, siguiendo los parámetros del Art. 29 ibídem, dado que su desconocimiento o inobservancia conllevaría a la nulidad del proceso, por existir una indebida notificación de acuerdo a la causal consagrada en el numeral 8° del artículo 133 del C.G.P. aplicable por analogía en materia laboral según las voces del art. 145 del C.P.T y de la S.S., como puede leerse en el auto del 17 de abril de 2012, dictado dentro del proceso radicado No. 41.927 Magistrado Ponente Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, en donde se indicó lo siguiente:

“Así las cosas, la notificación del auto admisorio de la demanda de revisión deberá surtirse al demandado personalmente, como lo dispone el numeral 1°, del literal A, del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, en la forma como fue modificado por el artículo 20 de la mentada Ley 712 de 2001, o bien de manera directa, como tratan los numerales 1 y 2 del artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por las razones atrás anunciadas, o bien de manera indirecta cuando se ignora su domicilio --artículo 29 del C.P.T. y de la S.S.--, no comparece a notificarse al despacho judicial respectivo --artículo 315-3 C.P.C.--, o no es hallado o se impide su notificación, a través de curador ad litem, en observancia de lo ordenado para el proceso del trabajo por el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la forma como fue modificado por el artículo 16 de la referida Ley 712 de 2001.

Y lo dicho, en criterio de la Corte, por cuanto el mencionando artículo 29 mantiene plena vigencia, dado que en manera alguna ha sido derogado o subrogado por norma posterior, y respecto de él, en juicio de constitucionalidad, la Corte Constitucional lo declaró exequible por sentencia C-1038 de 5 de noviembre de 2003, fecha muy posterior, por supuesto, a la de la entrada en vigencia de la Ley 794 de 2003 --abril 9 de 2003--, que por medio del artículo 149 modificó el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, contemplando la notificación al demandado, cuando no se puede realizar personalmente, mediante forma de aviso que contenga su fecha y la de la providencia que se notifica, el juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino, como es que parece ha asumido en el presente caso la notificación al demandado la Secretaría de la Sala, habida cuenta de los informes obrantes a folios 28 y 99 del cuaderno 2.

No sobra advertirse por la Corte que en los procesos del trabajo la única notificación de naturaleza personal que no pudiere hacerse de manera directa al demandado, o de manera indirecta a través de curador ad litem, es la prevista para las entidades públicas por el Parágrafo del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la forma como fue modificado por el artículo 20 de la Ley 712 de 2001, situación que obviamente no es la atinente al presente asunto, por tratarse aquí a quien la ley tiene como demandado del trabajador que obtuvo a su favor la sentencia dictada por la Corte cuya anulación pretende la recurrente en revisión. También, que siendo el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social una norma especial frente a las que prevén similares actos procesales en el Código de Procedimiento Civil, prevalece sobre aquéllas, además de no resultar aplicables éstas al asunto, por no darse el supuesto de que trata el artículo 145 de la dicha codificación, que es el único en el que procede la aplicación analógica de los dichos preceptos del estatuto procedimental civil.

Ante una situación similar a la aquí estudiada, en reciente providencia de 13 de marzo de 2012 (Radicación 43.579), dispuso esta Sala de Casación:

8. Dado que, mientras conserve vigencia el artículo 29 del CPTSS, no es procedente la notificación por aviso en el ámbito laboral --salvo el caso previsto por el parágrafo del artículo 41 ibidem, las advertencias al respecto hechas por la secretaría en las comunicaciones remitidas a los demandados carecen de efecto.

9. Por lo anterior, previa verificación en el expediente, la secretaría de la Sala, y, en guarda del debido proceso, deberá remitir el aviso previsto por la parte final del inciso tercero del artículo 29 del CPTSS a los demandados que recibieron la comunicación para que comparecieran a notificarse del auto admisorio de la demanda, y no hay constancia de no haber recibido aquélla (fl. 240, excluyendo a Marco Tulio Carpintero González, pues a fl. 87 --reverso, sticker- consta la inexistencia de la dirección), con la

advertencia específica que para el ámbito laboral la norma contempla: el nombramiento de curador, con quien se surtirá la notificación y se continuará el trámite del recurso”.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en los procesos en curso y los que se iniciaron luego de su expedición, se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales de los procesos ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral y familia; la jurisdicción de lo contencioso administrativo; la jurisdicción constitucional y disciplinaria; así como, ante las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales; y en los procesos arbitrales, con el objeto de agilizar los mismos y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, procurando que por regla general todas las actuaciones judiciales (como presentación de la demanda, contestación de la demanda, audiencias, notificaciones, traslados, alegatos, entre otras) se tramiten a través de medios virtuales y excepcionalmente de manera presencial, en el entendido que las disposiciones de dicho decreto se complementan con las normas procesales vigentes, las cuales siguen siendo aplicables a las actuaciones no reguladas en el mismo, esto con el fin de que los procesos no se vean interrumpidos por las medidas de aislamiento y garantizar el acceso a la administración de justicia, defensa y seguridad jurídica de las partes, y además el derecho a la salud de los servidores judiciales y de los usuarios de justicia.

En cuanto a la notificación personal el Decreto 806 de 2020 en su artículo 8. ° dispone:

“Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.

El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.

La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.

Cuando exista discrepancia sobre la forma en que se practicó la notificación, la parte que se considere afectada deberá manifestar bajo la gravedad del juramento, al solicitar la declaratoria de nulidad de lo actuado, que no se enteró de la providencia, además de cumplir con lo dispuesto en los artículos 132 a 138 del Código General del Proceso.

Parágrafo 1. *Lo previsto en este artículo se aplicará cualquiera sea la naturaleza de la actuación, incluidas las pruebas extraprocesales o del proceso, sea este declarativo, declarativo especial, monitorio, ejecutivo o cualquiera otro.*

Parágrafo 2. *La autoridad judicial, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar información de las direcciones electrónicas o sitios de la parte por notificar que estén en las Cámaras de Comercio, superintendencias, entidades públicas o privadas, o utilizar aquellas que estén informadas en páginas Web o en redes sociales.”*

De lo anterior, se desprende que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 806 de 2020, en materia laboral la notificación personal del auto admisorio de la demanda se puede efectuar con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad de enviar previamente citación o aviso físico o virtual, y que se debe enviar por el mismo medio los anexos para efectos de traslado. Así mismo, que el interesado debe afirmar bajo juramento que se entiende prestado con la petición, que la dirección electrónica o el sitio aportado corresponde a la persona a notificar, informando la forma como la obtuvo y allegando las evidencias correspondientes. Igualmente, que esta notificación se entiende realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación y que se pueden implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.

Respecto al momento en que se considera notificado el demandado cuando se efectúa dicha notificación por el procedimiento contemplado en la normativa señalada anteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-420 de 2020 se pronunció declarando exequible de manera condicionada el inciso 3 del artículo 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en el entendido de que el término allí dispuesto empezará a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje, señalando que: *...“A juicio de la Sala, este condicionamiento (i) elimina la interpretación de la medida que desconoce la garantía de publicidad, (ii) armoniza las disposiciones examinadas con la regulación existente en materia de notificaciones personales mediante correo electrónico prevista en los artículos 291 y 612 del CGP y, por último, (iii) orienta la aplicación del remedio de nulidad previsto en el artículo 8°, en tanto provee a los jueces mayores elementos de juicio para valorar su ocurrencia.”*

En el presente caso, la Sala observa que en la demanda presentada el 18 de febrero de 2020, se comunicó como dirección de notificación electrónica de las demandadas LISTOS S.A.S. y VISION Y MARKETING S.A.S., la cuenta de correo viviana.montano@listos.com.co, que aparece en los certificados de existencia y representación legal de las demandas mencionadas, que fueron aportados como anexos de la demanda y se expidieron por la Cámara de Comercio de Cali en el mes de enero del año 2020, documento en el que según el numeral 2. ° del artículo 291 del C.G.P. las personas jurídicas de derecho privado deben tener registrada la dirección electrónica con el propósito de recibir notificaciones judiciales.

Igualmente, que el 16 de marzo de 2021, estando en vigencia el Decreto 806 de 2020, a través de la cuenta de correo del Juzgado Primero Laboral del Circuito, se remitió dos veces a la cuenta de correo viviana.montano@listos.com.co el vínculo por medio del cual se compartió la carpeta digital del presente proceso y se indicó al destinatario que quedaba notificado conforme al decreto citado. No obstante, pese a la habilitación existente para realizar la notificación personal del auto admisorio de la

demanda en procesos laborales, adolece el plenario del acuse de recibido del mensaje de datos y no existe en el proceso otro medio que permita constatar el acceso del destinatario al mensaje, pues no hay certificación electrónica del mismo, de lo cual se debe deducir que las demandadas LISTOS S.A.S. y VISION Y MARKETING S.A.S. no se han notificado del auto Admisorio del presente proceso y se debe declarar la nulidad por indebida notificación.

Se advierte, que por mensaje electrónico remitido 26 de mayo de 2021, el abogado CARLOS ARTURO COBO GARCIA obrando en condición de Representante Judicial y Legal de LISTOS S.A.S., manifestó bajo la gravedad de juramento que la sociedad que representa no había sido notificada de manera legal del auto admisorio de la demanda y de su reforma, por lo cual solicitó que se declarara la nulidad de lo actuado, y allegó Certificado de existencia y representación legal de la sociedad que representa, de fecha 01 de febrero de 2021, en el cual se observa que la dirección de notificación judicial es notificaciones@listos.com.co, dando cumplimiento de esta forma a lo establecido en el inciso 5. ° del artículo 8. ° del Decreto 806 de 2020 y lo dispuesto en los artículos 132 a 138 del Código General del Proceso, con relación a la solicitud de nulidad.

También se advierte, que el 02 de junio de 2021 el abogado CARLOS ARTURO COBO GARCIA remitió certificados de existencia y representación legal de LISTOS S.A., emitidos por la Cámara de Comercio de Cali en fechas 01 de febrero y 09 de marzo del año en curso, en donde aparece como correo para de notificación judicial: notificaciones@listos.com.co. Igualmente, que en la misma fecha, el abogado MARCO TULIO AVILA RIVERA, obrando en condición de apoderado general de la demandada VISIÓN & MARKETING S.A.S., aportó certificados de existencia y representación legal de la sociedad que representa, expedidos el 20 de octubre de 2020 y el 05 de marzo de 2021, en los que se puede comprobar que el correo electrónico de notificación judicial es notificaciones@listos.com.co. Por lo tanto, será a la cuenta de correo notificaciones@listos.com.co a la que el Juzgado de primera instancia deberá remitir el auto admisorio de la demanda y su reforma, con los respectivos anexos, para que se surta la notificación personal de las demandadas LISTOS S.A.S. y VISION Y MARKETING S.A.S. y el correspondiente traslado. Esto pese a que el abogado MARCO TULIO AVILA RIVERA haya mencionado que el correo de su representada es notificaciones@visionesmarketing.com.co, pues este no corresponde al registrado en el certificado de existencia y representación legal de esa sociedad.

Respecto a lo expresado por el abogado CARLOS ARTURO COBO GARCIA relativo a que, al momento de presentar la demanda y su reforma, la parte actora no dio cumplimiento al inciso 4. ° del artículo 6. ° del Decreto 806 de 2020, observa esta Sala, que dicha afirmación es cierta y que la disposición normativa citada establece como consecuencia por su incumplimiento la inadmisión de la demanda, no obstante, en aras de no retrotraer la actuación con perjuicio de la celeridad procesal, se entiende por saneada la irregularidad presentada, al momento en que se de cumplimiento a lo ordenado en la presente providencia, pues con la notificación personal del auto Admisorio de la demanda se cumple la finalidad que busca la norma y no se viola el derecho de defensa.

En consecuencia, de lo anterior, esta Sala de Decisión Laboral procederá a declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de fecha 13 de mayo de 2021, en la cual se señaló que las demandas LISTOS S.A.S. y

VISION Y MARKETING S.A.S. no contestaron la demanda, advirtiéndose que las pruebas allegadas al proceso mantendrán su validez y se ordenará al JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA que proceda a realizar la notificación de conformidad con los lineamientos expuestos.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

Primero: Declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de fecha 13 de mayo de 2021, en la cual se señaló que las demandas LISTOS S.A.S. y VISION Y MARKETING S.A.S. no contestaron la demanda, advirtiéndose que las pruebas allegadas al proceso mantendrán su validez.

Segundo: Ordenar al Juzgado Primero Laboral Del Circuito De Cúcuta, que proceda a realizar la notificación de las demandadas LISTOS S.A.S. y VISION Y MARKETING S.A.S. de conformidad con los lineamientos expuestos en la presente providencia.

Tercero: No condenar en costas, de segunda instancia por no encontrarse trabada la Litis.

Cuarto: Devolver el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2019-00136-00
RADICADO INTERNO:	19.375
DEMANDANTE:	GIOVANNE AMADO QUINTERO SANDOVAL
DEMANDADO:	CLÍNICA MEDICO QUIRÚRGICA S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GIOVANNE AMADO QUINTERO SANDOVAL contra la CLÍNICA MEDICO QUIRÚRGICA S.A., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00136-00, y Radicación interna N° 19.375 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 1 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor GIOVANNE AMADO QUINTERO SANDOVAL, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la CLÍNICA MEDICO QUIRÚRGICA S.A., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 1 de febrero y el 21 de octubre de 2018, terminado sin justa causa y por el cual solicita pago de salarios adeudados de agosto a octubre, prestaciones sociales y vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que el 1 de febrero de 2018 suscribió un contrato de prestación de servicios DC-GH-007/18 con la CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA para desempeñarse como ESPECIALISTA EN ANESTESIOLOGÍA, prestando servicios desde el 1 de marzo de 2018 de manera personal e ininterrumpida, usando los instrumentos y herramientas de esa institución, por lo que dicho contrato se usó para encubrir una verdadera relación laboral.
- Que se presentaron 9 facturas cobrando honorarios, pero se adeudan 4 de ellas, las cuales representan el salario en contraprestación al servicio prestado y mensualmente era variable.

- Que la entidad programaba las cirugías a través de GIOVANNI QUINTERO, coordinador médico, asignando los procedimientos donde debía actuar y la coordinadora de quirófano daba las órdenes respectivas y debía estar disponible por si faltaba algún compañero.
- En septiembre de 2018 al programarle una cirugía para un sábado a las 10 de la mañana, y manifestar que podía hasta la 1 de la tarde, causó molestia por lo que el 12 de septiembre de 2018 le remitieron carta de terminación.

La demandada CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA S.A. se opuso a las pretensiones indicando:

- Que la relación con el actor era netamente civil, acorde al contrato de prestación de servicios médicos profesionales independientes allegado, finalizado al terminar su duración y por el cual se cancelaron los honorarios correspondientes. Respecto de los hechos señala que el actor prestaba servicios en diferentes entidades de la ciudad y en algunas oportunidades se le cruzaba la agenda, evidenciando su independencia y autonomía para desarrollar el objeto contractual. Propone como excepciones de mérito la CARENCIA DE DERECHO RECLAMADO, INEXISTENCIA DE OBLIGACIONES LABORALES, COBRO DE LO NO DEBIDO, MALA FE DEL ACTOR y GENÉRICA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión.

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 1 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: Declarar que entre el señor Giovanni amado Quintero Sandoval como trabajador y la entidad demandada clínica médico quirúrgica s.a. como empleadora existió un contrato de trabajo en la realidad desde el día primero de marzo del 2018 al 21 de octubre de dicha anualidad, el cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa de la entidad demandada.

SEGUNDO: Condenar a la clínica médico quirúrgica s.a. a reconocer y pagar a favor del demandante lo siguiente:

A. Por concepto de salario adecuado la suma de \$23.511.134

B. Por concepto de cesantías la suma de \$5.880.842

C. Por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$905.629

D. Por concepto de prima de servicios la suma de \$5.880.842

E. Por concepto de vacaciones la suma de: \$2.990.421

F. Por concepto de indemnización y despido sin justa causa la suma de: \$9.164.948

G. Los anteriores valores deberán ser indexados al momento en que se realice el pago por la entidad demandada.

TERCERO: Absolver a la entidad demandada clínica médico quirúrgica s.a. de la demás pretensiones incoadas en la demanda entre las cuales se encuentra la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo.

CUARTO: Condenar en costas a la parte demandada fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2. Fundamento de la decisión.

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

- Indica, que el problema jurídico gira en torno a establecer si el contrato de prestación de servicios por el cual GIOVANNI QUINTERO prestó servicios a la CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA entre el 1 de marzo y el 21 de octubre de 2018, sirvió para encubrir una verdadera relación laboral para acceder a las condenas prestacionales e indemnizaciones solicitadas.

- Explica, que partiendo de los requisitos generales de los contratos y los elementos especiales del contrato de trabajo, es la subordinación la circunstancia determinante para verificar la realidad sobre las formas suscritas y que prestado el servicio, se presume para que el demandado demuestre que realmente hubo autonomía e independencia.

- Advierte, como demostrado que el actor prestó servicios como médico especialista en anestesiología para la demandada, que mensualmente presentaba cuentas de cobro y así se acepta desde la contestación, corroborado por los testigos, lo que permite aplicar la presunción del artículo 24 del C.S.T. sin que la demandada lograra desvirtuarla pues los testigos señalaron que el actor debía estar en permanente disponibilidad, además de los turnos rotativos y sucesivos, debiendo estar pendientes para cumplir su labor sin autonomía o independencia. Agrega que los elementos usados eran de la demandada y se promocionaban los servicios del actor como parte de la actividad comercial de la entidad.

- Explica, que existen una serie de indicios, derivados de recomendaciones de la OIT sobre cuando se derivan escenarios de subordinación: que el trabajo se realiza siguiendo instrucciones y control de otra persona, la integración del trabajador en la empresa, la prestación personal del servicio indelegable, la disponibilidad permanente, suministro de herramientas, remuneración periódica y otros; que se encuentran verificados en este juicio, no siendo de recibo los argumentos de la demandada sobre que los turnos eran concertados con médicos ya que el horario es solo un indicio y puede ser acordado inclusive en un contrato realidad. Igualmente, el prestar servicios para otras clínicas no derriba la presunción, pues el C.S.T. consagra la concurrencia y coexistencia de contratos.

- Sobre los derechos prestacionales reclamados, conforme los extremos aceptados y las facturas de pago aportadas se desprenden los valores de un salario variable que promedian la suma de \$9.164.948, por lo que se condenará por concepto de salarios adeudados y prestaciones reseñados en la demanda, al no aportarse prueba del pago de los mismos.

- Respecto del despido sin justa causa, el demandante demostró que la terminación finalizó por decisión del empleador pues el demandado reconoció que el 12 de septiembre de 2018 comunicó misiva al actor finalizando el vínculo por no presentarse a un turno y no se demostró prueba que respaldara esa justificación, por lo que procede la indemnización solicitada.

- En cuanto a la indemnización moratoria, analizada la conducta del empleador se concluye que no se hace procedente, pues está acreditado su convencimiento sobre la legalidad del vínculo que lo ataba con el demandante y que no existía obligación de reconocer prestaciones laborales por la naturaleza del vínculo, creyendo que por concertar turnos existía autonomía.

3. RECURSO DE APELACIÓN

3.1 De la parte demandante

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Señala que debió condenarse por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues en este asunto se evidencia mala fe del empleador al acudir a un contrato de prestación de servicios, con cláusulas propias de subordinación como era la imposibilidad de ceder el mismo y deber de prestar personalmente el servicio, lo que impone el elemento intuición persona propio del contrato de trabajo. Igualmente, los testigos resaltan la permanencia y necesidad del servicio de anestesiología para la Clínica, pese a lo cual se intentó ocultar la relación laboral con una modalidad contractual diferente.

3.2 De la parte demandada

El apoderado de la parte demandada, presenta recurso de apelación indicando lo siguiente:

- Manifiesta, que hubo una valoración probatoria indebida por parte del Juzgado sobre situaciones como la condena por cuentas de cobro de agosto, septiembre y octubre de 2018, pues si bien no se aportó la prueba respectiva en audiencia de conciliación se aceptó por el actor que no se le adeudaban facturas de cuentas de cobro y por ende se configura una aceptación.

- Agrega, que los testigos manifestaron como en múltiples situaciones se le buscaba un reemplazo al actor, permitiendo ver que el actor manejaba a su antojo el horario y la disponibilidad, sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que los contratistas no pueden ser “ruedas sueltas” en la empresa. No demostrándose entonces que la subordinación no fuera una mera coordinación para ejecutar el contrato de prestación de servicios.

4. ALEGATOS

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

•PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte actora indica que el juez no tuvo como demostrada la mala fe de la demandada al no pagar los derechos laborales del demandante alegando una convicción certera y creíble no demostrada, de que no los adeudada pese a que vinculó al actor mediante contrato de prestación de servicios y esto fue por un indebido análisis probatorio pues desde el contrato suscrito se desprendían serios indicios de subordinación como la imposibilidad de ceder el contrato sin autorización, el elemento intuito persona, la exigencia de permanencia en la prestación del servicio y disponibilidad, entre otros que no permiten encubrir la verdadera naturaleza laboral de la relación disfrazada de mala fe en otra vinculación. Respecto del recurso de la demandada, reclama que carecen de fundamento pues solicita que se valore una manifestación durante una audiencia de conciliación y que las pruebas recopiladas permiten corroborar los elementos del contrato de trabajo, especialmente la subordinación.

•PARTE DEMANDADA:

No presentó alegatos.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

- ¿Se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el señor GIOVANNE AMADO QUINTERO SANDOVAL y la CLÍNICA MEDICO QUIRÚRGICA S.A.?
- ¿Se acreditó la cancelación de las facturas de pago por servicios prestados de agosto a octubre de 2018?
- ¿Resulta procedente la imposición de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. al demandado?

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si entre el demandante GIOVANNE AMADO QUINTERO SANDOVAL y la entidad CLÍNICA MEDICO QUIRÚRGICA S.A., existió un contrato de trabajo entre el 1 de marzo al 21 de octubre de 2018, y si en su alegada condición de empleador el demandado tiene la obligación de reconocer los derechos prestacionales e indemnizatorios reclamados en la demanda.

El juez *a quo* determinó que evidenciada y aceptada la prestación de servicios personales del actor, no se aportaron pruebas que permitan validar que

realmente se ejecutaron los contratos de prestación de servicios suscritos con autonomía e independencia, por lo que realmente sirvieron para encubrir una relación laboral condenando a salarios, prestaciones y despido injusto, pero absolviendo por sanción moratoria. A lo cual presenta apelación la parte demandada respecto de la existencia del contrato de trabajo y negando que se adeuden facturas de cobro, mientras el demandante pretende condena por indemnización moratoria.

De manera preliminar, debe señalarse, que en virtud del principio de consonancia fijado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., la competencia de esta Sala de Decisión se circunscribe en las materias apelada: la declaratoria de contrato realidad, los salarios adeudados y las sanciones moratorias. No siendo procedente analizar la liquidación de las prestaciones realizada en primera instancia, por no haber sido cuestionada por ambas partes y tampoco el despido injusto, en caso de corroborar la existencia de un contrato de trabajo realidad.

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

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

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es a cargo del empleador desvirtuarla. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades, entre estas en la Sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa, que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues esta se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

De lo anterior, se extrae que, probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume y compete ejercer plena actividad probatoria a la parte demandada que excepciona la inexistencia del contrato de trabajo; complementando esta teoría, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-20683 de 6 de diciembre de 2017, radicación No. 56.313, en lo referente al principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del Código sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, reitera lo ya expuesto y concreta que quien se abroga la calidad de trabajador debe demostrar al menos dos aspectos: la prestación personal del servicio y los extremos temporales en que afirma haberlo desarrollado, con los elementos

de juicio suficientes para convencer al Juez y al tiempo permitir que el demandado tenga información suficiente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, siendo a partir de estas reglas que el juez debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omite su deber procesal.

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

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: *“...Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”*. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: *“(...) El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo”*. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que:

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

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

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

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

- Certificado de existencia y representación legal de CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA S.A., donde consta que su principal actividad es la de hospital y clínica con internación.
- Contrato civil de prestación de servicios de salud profesionales independiente entre la CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA S.A. y GIOVANNE AMADO QUINTERO SANDOVAL, para la prestación de servicios de especialidad de Anestesiología, por valores derivados de las actividades desplegadas en el mes, suscrito el 30 de diciembre de 2017 para iniciar el 1 de febrero de 2018 por un término de 11 meses.
- Cuentas de cobro presentadas de la siguiente manera:
 - \$291.456 por faltante de octubre de 2018
 - \$7.638.032 por abril de 2018

- \$9.679.070 por mayo de 2018
- \$15.387.340 por junio de 2018
- \$10.405.800 por julio de 2018
- \$8.410.024 por septiembre de 2018
- \$8.889.316 por octubre de 2018
- \$5.920.338 por agosto de 2018
- \$3.948.768 por marzo de 2018

- Correo electrónico remitido por Yolimar Durán (utcmq@cmqcucuta.com) – Profesional contable, al actor informándole reporte de consultas del mes de septiembre de 2018.
- Listado de turnos CMQ SANTA LUCÍA OCTUBRE DE 2018, donde consta el actor en turnos de urgencias y cirugías programadas.
- Listado de turnos de anestesiólogos de junio de 2018, donde consta el actor en turnos de urgencias y cirugías, suscrito por Dr. Edgar Jaime Pacheco – responsable de programación.
- Diferentes calendarios de turnos quirúrgicos donde se designa como anestesiólogo al actor.
- Oficio del 12 de septiembre de 2018, suscrito por Nancy Yaneth Roa Arenas – Subgerente General de la demandada, notificando al señor QUINTERO SANDOVAL que se ejercía la cláusula de aviso unilateral en cualquier momento con 30 días de antelación, por la causal de terminación de suspensión en la prestación de servicio sin justa causa, finalizando desde el 21 de octubre de 2018.
- Oficio del 26 de marzo de 2018 suscrito por la Gerente de la Clínica, contestando petición del actor indicando que la entidad no programa horarios sino que coordina la cobertura del servicio de anestesiología, de manera libre, voluntaria y acorde a las posibilidades de los contratistas.
- Facturas de cancelación de servicios:
 - 3 de agosto de 2018 por \$2.487.724, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios marzo 2018”)
 - 3 de agosto de 2018 por \$1.066.167, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios marzo 2018”)
 - 20 de septiembre de 2018 por \$4.811.960, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios abril 2018”)
 - 20 de septiembre de 2018 por \$2.062.269, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios abril 2018”)
 - 12 de octubre de 2018 por \$2.613.349, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios mayo 2018”)
 - 12 de octubre de 2018 por \$6.097.814, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios mayo 2018”)

- 13 de noviembre de 2018 por \$9.694.024, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios junio 2018”)
 - 13 de noviembre de 2018 por \$4.154.582, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios junio 2018”)
 - 2 de enero de 2019 por \$2.809.566, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios julio 2018”)
 - 2 de enero de 2019 por \$6.555.654, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios julio 2018”)
 - 22 de febrero de 2019 por \$3.729.813, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios agosto 2018”)
 - 22 de febrero de 2019 por \$1.598.491, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios agosto 2018”)
 - 16 de abril de 2019 por \$15.831.716, señala pago por transferencia electrónica (anotado a lápiz “honorarios septiembre y octubre 2018”)
- Certificado de retención en la fuente por 2018, señalando que la base de retención fue \$70.278.688 y el valor retenido de \$7.027.869.
 - Interrogatorio de parte absuelto por FREDDY CONTRERAS MEJÍA, representante legal y gerente de CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA, quien manifestó conocer al actor como anestesiólogo de la entidad en los turnos que él mismo definía y se coordinaban con los otros anestesiólogos, siendo el vocero de estas decisiones el Dr. EDGAR JAIME PACHECO (también contratista). Usualmente entre ellos se cubrían los turnos cuando no podían acudir. Explica que sí es una labor propia de la naturaleza de la entidad, pero no se maneja el concepto de disponibilidad sino los turnos que acuerdan los contratistas.
 - Interrogatorio de parte absuelto por el demandante GIOVANNE AMADO QUINTERO SANDOVAL, quien manifestó haberse sentido maltratado por un despido injusto y un contrato realidad encubierto, explicando que cada 6 días tenía 24 horas en la clínica y cuando no podía asistir debía buscar quien lo cubriera, pero si no lo lograba debía presentarse. Niega que pudiera escoger los días en que asistía, sino que eran las asignadas por el Dr. JAIME PACHECO siguiendo la secuencia de 6 días, pues eran 6 anestesiólogos. Acepta que laboraba en otras entidades clínicas, con el Dr. CAMARGO quien sí cancelaba prestaciones laborales y prestaba servicios por el sindicato en el Hospital Erasmo Meoz. Explica que los honorarios eran variables dependiendo los pacientes, y cuando no había pero se quedaban en la noche les pagaban la disponibilidad, como puede verse en los correos electrónicos.
 - Testimonio rendido por CARLOS VILLAR RAMÍREZ, quien aceptó conocer al actor como colega desde 2012, que laboraron juntos en la CLÍNICA MEDICO QUIRÚRGICA por unos meses de 2018 cree que de

mayo a agosto. Sobre los turnos, explica que había un horario y una programación que salía todos los meses de la clínica, definiendo los mismos, siendo organizados por EDGAR JAIME PACHECO. Que cada cual debía responder por el turno y horario asignado, así como estar disponible en la noche para los llamados si lo solicitaban. Señala que por tener disponibilidad en la noche les pagaban una suma, así no acudieran. Que los cambios de turno debían ser informados. Acepta que también laboraba para otra clínica, pero él ajustaba su horario en la otra entidad para cumplir con el programado para la demandada, pero si los turnos se cruzaban se solicitaba el cambio.

- Testimonio rendido por ALEJANDRO CAMARGO OROZCO, quien manifestó haber sido gerente en MEDINORTE CUCUTA IPS SAS y allí laboró con el actor, pero no ha sido empleado de la demandada, sino que operaban conjuntamente la unidad de cuidados intensivos y otras unidades de la IPS UNIPAMPLONA. Explicó que como contrato de prestación de servicios tuvo un vínculo con el actor por 2016-2017 y luego fue un vínculo laboral directo, por horas mensuales según el horario organizado. Conocía que, como varios especialistas en la ciudad, el actor laboraba en otras entidades. Que distribuía los turnos en ciclos rotativos y por ello podían acudir a las mismas.
- Testimonio rendido por LEIDY KARINA BARAJAS, quien indicó que conocía al actor como anestesiólogo mientras ella también laboró allí como profesional en gestión humana, donde se desempeñó de 2016 a 2019. Que el actor ingresó en febrero de 2018 mediante contrato de prestación de servicios, que el grupo de anestesiólogos presentaba los turnos en que podían asistir, que dependía de las otras entidades donde laboraban, se reportaban al principio de mes y se finalizó el contrato porque no asistió a uno de esos turnos, generando que no se realizaran unos procedimientos y eso llevó a la decisión de finalizar el contrato. Que no le constaban pagos por disponibilidad nocturna, y el Dr. EDGAR PACHECO era otro anestesiólogo contratado por prestación de servicios, quien era por lo general era el que entregaba los turnos pactados entre ellos. Que solo podían cambiar turno entre los anestesiólogos contratados por la empresa.
- Testimonio rendido por DANIEL MENDOZA LIZCANO, quien conoce al actor desde 2010 y también es anestesiólogo, señaló que fue médico también de la demandada entre febrero de 2018 y junio de 2019. Explica que EDGAR JAIME PACHECO era el coordinador, organizaba el horario y se le informaban los cambios de horarios. La clínica llevaba un turno de 24 horas cada 6 días, para cada uno de los 6 anestesiólogos, durante las noches se estaba disponible a cambio de \$400.000, entonces durante el día se pagaba por cada procedimiento y en la noche además ese valor adicional a cada procedimiento. El día anterior se informaba las cirugías programadas, y si no había quedaba atento por si lo llamaban. Que se organizaban por EDGAR JAIME PACHECO, pero ya se sabía que tocaba generalmente cada 6 días, aunque si no podía ir por imposibilidad lo cambiaba previo aviso a la clínica y coordinador, con otro anestesiólogo. Sobre la terminación del vínculo, recuerda que el actor tenía disponibilidad pero no habían cirugías programadas, que lo llamaron para una que llegó y él les comentó que prefería programarla en la tarde, pero la Clínica quería

hacerla en la mañana, generándose una discusión que derivó en la desvinculación.

- Testimonio rendido por EDGAR JAIME PACHECO, explica que conoce al actor como colega y que ha trabajado en diferentes lugares junto a él, así como que labora en la entidad demandada desde hace más de 20 años. Que los anestesiólogos que laboran en la clínica, se organizan para informar a la entidad su disponibilidad dependiendo del tiempo que tienen y se intenta cuadrar una secuencia de días, pero no es fija porque se puede cambiar entre ellos cuando no se puede asistir lo que se intenta cuadrar por un chat grupal de WhatsApp, pero hace muchos años él ha sido el encargado de organizar esos turnos por petición o favor de la anterior representante legal y lo ha venido haciendo desde entonces para efectos de organización. Explica que la remuneración depende de la cantidad y tipo de procedimiento. Acepta que la clínica reconoce un valor de \$400.000 por disponibilidad en jornada nocturna y festiva, indicando que si está en esa disponibilidad debía presentarse so pena de afrontar las consecuencias respectivas, pero las desconoce porque nunca ha faltado.

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

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

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios y aceptada por la demandada la prestación personal del servicio, esta Sala procederá a analizar si las conclusiones del *a quo* fueron acertadas respecto de la demostración de los elementos constitutivos del contrato de trabajo encubierto por un contrato de prestación de servicios de carácter civil o si el demandado ejerció adecuadamente la carga de la prueba para establecer que dicho contrato se ejecutó con plena autonomía.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en proveído SL1389 de 2020 explica:

*“respecto al debate de orden jurídico, resulta oportuno aclarar que, **el elemento diferenciador entre el***

contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador en el artículo 23 del CST al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle 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 de duración del contrato».(...)”

En ese sentido, la apoderada de la entidad demandada considera que hubo una indebida valoración probatoria pues se demostró que el actor manejaba su horario y disponibilidad a su antojo, así como que en todo caso la coordinación con la entidad es necesaria para un adecuado ejercicio de lo contratado.

En providencias como la SL2204 de 2015, SL13020 de 2017 y SL1382 de 2020, se ha explicado por la Sala de Casación Laboral que en contratos civiles puede ejercerse auditoría, inspección, supervisión o evaluación de cumplimiento e inclusive pedir informes o generar instrucciones para una adecuada coordinación, mientras no se desborde su finalidad.

Más recientemente, en providencia SL3345 de 2021 se exponen de manera detallada una serie de parámetros que permiten identificar si el ejercicio de control sobrepasa los límites que separan el contrato laboral del civil; al señalar:

“Sobre este asunto en particular, es oportuno señalar que en su más reciente jurisprudencia (CSJ SL2885-2019, CSJ SL4479-2020, CSJ SL5042-2020 y CSJ SL1439-2021) la Corte ha reconocido que en los casos dudosos o ambiguos en los que la subordinación no encaja en la forma en que tradicionalmente se ha entendido, es importante tener en cuenta la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, que compila un haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta. Precisamente en la citada decisión CSJ SL5042-2020 se indicó que un factor indicativo de la subordinación es que la persona preste un servicio fundamental dentro de la organización o estructura de la empresa. Así lo adocrinó la Sala:

*Por lo anterior, al Tribunal le asistió plena razón al tener en cuenta como premisa indicativa de la subordinación, en contravía de la no autonomía e independencia, el hecho de **que el fallecido prestaba un servicio fundamental dentro de la estructura de la empresa**. Ese factor indicativo del contrato de trabajo, en el plano de la realidad, ha sido aplicado por esta corporación en anteriores oportunidades (CSJ SL2885-2019), además de que ha sido consagrado en la Recomendación 198 de la OIT, que sirve para informar la orientación de la Corte y que señala como parámetro determinante de una relación de trabajo el hecho de que se cumplan labores que implican «[...] la integración del trabajador en la organización de la empresa [...]», tal y como ya lo adocrinó la Sala en la sentencia CSJ SL 4479-2020.*

Asimismo, en la reciente sentencia CSJ SL1439-2021 la Corte recopiló varios indicios que la jurisprudencia ha identificado, sin que ello, se reitera, se entienda como reglas exhaustivas dado el carácter dinámico y circunstancial de las relaciones de trabajo, pero que se relacionan con los mencionados en el referido instrumento internacional, así:

*(...) **la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona** (CSJ SL4479-2020); **la exclusividad** (CSJ SL460-2021); **la disponibilidad del trabajador** (CSJ SL2585-2019); **la concesión de vacaciones** (CSJ SL6621-2017); **la aplicación de sanciones disciplinarias** (CSJ SL2555-2015); **cierta continuidad del trabajo** (CSJ SL981-2019); **el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo** (CSJ SL981-2019); **realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio** (CSJ SL4344-2020); **el suministro de herramientas y materiales** (CSJ SL981-2019); **el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios** (CSJ SL4479-2020); **el desempeño de un cargo en la estructura empresarial** (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); **la terminación libre del contrato** (CSJ SL6621-2017) y **la integración del trabajador en la organización de la empresa** (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).”*

Aplicando estos preceptos al caso concreto, lo primero que debe destacar la Sala es que la labor contratada al demandante – médico especialista en anestesiología – se identificó por parte de los testigos y el mismo representante legal de la demandada como una necesidad permanente para la entidad, y como indispensable para la prestación de los servicios propios de su naturaleza comercial. En efecto, la CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA contrató al señor QUINTERO SANDOVAL para que fuera anestesiólogo en los servicios médicos que ofrece a sus usuarios y según se explicó, para ese momento mantenía contrato con 6 anestesiólogos y cada uno ocupaba un turno diario de 24 horas, siendo una necesidad permanente.

Ahora bien, frente a la concesión de horarios, del relato de los diferentes testigos se pueden extraer las siguientes conclusiones: El Dr. EDGAR JAIME PACHECO, también contratista de la demandada hace casi 20 años, recibió encargo de la anterior representante legal para organizar con los demás anestesiólogos los turnos en que iban a desempeñarse; estos turnos se acostumbra a conformarse por espacios de 24 horas que se suceden entre los diferentes anestesiólogos y se repiten consecutivamente; para 2018, según coinciden todos los relatos, los 6 anestesiólogos estaban ajustados a una repartición de su turno diario cada seis días; en caso de no poder asistir, debían buscar quien los cubriera y esta persona debía ser otro anestesiólogo de la misma demandada.

Igualmente, quedó demostrado por el relato de los anestesiólogos que declararon: CARLOS VILLAR RAMÍREZ, DANIEL MENDOZA LIZCANO y EDGAR JAIME PACHECO, que además del turno estaban en disponibilidad algunas noches, por lo cual recibían una remuneración fija así no hubiera cirugías.

Esto permite evidenciar que, si bien existía cierta coordinación previa entre los diferentes anestesiólogos para la asignación de turnos, esta se ajustaba a la imposición de una jornada y turno por parte de la demandada; que este debía cumplirse objetivamente y el servicio debía prestarse personalmente por el actor, solo siendo dable que de manera previa indicara su

imposibilidad, pero habiendo acordado con otro anestesiólogo contratado el cambio de turno. Lo que descarta que existiera total autonomía e independencia en el manejo de horario por el actor, a lo que se adiciona el hecho de que debía estar en disponibilidad durante ciertos turnos para asistir si era necesitado y que se le cancelaba por el mero hecho de esta disponible.

Sin embargo, estima la Sala que el elemento determinante para descartar la autonomía alegada por el apelante es el motivo de la terminación del contrato; en efecto, los diferentes relatos de los testigos permiten concluir que, durante una disponibilidad de fin de semana se solicitó la asistencia del actor para una cirugía no programada y este no pudo asistir, por lo que no pudo realizarse y la entidad decidió acudir a la cláusula contractual que le permitía finalizar el contrato con un preaviso de 30 días, alegando que hubo una suspensión sin justa causa de la prestación del servicio.

Esta decisión, permite evidenciar la exigibilidad de los horarios, turnos y disponibilidades de la CLÍNICA, que podía acudir libremente a terminar el contrato cuando dispusiera, que se aplicó una especie de sanción por la inasistencia del actor a un solo turno, que su asistencia era entonces supervisada y controlada; todos, indicios claros de una relación dependiente y subordinada. A lo que se suman situaciones como que la clínica era la única beneficiaria, que era esta quien suministraba las herramientas de trabajo y que el servicio prestado era connatural a su objeto social.

Fluye de lo expuesto, que no asiste razón a la apelante pues las pruebas en lugar de desvirtuar el elemento de la subordinación, refuerzan la presunción que benefició al trabajador cuando demostró la prestación de servicios; por lo que se confirmará la decisión de primera instancia que declaró el contrato de trabajo entre las partes.

Procediendo al siguiente problema jurídico, reclama la apelante que sí acreditó el pago de las facturas de pago por servicios prestados de agosto a octubre de 2018 y que, en todo caso, este fue aceptado por el actor durante la audiencia de conciliación.

Sobre esta clase de inferencia derivada de las audiencias de conciliación, la Sala de Casación Laboral en criterio asentado desde Rad. 13.400 del 26 de mayo de 2000 y reiterado en SL1579 de 2021, estableció que “*las manifestaciones que realizan las partes durante la audiencia de conciliación no constituyen per se, confesión*”, explicado así:

*“a) No todas las afirmaciones hechas por las partes en el discurrir de una conciliación constituyen confesión. En múltiples ocasiones se ha sostenido, y ahora se reitera, que **las declaraciones del trabajador o las del empleador en el juego de ofertas y contrapropuestas, a cuyo objetivo se dirige el acto conciliatorio, sobre los hechos y razones que fundamentan sus posiciones para reclamar o rechazar un determinado derecho no constituyen confesión**. Ello, en aras de propiciar que tanto el uno como el otro asistan con buen ánimo, amplitud y espontaneidad a discutir abiertamente los derechos controvertidos; de lo contrario, se verían ambos constreñidos a hacer renunciaciones, rebajas u ofrecimientos específicos, por el temor de ser declarado confeso respecto de puntos que para ellos eran discutibles;*

b) En cambio, las declaraciones rendidas en la diligencia conciliatoria por alguno de los intervinientes, sí es probable que se constituyan en prueba

de confesión, si del texto concreto examinado no se aprecian vinculadas de manera directa con las propuestas mismas, siempre y cuando reúnan los requisitos que las reglas procesales exigen.”

Al respecto, debe indicarse en primer lugar que revisado el audio de la audiencia de conciliación no se desprende ninguna manifestación concreta del demandante sobre que efectivamente hubiera percibido el pago de todas las cuentas de cobro por sus honorarios; en dicha diligencia, el actor indica que pretende conciliar por las prestaciones adeudadas y el despido injusto, pero la demandada señala que ha cancelado todas las cuentas de cobro presentadas sin adeudar ningún concepto. A lo que procede el Juez a declarar la conciliación fracasada, sin que el actor aceptara en manera alguna lo indicado por la demandada.

Ahora bien, aunque en el plenario se aportaron comprobantes de egreso de cuyo contenido se desprende que se reconocieron y pagaron las cuentas de cobro presentadas por el actor mediante transferencia electrónica, el certificado de depósito derivado de esa actividad bancaria no se aportó; quedando incompleto el medio de prueba que hubiera permitido comprobar con certeza la materialización del pago, pues solo se evidencian documentos derivados y realizados por la misma empleadora.

Ante ello, no se revocará la condena impuesta en el literal A del numeral segundo de la parte resolutive de la providencia apelada; sin embargo, se advierte que si el actor ya percibió estos emolumentos, no puede pretender por falta de prueba su doble pago pues ello implica un abuso del derecho y un enriquecimiento sin causa, por lo que en caso de ya haber percibido el pago debe abstenerse de ejecutar su cobro.

El último problema jurídico por abordar es la apelación de la parte demandante, dirigida a reclamar por la absolución sobre la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

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

Por su parte, el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 estableció que *“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*; siendo necesario advertir que como la relación del actor finalizó el 21 de octubre de 2018, las cesantías causadas debieron pagarse como parte de las prestaciones finales pues no surgió el deber de consignarlas al fondo de cesantías y por ende, esta

pretensión era improcedente, por lo que exclusivamente se analizará la causación de la señalada en párrafo anterior.

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

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

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

Sobre la forma de valorar la mala fe, la sentencia SL11436 del 29 de junio de 2016 (Rad. 45.536 y M.P. GERARDO BOTERO) hace un recorrido sobre los precedentes que debe seguir todo funcionario judicial al estudiar la imposición de la indemnización moratoria; destacando que algunos elementos a tener en cuenta son la conducta del empleador, tanto en el desarrollo de la relación como con su finalización, esto es, *“en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder”*, recordando que en decisiones previas se dieron algunos parámetros como la necesidad de evaluar *“si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos”*, también si *“éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento”*.

En el presente caso, señaló el *a quo* que no se evidenciaba mala fe de la demandada por cuanto se abstuvo de pagar prestaciones sociales por estar frente al convencimiento de no adeudarlos por existir un contrato de prestación de servicios de índole civil y el apelante señala que esto no es creíble porque desde su mismo clausulado se desprenden situaciones claramente subordinantes.

Al respecto, estima la Sala que durante la etapa probatoria quedó plenamente acreditado que efectivamente la CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA siempre actuó con el pleno convencimiento de que el vínculo con el actor no era de índole laboral y que, bajo esta firme creencia, se abstuvo de reconocer prestaciones sociales. Nótese que todos los testigos anesthesiólogos aceptaron haber estado vinculados bajo la misma modalidad y que la misma se ha ejecutado desde hace casi dos décadas.

Además, durante su ejecución el actor no presentó ninguna reclamación de naturaleza prestacional, radicó sus cuentas de cobro siguiendo el procedimiento aceptado e inclusive la demandada finalizó el contrato alegando una cláusula aceptada por ambos en el clausulado. No se evidencia tampoco intención de permanencia para defraudar al actor, pues esta fue su primera vinculación con la demandada y no se prorrogó sino que finalizó antes de tiempo.

Estas circunstancias permiten concluir, que pese a la declaratoria del contrato realidad, el impago de prestaciones está supeditado a la convicción de la demandada de que estos eran ajenos a la clase de relación que tenía con el actor; por lo que se confirmará el numeral tercero de la providencia impugnada.

Al no prosperar los recursos de apelación de ambas partes, no habrá condena en costas de segunda instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la Sentencia del 1 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS de segunda instancia, por no prosperar los recursos interpuestos por ambas partes.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2019-00475-01
RADICADO INTERNO:	19.501
DEMANDANTE:	DUMAR SMITH SANTANDER RAMIREZ
DEMANDADO:	FABRICA DE BOLSAS DEL CARIBE S.A.S.

Magistrada Ponente:

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra del auto dictado en audiencia del 10 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

1.AUTO

1.1 ANTECEDENTES

El señor DUMAR SMITH SANTANDER RAMIREZ interpuso demanda ordinaria laboral contra la FABRICA DE BOLSAS DEL CARIBE W.L. S.A.S., pretendiendo el pago de salarios, auxilio de transporte, indemnización por despido injusto, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotación, subsidio familiar y los aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, así mismo, la indemnización plena de perjuicios (daño emergente, lucro cesante) como consecuencia del daño ocasionado al sufrir ESPODIDOLISIS L5 / S1 por culpa patronal y que se ordenara ser valorado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Como fundamento factico de sus pretensiones relató:

- Que trabajó para la demandada desde el 21 de enero de 2019 al 01 de julio del mismo año, por un salario mínimo, con contrato a término indefinido, desempeñándose como Ayudante de Extrusión y otras actividades requeridas por el empleador.
- Manifestó, que al momento de realizarse los exámenes de ingreso se encontraba en óptimas condiciones de salud, tanto física como mentalmente, resultado que obtuvo nuevamente al realizar los exámenes de egreso después de que el 1. ° de julio de 2019 la

demandada de manera unilateral diera por terminado el contrato de trabajo.

- Que posteriormente se enlisto para ingresar a la Policía Nacional y al momento del hacerse el examen médico ordenado por esa institución, el médico radiólogo le determinó que tenía ESPODILOLISIS L5 / S1; por lo anterior, se dirigió a realizar el respectivo reclamo a la empresa demandada y al médico JORGE MENDOZA CASADIEG, que fue el radiólogo que le practico el examen de egreso, enterándose que en ese examen salió con esa afectación y que por eso se lo cambiaron con otro examen de la EPS TRANSALIM, en el cual resultó que estaba en perfectas condiciones e indicó que esto quiere decir que este último examen fue adulterado y debido al resultado de egreso que se le comunicó fue que realizó gastos para ingresar a la Policía por valor de tres millones de pesos.
- Así mismo, señaló, que de los exámenes de ingreso y egreso citados se infiere que el origen de los daños que padece se originó por la labor que desempeñaba para la empresa demandada, porque no le proporcionaron los elementos requeridos para la protección y esto le ocasiono lesiones musculo-esqueléticas y dorso-lumbares por el sobreesfuerzo, por lo que existe culpa patronal porque no se le suministro la dotación necesaria para ejecutar la actividad, no fue instruido y no le dieron el curso de prevención d riesgos laborales en materia de manipulación manual de cargas.

La parte demandada a través de apoderado judicial, al contestar la demanda manifestó:

- Oponerse a cada una de las pretensiones por carecer de fundamento factico y legal porque el demandante no sufrió ninguna dolencia durante al relación laboral, ni accidente de trabajo que diera como resultado lo que afirma en la demanda, no desempeñaba la labor que señaló, ni fue despedido pues presentó renuncia voluntaria, así mismo, que el actor fue capacitado para la labor que desempeñó, por lo que no le asiste ninguna derecho a reclamar.
- También señalo, que fue voluntad del empleado renunciar y alistarse para el ingreso a la Policía. Propuso como excepción previa la inexistencia de la sociedad demandada por encontrarse disuelta y liquidada, con matrícula mercantil cancelada. También propuso como excepciones el pago, la buena fe y la innominada.

En audiencia del 10 de septiembre de 2021, el juez a quo declaró probada la excepción previa de inexistencia de la parte demandada, dio por terminado el proceso y no impuso condena en costas.

1.2 ANTECEDENTES RELEVANTES DEL AUTO IMPUGNADO

1.2.1 Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto dictado en audiencia del 10 de septiembre del año en curso, proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante el cual se declaró

probada la excepción previa de inexistencia de la FABRICA DE BOLSAS DEL CARIBE W.L. S.A.S. y se dio por terminado el proceso.

1.2.2 Fundamento de la Decisión.

El juez a quo, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que el apoderado judicial de la persona natural WILSON LOZANO CIFUENTES planteo como excepción previa la inexistencia de la sociedad demandada, fundamentando sobre el hecho cierto de que esta se encuentra disuelta y liquidada, y su matrícula mercantil cancelada, conforme se evidencia del certificado de existencia y representación legal allegado junto a la contestación de la demanda; frente a lo cual se opuso la parte demandante advirtiendo que conforme a las pruebas allegadas en la demanda se evidencia que efectivamente el empleador es la FABRICAS DE BOLSAS DEL CARIBE W.L. S.A.S., existente y quien debe responder por las pretensiones de la demanda, máxime si se tiene en cuenta que su representante legal respondería por tener ese cargo al momento de suscribir los documentos por los cuales se vinculó al demandante a realizar laborales en la entidad demandada y por los perjuicios que se solicitan en la demanda.

- Advirtió, que se evidencia un yerro que podría llevar a la nulidad del trámite, cuando se notificó la demanda al Dr. CARLOS FERNANOD PEREZ, en representación de la FABRICA DE BOLSAS DEL CARIBE W.L. S.A.S., no obstante, a que no tiene poder otorgado por la misma, en primer lugar ante la inexistencia de esta entidad por su liquidación y porque el poder allegado al plenario fue otorgado exclusivamente por el señor WILSON LOZANO CIFUENTES en calidad de persona natural, quien fuera en alguna oportunidad representante legal de la entidad demandada, pero que es una persona totalmente diferente a la persona jurídica que conforma la parte pasiva.

- Expuso, que la excepción que se plantea se hace con fundamento a lo establecido en el artículo 100 del C.G.P., particularmente en su numeral 3. ° y teniendo en cuenta la relevancia de esta excepción, recordó que la misma en esta oportunidad se encuentra planteada, sustentada y probada estrechamente en relación con la capacidad que tienen las personas de ser parte de un proceso y por ende es necesario analizar la misma como un requisito indispensable para las actuaciones que se deben surtir al interior del mismo, en esta oportunidad por la falta de capacidad para ser parte procesal, relevancia que se resalta porque ante la prosperidad de la misma conlleva ante la imposibilidad de continuar el proceso, e igual se soporta en lo establecido en el artículo 53 del C.G.P. que señala quienes son las personas que pueden establecerse como partes al interior de un proceso.

- Hizo referencia al concepto de capacidad jurídica que es un atributo que tienen las personas para ejercer derechos y contraer obligaciones y surge desde el momento mismo del nacimiento o existencia jurídica. Que la demanda es una sociedad por acciones simplificada por lo que es necesario estudiar lo concerniente a la persona jurídica, establecido en el artículo 633 del Código Civil y el art 98 del Código de Comercio, así mismo, que respecto a la existencia y presentación legal de estas sociedades, el artículo 117 ibídem, es claro al indicar que, será la certificación de la Cámara de Comercio del domicilio principal de la entidad la que sirva para tales efectos, además que en ella figurara la constancia de que la sociedad no se haya disuelto ni

liquidado y el código de comercio prevé las causales de disolución y sus efectos, igualmente referenció el artículo 622 del Código de Comercio, y la ley 1116 de 2066 que regula entre otros temas lo atinente a la liquidación.

- Que por lo anterior se puede concluir, que una vez nace una sociedad a la vida jurídica ostenta la calidad de persona jurídica y por ende es sujeto de derechos y deberes, lo que conlleva que pueda ser parte dentro de un proceso, no obstante, resalta que la misma se extingue o muere entre otras razones por la liquidación de su patrimonio, y una vez agotado dicho trámite y terminada la liquidación, esta debe inscribirse en el registro mercantil para que de esta forma quede legalmente extinta la persona jurídica. Que jurisprudencialmente son varios los pronunciamientos de tribunales y altas cortes que se han emitido en relación con la excepción de inexistencia del demandado y con la capacidad para ser parte y señaló que tales conceptos y tal posición han sido múltiples veces reiteradas inclusive por la doctrina procesal.

- Recordó que el señor DUMAR SMITH SANTANDER RAMIREZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de la FABRICA DE BOLSAS DEL CARIBE W.L. S.A.S. y junto con dicha demanda allegó el certificado de existencia y representación legal de fecha 25 de septiembre del año 2019, momento para el cual la persona jurídica demandada no se encontraba extinguida, sin embargo del certificado de existencia y representación legal de fecha 06 de noviembre de 2019 allegado por el abogado CARLOS FERNANDO PEREZ apoderado de la persona natural WILSON LOZANO CIFUENTES, conforme al poder allegado al plenario, se aprecia que la sociedad demandada fue disuelta mediante Acta del 30 de octubre de 2019, momento hasta el cual tenía capacidad procesal para poder ser parte del mismo proceso, sin embargo del mismo certificado se evidencia Acta de liquidación del 31 de octubre de 2019 y con ello se extingue la persona jurídica y la capacidad para ser parte al interior del proceso conforme a la normatividad expuesta, liquidación registrada en la cámara de comercio el 06 de noviembre de 2019, por lo que se tiene que al haber proferido el auto admisorio de la demanda el 19 de noviembre de dicho año, la persona jurídica demandada fue extinguida, liquidada y protocolizada su liquidación ante Cámara de Comercio, lo cual le resta capacidad jurídica, personería jurídica y capacidad procesal para ser parte al interior del presente litigio y lo que conlleva a declarar como probada la excepción e inexistencia de la entidad demandada.

- Advirtió que el representante legal de una sociedad es una persona totalmente diferente a la persona jurídica que representa y por ende este no tiene la obligación, salvo que se evidencien las excepciones propuestas en la ley, de responder por las obligaciones que contrae la sociedad que representa, ni de beneficiarse de los derechos que esta contrae mientras se encuentre con personería jurídica e hizo referencia al artículo 98 del Código de Comercio. Que por lo tanto la representación legal que ejerció el señor WILSON LOZANO CIFUENTES no conlleva a advertir que debe asumir las obligaciones de la persona jurídica que representó, ni siquiera cuando esta tuvo capacidad jurídica, ni cuando ejerció su representación y muchos menos con posterioridad a su extinción, salvo que se den los presupuestos del artículo 640 del código civil.

- Finalmente expresó que si se llegase a continuar el trámite y no surgiese ante la excepción, lo que conllevaría es a decretar la nulidad de lo actuado a partir de la notificación de la demanda.

2.RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que el despacho no tuvo en cuenta que la demanda y los documentos que obran como pruebas fueron allegados oportunamente, y la demanda es procedente toda vez que el auto admisorio se profirió con base en esto, toda vez que la demanda fue presentada el 01 de noviembre de 2019 y para esa fecha de acuerdo a la matrícula mercantil la sociedad estaba en uso de sus funciones y facultades.

- Que es desafortunado que solo se tenga en cuenta la liquidación de la sociedad para desconocer las pretensiones y que se revoque la decisión porque no se puede premiar a personas que realizan una actividad solo con miras a perjudicar al trabajador que empeña su vida y sus facultades personales para ayudar a la empresa a salir adelante.

- Que el señor WILSON LOZANO CIFUENTES debe responder como dueño de la empresa, independientemente que la persona jurídica este liquidada porque esos actos se hicieron para burlar las pretensiones del demandante. Así mismo, que la demanda fue debidamente sustentada y así están sustentados los actos dolosos de la entidad demandada.

3.ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte demandante manifestó que los hechos de la demanda, las pretensiones y principalmente las reclamaciones que el trabajador presentó, no fueron desvirtuados al momento de contestar la demanda y que, si tales presupuestos pasaron desapercibidos por la demandada, quiere decir que el trabajador está en lo justo y sus reclamaciones proceden, pese a la jugada maestra de liquidar la empresa y presentar una excepción previa, que desde el punto de vista jurídico se fraguó un fraude procesal. Que se presume mala fe en las actuaciones del propietario de la Empresa FABRICA DE BOLSAS DEL CARIBE WL SAS, al evadir el pago de las indemnizaciones reclamadas por el trabajador y se debe revocar la decisión de primera instancia y dictar la que en derecho proteja la reclamación del trabajador, acorde con la Investidura de ser Jueces Constitucionales, que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva dentro del Derecho al Trabajo.

Indicó que no es dable exonerar al empleador de la prueba de la buena fe, que este no puede premiarse y absolverse de la sanción que debía cumplir y tenía que demostrar con fundamentos que lo realizado son actos de buena fe, debió presentar los motivos justificables que acreditaran que ciertamente actuó dignamente, pero a su vez debió responder por lo que cree deber, pues

de acuerdo con la jurisprudencia nacional, excepcionalmente la mala fe se presume. Así mismo, que el señor Juez de Instancia debió acreditar o desvirtuar los otros tantos aspectos expuestos y que giran alrededor de la conducta del empleador que asumió en su condición de deudor obligado y al momento de la decisión debió, además de analizar el estado de la Empresa, observar la conducta de esta frente al reclamo del trabajador.

También manifestó que se configura la culpa patronal, en la medida en que la empresa no dotó al trabajador de los elementos de seguridad industrial, ni se tomaron las medidas que exige la ley para el trabajo de alzar bultos de Bolsas de Plástico (Cargas Pesadas, porque el peso a levantar oscilaba entre 25Kg y 40Kg), peso que constituye alto riesgo para una persona que en principio no estaba entrenada para alzar dicho peso; luego, la carencia de los elementos de seguridad requeridos para garantizar la integridad física del trabajador, lo que constituye culpa por negligencia, impericia, imprudencia y violación de reglamentos de seguridad industrial de parte de la Empresa.

- **Señor WILSON LOZANO CIFUENTES:**

El apoderado judicial del señor WILSON LOZANO CIFUENTES solicitó confirmar en todas sus partes la sentencia objeto del presente trámite, señalando que la entidad demandada al momento de su liquidación no tenía conocimiento del presente proceso y que no le asisten razones al señor apoderado del demandante para expresarse de la forma en que lo hizo contra su representado, quien tenía el deber de informar al despacho el estado de liquidación de la entidad demandada, así mismo, que el demandante fue quien decidió su retiro voluntario y hoy pretende alegar un despido inexistente bajo argumentos fuera de todo contexto.

4.PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

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

¿Se encuentra debidamente acreditada la excepción previa de inexistencia de la demandada FABRICA DE BOLSAS DEL CARIBE W.L. S.A.S.?

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta los antecedentes, es preciso concluir, que la providencia apelada es susceptible del recurso de apelación, según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que decida sobre excepciones previas.*”

Así las cosas, el eje central del litigio radica en determinar si se encuentra debidamente acreditada la excepción previa de inexistencia de la demandada FABRICA DE BOLSAS DEL CARIBE W.L. S.A.S.

El juez a quo, resolvió declarar probada la excepción, apreciando que en el certificado de existencia y representación legal que se allegó al proponer dicha excepción se evidencia que la sociedad demandada FABRICA DE BOLSAS DEL CARIBE W.L. S.A.S., es la misma que se reconoció en el auto admisorio como pasiva del presente proceso, y fue disuelta mediante Acta del 30 de octubre del año 2019 y liquidada mediante Acta del 31 de octubre de 2019, lo cual se registró en la Cámara de Comercio el 06 de noviembre de 2019,

fecha anterior al auto admisorio de la demanda; conclusión que será objeto de estudio por parte de la Sala.

De conformidad con el artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y S.S., podrá proponerse como excepción previa: “3. *Inexistencia del demandante o del demandado*” la cual fue alegada por el abogado CARLOS FERNANDO PEREZ CADENA, quien actuó como apoderado del señor WILSON LOZANO CIFUENTES como persona natural, según poder aportado al proceso, argumentando que la sociedad demandada había sido disuelta y liquidada y su matrícula mercantil estaba cancelada.

Cabe resaltar que el presente proceso fue impetrado contra una sociedad denominada FABRICA DE BOLSAS DEL CARIBE W.L. S.A.S., la cual al contar con personería jurídica, según lo consagrado en el artículo 633 del Código Civil era capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, así como de ser representada judicialmente, y según lo estipulado en el artículo 98 del Código de Comercio, al estar constituida legalmente formó una persona jurídica distinta de los socios, por lo que por sí misma podía ser parte pasiva del litigio.

Observa la Sala que el señor WILSON LOZANO CIFUENTES, previamente mencionado, ostentaba la representación legal de la demandada FABRICA DE BOLSAS DEL CARIBE W.L. S.A.S., según se evidencia en el certificado de libertad y tradición que fue aportado con la demanda. Al respecto, se debe decir que para la representación legal de las personas jurídicas, el Código de Comercio en su artículo 26 establece el registro mercantil como un instrumento de publicidad para el ejercicio del comercio y así permitir al público el conocimiento de los datos relevantes para el tráfico mercantil, y lograr frente a terceros, un mecanismo de seguridad jurídica frente a la naturaleza de la actividad; debiendo el registro mercantil “*llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad*”.

Entre los actos que deben inscribirse en el registro mercantil, el numeral 9º del artículo 28 del código de comercio incluye “*la constitución, adiciones o reformas estatutarias y la liquidación de sociedades comerciales, así como la designación de representantes legales y liquidadores, y su remoción*”; agregando el artículo 117 de esta normativa que “*para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso*”.

Sobre la vigencia y validez de quien se acredite como representante legal, se encuentra también regulado en el Código de Comercio, cuyos artículos 164 y 442 dicen:

“Art. 164.- *Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección. La simple confirmación o reelección de las personas ya inscritas no requerirá nueva inscripción.*

“Art. 442.- Las personas cuyos nombres figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento.”

Esta inscripción en el registro, de actos como el cambio o relevo de representante legal, no son un requisito necesario para la validez de los actos jurídicos, sino que tiene como fin hacerlos conocidos para el público y ser oponibles a terceros, de manera que una vez materializado el registro el acto deja de tener efecto solamente entre quienes participaron en el, sino que pasa a ser de público conocimiento y sus efectos no pueden ser desconocidos.

La anterior interpretación, ha sido convalidada por la Corte Constitucional que a través de la Sentencia C-621 de 2003 estudió una demanda de inconstitucionalidad contra los citados artículos 164 y 442 del Código de Comercio, concluyendo que según estas disposiciones **“el registro del nombramiento de representante legal o revisor fiscal tiene un carácter no simplemente declarativo, sino también constitutivo, en cuanto los efectos jurídicos de la designación no se producen ante terceros sino con la inscripción en la Cámara de Comercio, y en ocasiones posiblemente esos efectos jurídicos tampoco podrán ser oponibles a los asociados o la misma sociedad.**

Bajo este marco jurídico, la Sala encuentra que, en el acto de notificación de la parte demandada, visto a folio 37 a 38 del expediente físico, se surtió mediante poder conferido por el señor WILSON LOZANO CIFUENTES al abogado CARLOS FERNANDO PEREZ CADENA, y pese a que el señor LOZANO CIFUENTES fue en algún momento el representante legal de la sociedad demandada, en el presente trámite, otorgó poder en nombre propio y se asumió erradamente que se encontraba notificada la parte pasiva.

Posteriormente, al momento de formularse la excepción previa objeto del recurso, se aportó certificado de existencia y representación legal o de inscripción de documentos de la sociedad FABRICA DE BOLSAS DEL ACRIBE S.A.S., con fecha de expedición del 06 de noviembre de 2019, en el que se observa que dicha sociedad fue disuelta por Acta número 13 del 30 de octubre de 2019, liquidada por Acta número 14 del día 31 del mismo mes y año y cancelada en la misma fecha.

Por lo antes expuesto y al revisar el expediente, la Sala observa que al momento de presentar la demanda la sociedad demanda ya estaba extinta y con su inscripción en la Cámara de Comercio era de público conocimiento.

Sobre la disolución de sociedades el artículo 222 del Código de Comercio señala:

“Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la Ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto” ...

En el Capítulo X del Código de Comercio se encuentra regulado lo atinente a la liquidación de las sociedades, proceso posterior a la disolución de una sociedad y por medio del cual se pone fin definitivo a la misma, liquidando

su patrimonio para pagar pasivos y en caso de existir un excedente distribuirlo entre los socios.

De lo anteriormente expuesto, se concluye, que la sociedad demandada, mientras estuvo constituida legalmente, formó una persona jurídica distinta de los socios que era capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, así como de ser representada judicialmente; no obstante, fue disuelta y posteriormente liquidada, momento en el cual dejó de existir y ya no podía disponer de sus derechos, razón por la cual, no podía ser llamada a comparecer al proceso por intermedio de su representante legal, pues no tenía al momento de presentarse la demanda capacidad para ser parte, aunado a que esto era de conocimiento público al estar inscrito en el registro mercantil.

Esta interpretación ha sido avalada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia STL8960 de 2015, donde se advierte que no existe defecto sustantivo o procedimental cuando prospera la excepción previa de inexistencia del demandado y su consecuencia es la imposibilidad de seguir el curso del proceso que inició tras la cancelación de la matrícula mercantil, lo que supone el incumplimiento de uno de los presupuestos procesales: capacidad para ser parte.

Por lo anterior, se confirmará la decisión del juez a quo que declaró probada la excepción previa de inexistencia de la demandada, propuesta por el abogado CARLOS FERNANDO PEREZ CADENA, quien actuó como apoderado del señor WILSON LOZANO CIFUENTES como persona natural.

No hay condena en costas de acuerdo a lo manifestado en primera instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el auto dictado en audiencia del 10 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, por lo expresado en la parte motiva.

TERCERO: Devolver el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES

Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Proceso: Ejecutivo Laboral

Rad. Juzgado. 54-001-31-05-003-2009-00198-00

Rad. Interno: 19178

Juzgado: Tercero Laboral Circuito de Cúcuta

DTE/ YURGEN ANTONIO AMADO LOZNO Y MYRIAM

EDILMA IBARRA JAIMES

DDO/ CARBONES CATATUMBO LTDA. Y OTROS

Asunto: Recurso de Apelación

San José de Cúcuta, primero (01) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante, contra el auto de fecha 30 de noviembre de 2020, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta dentro del proceso ejecutivo laboral con radicado del Juzgado 54-001-31-05-003-2009-00198-00 y Partida Interna N° 19178 presentado por los señores YURGEN ANTONIO AMADO LOZNO Y MYRIAM EDILMA IBARRA JAIMES en contra de CARBONES CATATUMBO LTDA. Y OTROS.

I. ANTECEDENTES

Los accionantes, por medio de apoderado judicial, presentaron demanda ejecutiva laboral en contra de CARBONES CATATUMBO y otros, con el objeto de que se libre mandamiento de pago a su favor por los siguientes conceptos:

- a) Prestaciones sociales.
- b) Indemnización moratoria.
- c) Pensión de invalidez.
- d) Servicios médicos asistenciales
- e) Costas del proceso ordinario y del ejecutivo presentado.

Dicha solicitud se realizó teniendo con título ejecutivo, la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 09 de noviembre de 2009 y que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Cúcuta mediante

providencia del 30 de junio de 2010, en la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes desde el 07 de enero de 2008 y el 07 de enero de 2009, y en consecuencia condenó a los demandados al pago de las prestaciones sociales, la indemnización moratoria, la pensión de invalidez por riesgo profesional y los servicios médicos asistenciales.

Mediante auto de fecha 08 de julio de 2011, el juzgado de conocimiento procedió a librar mandamiento de pago en los términos solicitados, frente a lo cual la pasiva no propuso excepción alguna, por lo que a través de providencia del 13 de agosto de 2011 se ordenó seguir adelante con la ejecución.

Mediante memorial de fecha 09 de noviembre de 2020, la parte ejecutada presentó actualización del crédito, frente a la que el ejecutante formuló objeción indicando, entre otras cosas, lo siguiente:

En lo que respecta al reconocimiento y pago de *intereses* moratorios sobre las *mesadas* pensionales causadas y no pagadas por los demandados, el *suscrito* sostiene la *tesis* jurídica de su *procedencia* cuando de *mora* en el pago de *mesadas pensionales por pensión de invalidez por riesgos laborales* a cargo del *empleador* se trata, en razón a su desatención de la obligación de *afiliación* al trabajador al *Sistema General de Seguridad Social* en cualesquiera de los *subsistemas que lo conforman, pensiones, salud y riesgos laborales*, pues esta debe ser *asumida* directamente por él cuando como consecuencia del *incumplimiento* de esta *obligación*, el *trabajador* sufre una *contingencia* que aquel no está llamado a *cubrir* por su *desafiliación*, predicándose de este tal *calidad* para todos los efectos derivados del *sistema*, procediendo entonces su reconocimiento según se ha expuesto.

II. . AUTO OBJETO DE APELACIÓN

Mediante auto de 30 de noviembre de 2020, la juzgadora de primer nivel ADMITIÓ PARCIALMENTE LA OBJECCIÓN a la liquidación del crédito presentada por la parte ejecutada, debido a que las sumas de dinero consignadas por el sujeto activo de la acción fueron aplicados al pago de prestaciones sociales, indemnización moratoria, gastos médicos asistenciales y costas del proceso ordinario que fueron objeto de la sentencia y posterior ejecución y por tanto modificó en dichos términos la liquidación del crédito, sin que hubiera accedido, sin embargo, a lo peticionado relacionado con la inclusión de los intereses moratorios.

Para fundamentar esta última determinación, la Juez A quo se pronunció en los siguientes términos:

Por otro lado, respecto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que pretende la parte ejecutante sean incluidos en la liquidación

del crédito, ya el Despacho sentó su posición sobre los mismos en la providencia del 06 de mayo de 2019, la que si bien fue apelada por esta, el recurso fue declarado desierto al no suministrarte las expensas necesarias para las copias.

Al respecto, en esa oportunidad se dijo que:

“En lo que se refiere a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que solicita la parte demandante sean incluidos en el crédito, debido a la mora en el pago de las mesadas pensionales, es necesario precisar que el crédito debe tener una correspondencia exacta con el mandamiento de pago, y esencialmente, con el título ejecutivo que es objeto de ejecución, habida consideración que la liquidación del mismo no es más que la concreción de la obligación a cargo de los ejecutados, por lo que en este caso debe sujetarse estrictamente a lo ordenado en la sentencia.

Como consecuencia de ello, es claro que si en la sentencia del 30 de junio de 2010, no se dispuso que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales se causaran a favor del demandante los referidos intereses, no puede pretender la parte demandante que en el proceso ejecutivo se incluyan éstos.

En todo caso, si en gracia de discusión se admitiera que en el curso del proceso ejecutivo, pese a que no fueran incluidos en la sentencia, si se verificara la mora en el pago de las mesadas pensionales inmediatamente se causarían estos, no serían procedentes los mismos, en razón a que ya existe un criterio suficientemente claro en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a que únicamente cobijan a las pensiones que se reconozcan integralmente con la Ley 100 de 1993, lo que no ocurre en el caso bajo estudio, ya que se trata de la asunción de una pensión de invalidez de origen profesional a cargo del patrono.”

De acuerdo con lo expuesto, la objeción a la actualización del crédito prosperó parcialmente, lo que conlleva a la inaprobación de la liquidación que efectuó la parte ejecutada; y consecuente con ello, a no acceder a la terminación del proceso por pago, debido a que con la suma consignada de \$20.570.402, no se alcanzan a cubrir las obligaciones pensionales que se han causado hasta la fecha.

En igual sentido, tampoco resulta pertinente aprobar la liquidación alternativa formulada por la parte ejecutante, debido a que no se ajusta a la sentencia objeto de ejecución, en la medida que pretende que se incluya el pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que no fueron objeto de condena; por lo que respecto a ellos no se libró mandamiento de pago; es decir, que no se tratan de una obligación clara, expresa y exigible.

III. APELACIÓN PARTE EJECUTANTE

La parte ejecutante interpuso recurso de apelación solicitando que se ordene el pago de los intereses moratorios reclamados, para lo que precisó lo siguiente:

“De entrada debo manifestar a su señoría nuestro desacuerdo con el criterio expresado como fundamento de lo resuelto en la providencia recurrida, en torno a considerar improcedente el cobro de intereses moratorios sobre las mesadas pensionales debidas por los ejecutados por no haberlo dispuesto las sentencias declarativas que impusieron las condenas ni el mandamiento de pago librado para el cobro de las mismas, pues, en primer lugar, por cuanto el reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales debidas objeto de cobro en esta ejecución, no fueron materia de las pretensiones declarativas consignadas en el libelo introductorio que dio origen a la misma, como quiera que el objeto de las mismas, entre otras, fue declarar la existencia del vínculo laboral entre las partes y, consecuentemente, ante la desatención del empleador de su obligación de afiliar al trabajador al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, condenarlo al reconocimiento y pago a su cargo de la pensión mensual vitalicia de invalidez por riesgo profesional”.

En segundo término, “memoro a su señoría que los intereses moratorios son de naturaleza accesoria y los reconoce la ley, esto es, dependen indispensablemente de la existencia de un capital insoluto para causarse y, se deben por disposición legal, por consiguiente, no requieren de orden judicial para su reconocimiento y cobro por ser inherentes a la naturaleza de la obligación principal a la cual acceden”.

Además de lo anterior, “nótese por parte del despacho como el ejecutante en la solicitud de ejecución elevada pretendió expresamente el reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre las mesadas pensionales debidas y el juez de instancia en su momento y en la orden de pago librada mediante auto del 8 de Julio de 2011 dispuso “(...) que se libre la correspondiente orden de pago pedida, salvo la reforma que se le hizo por parte de este Juzgado a la liquidación de costas.1”, sin que los mismos fueran negados expresamente en el mandamiento de pago proferido, como tampoco en el auto que ordenó a seguir avante la ejecución de fecha 3 de Agosto de 2011”.

I. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PARTE DEMANDADA. Indicó la parte que no es pertinente aprobar la liquidación alternativa formulada por la parte demandante, teniendo en

cuenta que no se ajusta a la sentencia objeto de ejecución, en la medida que pretende que se incluya el pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales no fueron objeto de condena, por lo que respecto a ellos no se libró mandamiento de pago es decir que no se trata de una obligación clara, expresa y exigible.

Surtida la etapa de presentación de los alegatos de conclusión, sin que la parte ejecutante ejerciera su derecho correspondiente, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los antecesos anteriores, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) que decida sobre el mandamiento de pago.”

En el presente caso la parte demandante solicita que se revoque la decisión del *A Quo* en cuanto se abstuvo de incluir en la liquidación del crédito, el valor correspondiente a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

A fin de resolver el anterior planteamiento vemos que el artículo 422 del C.G.P. refiere: “Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”

En concordancia, se debe advertir que el artículo 100 del C.P.T. y de la S.S. regula lo concerniente específicamente al proceso ejecutivo laboral y dispone que “Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme”.

Respecto de las sentencias, los artículos 305 y 306 del C.G.P., disponen que “Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obedecimiento a lo

resuelto por el superior” y así “Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, (...) el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada.”

Ahora bien, la inclusión de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en la liquidación del crédito a cargo del ejecutado fue negada por la juez A Quo alegando que la base título de ejecución es la sentencia proferida por ese juzgado el 30 de junio de 2010, y en la misma nada se dispuso sobre dicho concepto pretendido por el ejecutante.

Al respecto, el apoderado de la parte interesada planteó en su apelación que dichos intereses “son de naturaleza accesorio y los reconoce la ley, esto es, dependen indispensablemente de la existencia de un capital insoluto para causarse y, se deben por disposición legal, por consiguiente, no requieren de orden judicial para su reconocimiento y cobro por ser inherentes a la naturaleza de la obligación principal a la cual acceden”

En estos términos, estima la Sala que en la sentencia del 30 de junio de 2010, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta y confirmada en su totalidad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes desde el 07 de enero de 2008 y el 07 de enero de 2009, y en consecuencia condenó a los demandados al pago de las prestaciones sociales, la indemnización moratoria, la pensión de invalidez por riesgo profesional y los servicios médicos asistenciales; sin embargo, ninguna mención se hizo respecto al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que se explica en razón a que tal concepto no fue objeto de pretensión de la demanda.

Aunado a ello, de conformidad con los artículos 334 y 335 del C.P.C. aplicables por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T y de la S.S., se podrá adelantar proceso ejecutivo a continuación del ordinario laboral, con el objeto de exigir el cumplimiento de la sentencia proferida a través de éste último, una vez ésta se encuentre ejecutoriada. En ese sentido, **exigen las mencionadas normas que para proferirse el mandamiento de pago se requiere que las pretensiones del proceso ejecutivo sean concordantes con lo señalado en la parte resolutive de la sentencia condenatoria del ordinario laboral.**

Así las cosas, no es posible que se librara mandamiento de pago sobre conceptos que no se ordenaron en la sentencia, debido a que ello vulneraría el derecho al debido proceso, la defensa y contradicción del ejecutado, quien se vería abocado a responder por una obligación, que no se encuentra a su cargo por no estar comprendida a título ejecutivo.

Además, el artículo 430 del C.G.P, dispone que el mandamiento de pago debe ajustarse a lo que el juez considere legal, en esa medida la sentencia judicial es título ejecutivo únicamente respecto a las condenas impuestas en la misma, que gozan de la expresividad que caracteriza a este medio; y de ninguna manera, puede decirse que sobre los intereses moratorios, existe una obligación clara, expresa y exigible, cuando nunca se dispuso así en la sentencia que justifica la ejecución.

En tal virtud, no queda otro camino para esta Sala que **CONFIRMAR** en su totalidad la providencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de noviembre de 2020.

Condenar en costas en esta instancia a la parte ejecutante en el valor de CIEN MIL PESOS (\$100.000) a favor de la parte ejecutada, por haber sido desfavorables las resultas del recurso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, por intermedio de su Sala de Decisión Laboral,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la providencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de noviembre de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte ejecutante.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen previas las anotaciones del caso.

N O T I F Í Q U E S E



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

**MARIA CAROLINA REYES VEGA
CONJUEZ**

**MARÍA TERESA ORTIZ MENDOZA
CONJUEZ**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 02 de diciembre de 2021

Secretario



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

Primero (01) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2017-00464-00
RADICADO INTERNO:	18.923 – 19.514
DEMANDANTE:	MARIA DEL CARMEN BELTRAN DE RIVERA
DEMANDADO:	COLPENSIONES y FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE NORTE DE SANTANDER

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARIA DEL CARMEN BELTRAN DE RIVERA contra COLPENSIONES y FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE NORTE DE SANTANDER, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2017-00464-00, y Radicación interna N° 18.923 y 19.514 de este Tribunal Superior, para conocer el Grado Jurisdiccional de Consulta contra la Sentencia del 12 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta que fue proferida en audiencia del 16 de septiembre de 2021, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora MARIA DEL CARMEN BELTRAN DE RIVERA, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, para que se ordene a esa entidad reconocerle indemnización sustitutiva con la inclusión de todos los aportes acumulados a pensión, incluyendo las 707.43 semanas laboradas en el sector privado y el período del 1 de febrero de 1983 al 31 de diciembre de 1996 laborado como docente de institución oficial, debidamente indexada y con intereses de mora.

Como fundamento fáctico expone los siguientes hechos:

- Que, laboró al servicio de la Gobernación del Norte de Santander y en la Secretaría de Educación Municipal de Cúcuta desde el 13 de marzo de 1.973 al 15 de mayo de 2015., en cargos como Secretaria Habilitada del Colegio Marco Fidel Suárez del Municipio del Zulia Norte de Santander, pagadora y luego Auxiliar Administrativa Grado 9 en el Colegio Pablo Correa León de esa ciudad.

- Que, cotizó por más de veinte (20) años a la Liquidada Caja de Previsión Social de Norte de Santander antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y en 2011 solicitó el reconocimiento y pago de pensión de jubilación, al tener 55 años y 20 años de servicio, ante el Fondo Territorial de Pensiones de Norte de Santander y era beneficiaria del régimen de transición, por tener 44 años de edad y más de 15 de servicios.

- Que, acorde a certificado laboral expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Norte de Santander, prestó servicios durante 37 años, 2 meses y 17 días, tiempo en el que la Gobernación del Norte de Santander, hizo los aportes al fondo territorial de pensiones del 13-III-73 al 30-06-95 y el Seguro Social del 01 de enero del 96 al 30 de mayo de 2011, evidenciando que se acreditan a cabalidad los requisitos exigidos por la Ley 33 de 1.985.

- Que, se le reconoció pensión de jubilación en calidad de ADMINISTRATIVO-FER, quedando supeditada su inclusión en nómina al retiro efectivo del servicio, el cual se materializó a partir del 6 de abril de 2015 por Decreto No. 0191 del 24 de marzo de 2015 por retiro forzoso; por lo que, el Fondo Territorial de Pensiones emitió la Resolución No. 000702 de fecha 1º. de Junio de 2015, a través de la cual se ordena el reconocimiento de la pensión de jubilación, donde solo se contabilizaron los tiempos de carácter público.

- Que, posteriormente solicitó reliquidación de su pensión de jubilación, que fue aprobada mediante Resolución No. 02188 del 24 de noviembre de 2015, en la cual le ordenaron pagar con retroactividad al 15 de mayo de 2015.

- Que, de manera simultánea en su vida laboral, ejerció en el sector privado entre el período comprendido entre el 1º. de febrero de 1983 al 31 de diciembre de 1.996, al servicio del Colegio Cooperativo Especializado Educación Atalaya, aportando con ello 707.43 semanas al I.S.S. (Hoy Colpensiones).

- Que, el 10 de julio de 2015 solicitó a COLPENSIONES la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, que fue negada mediante Resolución No. GNR 369133 de fecha 20 de noviembre de 2015, manifestando que según el art. 17 de la Ley 549 expedida el 30 de diciembre de 1999, establece: “Sin perjuicio de los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de transición, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión.”

- Que, al reclamar por la no inclusión de estos tiempos en su pensión de jubilación, el FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE NORTE DE SANTANDER negó que tuviera en cuenta esos aportes y que debieran ser recibidos para una nueva reliquidación, desconociéndose ahora la incidencia de los servicios privados que prestó en su vida laboral.

El FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE NORTE DE SANTANDER contestó a la demanda oponiéndose a sus pretensiones por existir falta de legitimación por pasiva, aceptando los hechos documentados, pero señalando que esa entidad no tiene injerencia alguna en las decisiones prestacionales de COLPENSIONES.

La demandada COLPENSIONES se opone a las pretensiones, señalando que no es procedente el reconocimiento de indemnización sustitutiva pues es incompatible con la pensión de vejez de la que ya es beneficiaria la actora, debiendo destinarse el tiempo cotizado a esa entidad para financiar la pensión de jubilación que recibe del Departamento Norte de Santander. Propone como excepciones INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO y BUENA FE.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión.

La Sala se pronuncia del Grado Jurisdiccional de Consulta, contra la Sentencia del 12 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero

Laboral del Circuito de Cúcuta que fue construida en audiencia del 16 de septiembre de 2021, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento de Norte de Santander fondo territorial de pensiones de acuerdo a lo explicado.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, para lo cual se tendrán en cuenta las cotizaciones del sector privado por el período que va del 01 de febrero de 1983 hasta el 31 diciembre 1994 para un total de 4352 días y el 01 de enero de 1995 hasta el 11 de febrero de 1997 para un total de 761 días, para lo que cumple un total de 5.113 días que equivalentes a 730.42 semanas y se aplicará para su liquidación la fórmula del artículo tercero del decreto 1730 del 2011, suma que deberá ser indexada al producto de su pago.

CUARTO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de los intereses moratorios.

QUINTO: CONDENAR en costas a Colpensiones.

2.2. Fundamento de la decisión.

La jueza de primera instancia accedió a las pretensiones, señalando, que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es compatible con la pensión de jubilación reconocida a la demandante con ocasión al tiempo de servicio prestado en la Secretaría de Educación del Departamento de Norte de Santander, debido a que las cotizaciones al sector privado por el periodo que va del 01 de febrero de 1983 hasta el 01 de diciembre de 1994, para un total de 4652 días y del 01 de enero de 1995 hasta el 11 de febrero de 1997, para un total de 761 días con lo que completa un total de 5.115 días, que equivalen a 730.42 semanas, las cuales deben servir de base para liquidar las prestaciones a las que tiene derecho la actora por cumplir con los requisitos que exigen el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Consideró finalmente que el Departamento de Norte de Santander, el cual también era demandado en el proceso, no estaba legitimado en la causa por pasiva para responder por la pensión reclamada.

3. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

4. ALEGATOS

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

• **PARTE DEMANDANTE:** No presentó alegatos.

• **PARTE DEMANDADA:** La apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia por estimar que no le asiste el

derecho a la compatibilidad entre la pensión que percibe de la Gobernación de Norte de Santander y la indemnización sustitutiva que reclama, por estar prohibido en la Constitución percibir doble asignación del tesoro público y no poder percibir dos pensiones que cubran el mismo riesgo.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Si en este caso la Demandante MARIA DEL CARMEN BELTRAN DE RIVERA, tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de pensión de vejez consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada pensional que percibe por parte del FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES DE NORTE DE SANTANDER?.

7. CONSIDERACIONES:

En atención a la controversia que se plantea en el presente caso, le corresponde a la Sala de Decisión Laboral determinar, dado el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, si la indemnización sustitutiva de pensión de vejez reclamada por la señora MARÍA DEL CARMEN BELTRÁN DE RIVERA, por aportes de empleadores privados, es compatible con la pensión de jubilación que percibe por tiempos de servicio público con la GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER.

La jueza *a quo* accedió a las pretensiones por estimar que los tiempos cotizados a COLPENSIONES por ser de servicios al sector privado no conformaban la pensión ya reconocida y permitía consolidar la compatibilidad entre pretensiones; lo que será evaluado en el presente Grado Jurisdiccional de Consulta.

Al respecto, encuentra esta Sala que son hechos demostrados los siguientes:

- Mediante Resolución No. 0061 del 24 de junio de 2011, la GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER reconoció a MARIA DEL CARMEN BELTRÁN DE RIVERA pensión de jubilación en calidad de ADMINISTRATIVO-FER a partir de su retiro del servicio, teniendo en cuenta que acreditaba 20 años de servicios y 55 de edad, acorde a la Ley 33 de 1985. Fundó lo anterior en los siguientes tiempos de servicio: 13 de marzo de 1973 a 30 de junio de 1995 laborados para la GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER con el FONDO TERRITORIAL DE PENSIONES como entidad de previsión social, y del 1 de enero de 1996 al 30 de mayo de 2011 laborados para la GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER con el SEGURO SOCIAL como entidad de previsión social.
- El 24 de marzo de 2015 se expidió acto administrativo de retiro del servicio activo de MARIA DEL CARMEN BELTRÁN DE RIVERA por cumplir 65 años de edad, a partir del 6 de abril de ese año.

- Mediante Resolución No. GNR369133 del 20 de noviembre de 2015, COLPENSIONES negó solicitud de indemnización sustitutiva de la actora indicando que era incompatible con la pensión de jubilación que le fue reconocida.
- El historial de cotizaciones de COLPENSIONES reporta cotizaciones por parte de COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN EDUCACIÓN DEL BARRIO ATALAYA del 1 de febrero de 1983 a febrero de 1997 por 707.43 semanas y las restantes 932 semanas se reportan por: FONDO EDUCATIVO DEPARTAMENTAL, TESORERÍA MUNICIPAL, ALCALDÍA DE CÚCUTA y MUNICIPIO DE CÚCUTA.

De las anteriores decisiones en sede administrativa, se desprende que el elemento determinante para negar la indemnización sustitutiva de pensión de vejez reclamada por la actora, es la alegada incompatibilidad de esta frente a la pensión reconocida mensualmente por la Gobernación de Norte de Santander, en razón a su labor como empleada pública; frente a lo cual, cabe recordar en primer lugar, que jurisprudencialmente se ha identificado que el concepto de compatibilidad se debe definir por tres conceptos: (i) *el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal–, ello siempre que no exista una normativa especial que prohíba la compatibilidad;* (ii) **la existencia de una reglamentación propia,** y (iii) **la autonomía de la fuente de su financiación,** como ha reiterado la Sala de Casación Laboral en múltiples decisiones y recientemente en providencia SL3111 de 2019.

Específicamente sobre la compatibilidad de entre prestaciones del régimen de seguridad social integral en pensiones y las prestaciones reconocidas por cajas de compensación como resultado de tiempos de servicios públicos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL3725 de 2021 recuerda el criterio pacífico asentado en decisiones previas como SL5228 de 2018 y SL5068 de 2019, donde se expuso:

“(...) cabe destacar que actualmente la jurisprudencia de esta Corporación sostiene que la regla general del sistema de pensiones dispuesto por la Ley 100 de 1993 es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que gobiernan el mismo, los cuales impiden que un mismo afiliado perciba dos prestaciones que cubran el mismo riesgo, máxime que dicha normatividad permite la acumulación de cotizaciones indistintamente de su procedencia u origen a efectos de aumentar el valor de la base de liquidación.

De igual forma, en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, tal como la prevista en la Ley 33 de 1985, la Sala ha predicado que podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.

Bajo este entendido se ha afirmado que únicamente cuando cualquiera de las dos prestaciones respecto de las cuales se pretende la compatibilidad se hubiese causado antes de la Ley 100 de 1993 es que se puede predicar la simultaneidad en su percepción, siempre y cuando provengan de tiempos diferentes como los públicos y los privados, pues de lo contrario resultará inviable la compatibilidad y se impondrá la incompatibilidad.”

Deviene de esta posición jurisprudencial, que la regla general es la incompatibilidad entre prestaciones de diferentes regímenes que amparen la misma contingencia, como resultan ser la pensión de jubilación y la de vejez o su indemnización sustitutiva; sin embargo, la excepción para constituir una

posible compatibilidad es que se cumplan dos reglas: i) que el tiempo de servicios haya sido completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y ii) que se evidencie la diferencia en las fuentes de financiamiento, es decir, que no provengan de los mismos tiempos cotizados pues unos deben ser públicos y los otros privados.

En el presente asunto, acorde a la Resolución No. 0061 del 24 de junio de 2011, la GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER reconoció a la actora su pensión de jubilación con un tiempo de servicios para el 19 de noviembre de 2010 de 37 años, 2 meses y 17 días; reportando que se vinculó desde el 13 de marzo de 1973 y para el 30 de junio de 1995 que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 para los servidores públicos del orden territorial, acumulaba 8028 días, esto es, más de 22 años de servicios. Por lo que ya contaba con el tiempo exigido en la Ley 33 de 1985, cumpliendo el primer requisito.

Respecto de las fuentes de financiación, en primer lugar debe recordarse que la Sala de Casación Laboral también ha sido reiterativa en advertir que *“los aportes que realizan los afiliados a la pasiva no pueden equipararse a dineros del tesoro público, pues estos no son propiedad de esta entidad, sino que aquella solo actúa como mera administradora de dichos recursos, y en caso de que los aportes provengan de una entidad pública, tampoco se puede indicar que son del erario, pues estas cotizaciones tienen una naturaleza paraafiscal con una destinación específica”*. (CSJ SL, 14 feb. 2005, rad. 24062, CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y SL 451-2013).”.

En ese sentido, se advierte, que si bien la actora fue afiliada al I.S.S. por parte de la Gobernación de Norte de Santander, ha venido solicitando la indemnización sustitutiva exclusivamente por los tiempos laborados y cotizados por el empleador privado COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN EDUCACIÓN DEL BARRIO ATALAYA; los cuáles están debidamente identificados en su historial de cotizaciones, y no componen los tiempos contabilizados en la citada Resolución No. 0061 del 24 de junio de 2011. Por lo que también está acreditado el segundo requisito.

De acuerdo con lo explicado, es claro para la Sala que la pensión de jubilación reconocida a la actora, resulta compatible con la indemnización sustitutiva, cumpliéndose con los conceptos de reglamentación propia y autonomía en fuente de financiación para validar la compatibilidad entre prestaciones de ambos regímenes, dado que cada una cuenta con recursos propios para su financiación, y los aportes que realicen los afiliados a la pasiva no pueden equipararse a dineros del tesoro público, por que provienen de su fuerza productiva en la proporción legalmente asignada para empleador y trabajador.

Resuelto lo anterior, es procedente entonces abordar en segundo lugar por virtud del grado de consulta, si tiene derecho el actor a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, con fundamento en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003; norma que señala *“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”*.

De esta manera, ha resumido la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL4583 del 17 de octubre de 2018, que *“a efectos de obtener la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se debe acreditar lo siguiente: i) que el*

afiliado arribe a la edad requerida para la pensión de vejez; ii) que no haya cotizado el mínimo de semanas previsto para la pensión de vejez, y iii) que el interesado manifieste su imposibilidad de seguir cotizando.” y sobre ella, la Corte Constitucional en Sentencia T-164 de 2017 señaló que “la finalidad de la seguridad social en pensiones se encamina a que toda persona logre consolidar un derecho pensional; no obstante ante la imposibilidad fáctica de causarlo, la ley plantea como medida sustitutiva, la devolución de aportes a través de la indemnización sustitutiva”.

De esta manera, según historial de cotizaciones visto en el expediente administrativo, la actora reporta los siguientes períodos laborados con el mismo empleador privado: 01/02/1983 a 31/12/1994: 621.71 semanas, 01/01/1995 a 31/12/1995: 51.43 semanas, 01/01/1996 a 31/12/1996: 51.43 semanas y 01/01/1997 a 31/03/1997: 5.86 semanas, para un total de 730.43 semanas; la actora cumplió 55 años el 7 de marzo de 2005, sin que para entonces acreditara las semanas suficientes para acceder a la pensión de vejez conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y solicitó el 10 de junio de 2015 la indemnización sustitutiva, declarando su imposibilidad para seguir cotizando; por lo que acredita los requisitos para acceder a la pretensión solicitada y se confirmará la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones.

Confirmado así el principal problema jurídico, es del caso pronunciarse sobre el monto de la indemnización, asunto que no fue definido por el A Quo y que debe ser determinado a través de la respectiva condena en concreto, conforme lo exige el artículo 283 del C.G.P.

Esta prestación es desarrollada por el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, donde se señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 3°-Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”.

Realizados los cálculos correspondientes según la historia laboral de cotizaciones vista en el expediente administrativo, se alcanzó un SALARIO BASE DE COTIZACIÓN de \$600.342,66, con 724.29 semanas cotizadas y un promedio ponderado de porcentajes de cotización de 8.42%, arroja una indemnización sustitutiva en total de \$8.541.375,14 a ser disfrutada desde el momento en que se solicitó, 10 de julio de 2015 y que debidamente indexada para el año 2021 asciende a la suma de \$10.333.512,37, lo cual será adicionado en la presente decisión al numeral tercero del fallo de primera instancia, sin perjuicio de la indexación futura si es cancelada posteriormente. Lo anterior, fundado en las siguientes liquidaciones:

LIQUIDACIÒN DE INDEMNIZACIÒN SUSTITUTIVA DE PENSIÒN													AÑO	*MES
PERIODOS DE COTIZACIONES						FECHA EN DONDE SE RECLAMA LA INDEMNIZACIÒN (Año/Mes) :							2015	01
DESDE			HASTA			# Días	# Semanas	% de Cotizac. Legal	# semanas multiplicado por % de cotización	ÚLTIMO SALARIO BASE DE COTIZACIÒN	IPC	IPC	SALARIO ACTUALIZADO Ó INDEXADO	SALARIO ACTUALIZADO MULTIPLICADO POR NÚMERO DE DÍAS
Año	*Mes	Día	Año	*Mes	Día						FINAL	INICIAL		
1983	02	01	1983	12	31	330	47,14	11,25	530,36	\$ 9.480,00	82,47	1,42	\$ 550.574,37	181689540,85
1984	01	01	1984	12	31	360	51,43	11,25	578,57	\$ 11.850,00	82,47	1,66	\$ 588.716,57	211937963,86
1985	01	01	1985	12	31	360	51,43	6,5	334,29	\$ 14.610,00	82,47	1,96	\$ 614.738,11	221305720,41
1986	01	01	1986	12	31	360	51,43	6,5	334,29	\$ 17.790,00	82,47	2,40	\$ 611.308,88	220071195,00
1987	01	01	1987	12	31	360	51,43	6,5	334,29	\$ 21.420,00	82,47	2,90	\$ 609.140,48	219290573,79
1988	01	01	1988	12	31	360	51,43	6,5	334,29	\$ 25.530,00	82,47	3,60	\$ 584.849,75	210545910,00
1989	01	01	1989	12	31	360	51,43	6,5	334,29	\$ 39.310,00	82,47	4,61	\$ 703.231,17	253163221,69
1990	01	01	1990	12	31	360	51,43	6,5	334,29	\$ 47.370,00	82,47	5,81	\$ 672.393,10	242061515,32
1991	01	01	1991	12	31	360	51,43	6,5	334,29	\$ 54.630,00	82,47	7,69	\$ 585.869,45	210913003,38
1992	01	01	1992	12	31	360	51,43	6,5	334,29	\$ 70.260,00	82,47	9,74	\$ 594.901,66	214164598,77
1993	01	01	1993	12	31	360	51,43	6,5	334,29	\$ 89.070,00	82,47	12,19	\$ 602.592,53	216933309,60
1994	01	01	1994	03	31	90	12,86	6,5	83,57	\$ 107.675,00	82,47	14,93	\$ 594.772,76	53529548,06
1994	04	01	1994	12	31	270	38,57	11,5	443,57	\$ 98.700,00	82,47	14,93	\$ 545.196,85	147203150,03
1995	01	01	1995	12	31	360	51,43	12,5	642,86	\$ 124.000,00	82,47	18,29	\$ 559.118,64	201282711,86
1996	01	01	1996	12	31	360	51,43	13,5	694,29	\$ 148.800,00	82,47	21,83	\$ 562.140,91	202370726,52
1997	01	01	1997	02	31	60	8,57	13,5	115,71	\$ 200.000,00	82,47	26,55	\$ 621.242,94	37274576,27

Total Días	5.070	Sumatoria # semanas multiplicado por % de Cotización	6097,50
Total Semanas (SC)	724,29		
*Porcentaje Promedio de Cotización (PPC)= Sumatoria # de semanas multiplicado por % de Cotización de esas semanas dividida por el total de todas las semanas	8,42		

SUMATORIA de salarios actualizados por el # de días de ese salario	3.043.737.265,41
INGRESO PROMEDIO MENSUAL= Sumatoria Dividida por # Total de días	\$ 600.342,66
Salario Base cotización semanal (SBC)= Ingreso mensual dividido por 30 y mutiplicado por 7	\$ 140.079,95

TOTAL INDEMNIZACIÒN= (SBC x SC x PPC)	\$ 8.541.375,14

Cálculo de Cantidad Única Indexada

	AÑO	*MES		
Fecha Final:	2021	1	IPC - Final	105,23
Liquidado Desde:	2015	1	IPC - Inicial	86,98
Capital:	\$ 8.541.375,14			
VALOR ACTUALIZADO	\$ 10.333.512,37			

Sobre el fenómeno prescriptivo, se advierte que conforme providencia SL4559 de 2019 reiterada en SL4300 de 2000 la indemnización sustitutiva es imprescriptible, dada su importancia como sucedánea de la pensión de vejez y por tratarse de un componente esencial del derecho a la seguridad social.

Finalmente, al surtirse el grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a condena en costas de segunda instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la Sentencia del 12 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral tercero de la providencia en consulta, como condena en concreto, que la indemnización sustitutiva asciende a la suma de \$8.541.375,14 liquidada para el 10 de julio de 2015 y que indexada a 2021 equivale a \$10.333.512,37, sin perjuicio de la indexación futura mientras se materializa el pago.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS de segunda instancia, por surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2018-00445-00
RADICADO INTERNO:	19.333
DEMANDANTE:	WILSON MAURICIO CASANOVA DUARTE
DEMANDADO:	FONANDES S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por WILSON MAURICIO CASANOVA DUARTE contra FONANDES S.A.S., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2018-00445-00, y Radicación interna N° 19.333 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 12 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor WILSON MAURICIO CASANOVA DUARTE, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra FONANDES S.A.S. para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de noviembre de 2011 al 15 de abril de 2016 con DIVESA S.A.S. y que hubo sustitución patronal hacia FONANDES S.A.S., con quien se extendió el vínculo laboral hasta el 1 de agosto de 2018; que esta relación finalizó sin justa causa imputable al empleador y por ello debe pagar la indemnización por despido injusto liquidada sobre el total del tiempo de servicios. Que se condene por daños morales, prestaciones sociales y vacaciones no pagadas por el período del 1 de enero al 1 de agosto de 2018 en cesantías, intereses a cesantías y vacaciones, pero del 1 de julio al 1 de agosto de 2018 por prima de servicios. Así como que se condene por indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que el señor CASANOVA DUARTE suscribió contrato de trabajo a término indefinido con DIVESA S.A.S. desde el 16 de noviembre de 2021, como ejecutivo de cuenta, cargo de dirección, confianza y manejo donde impulsaba ventas y promociones de productos para los distribuidores en todo el país con una asignación básica mensual de \$1.293.700.
- Que su labor principalmente se realizaba en Cúcuta, pero mensualmente se desplazaba a otras ciudades por 2 semanas, por lo que percibía como viáticos la suma de \$1.600.000 que correspondían a \$500.000 de transporte y \$1.100.000 de alimentación y alojamiento.

- Que se informó sobre el cambio de razón social de la empresa a FONANDES S.A.S., pero su contrato siguió sin modificación alguna, suscribiendo un contrato a término indefinido con esta el 16 de abril de 2016 con las mismas condiciones laborales.
- Que el 1 de agosto de 2018, recibe un oficio comunicando la terminación del contrato sin justa causa y reconociendo la indemnización, y para entonces su salario ascendía a \$1.465.930 más el \$1.600.000 de viáticos, así como comisiones que para la fecha de terminación equivalían a \$1.609.709.
- Alega, que en dicha carta se condiciona el pago de prestaciones finales a la entrega de paz y salvos de su gestión, pero se le desprende del acceso a su correo institucional no siendo posible cumplir dicha petición pese a lo cual el 3 de agosto suscribe un acta de entrega.
- Que el 28 de agosto de 2018, se le informan una serie de anomalías con productos y clientes, endilgándole responsabilidad por saldos y desvíos, lo que es respondido y se solicita el pago de prestaciones, a lo que se mantiene renuente el empleador e inclusive le cita a descargos el 26 de septiembre de 2018 a Bogotá, pese a que ya había sido despedido y en oficio entregado ese día pretende cambiar las razones para despido, actuando de mala fe y desconociendo el debido proceso, en acusaciones que han dañado su buen nombre y el de su esfera familiar, haciéndolo responsable de una situación ajena, como se verifica en revisión médica. A la fecha no ha recibido pago alguno por concepto de prestaciones finales ni indemnización por despido injusto.

La demandada FONANDES S.A.S., contesta a los hechos de la siguiente manera:

- Acepta el contrato del actor con DIVESA S.A.S. y la sustitución patronal, señalando que se respetó su antigüedad, pero que su salario era de \$1.000.000 y los viáticos no eran fijos sino dependiendo del desplazamiento.
- Que el 1 de agosto de 2018, notificó la terminación de contrato sin justa causa, fecha para cuando devengaba un básico de \$1.465.930 y un promedio de comisiones de \$1.609.709 para un total de \$3.075.639, así como un pago no constitutivo de salario de \$539.196.
- Alega, que efectivamente solicitó los paz y salvos de las gestiones del trabajador para proceder al pago de prestaciones, lo que el demandante no cumplió y al realizar auditorías se estableció que el demandante solicitaba mercancías a proveedores facturándolos a nombre de FONANDES S.A.S, y se quedaba con dichas mercancías.
- Que el acta de entrega del 3 de agosto no es considerado un paz y salvo, para lo cual se solicitó ejerciera sus explicaciones frente a las mercancías solicitadas y sobre ello ejerció su derecho de defensa para iniciar las acciones legales en su contra.
- Que la empresa cambia la decisión a terminación con justa causa pues el demandante no tenía derecho a la indemnización, luego de las auditorías y no presentó pruebas a su favor.
- Que la empresa realizó el pago por consignación judicial de \$2.729.186 correspondiente a un día del mes de agosto, medio de transporte de un

día, comisiones, cesantías 2018, intereses a las cesantías de 2018, prima de servicios y vacaciones, con descuentos por aporte a salud, pensión, descuento de préstamo común, anticipo de viaje, y convenio celular, que fue asignado al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta y ello se notificó al actor por correo certificado recibido el 17 de diciembre de 2018. Se opone así a las pretensiones condenatorias, acepta el contrato de trabajo y la sustitución patronal, propone como excepciones COBRO DE LO NO DEBIDO, PAGO, BUENA FE y GENÉRICAS.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión.

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 12 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: *DECLARAR que entre el demandante y la parte demandada existió un contrato de trabajo desde el 16 de noviembre de 2011 hasta el 01 de agosto de 2018, conforme lo explicado en esta providencia*

SEGUNDO: *CONDENAR a FONANDES SAS a reconocer al demandante lo siguiente: a. La indemnización por despido consagrada en el art. 64 del CST por la suma de \$14.785,849.71. b. La indemnización moratoria consagrada en el art 65 del CST con la modificación de la Ley 189 de 2003 desde el 01 de agosto de 2018 hasta el 11 de diciembre de 2018 en la suma equivalente a un salario diario de \$102.521 lo que arroja una sanción moratoria a la suma de \$13.430.251.*

TERCERO: *ABSOLVER a FONANDES SAS de las demás pretensiones incoadas en su contra en la demanda.*

CUARTO. *CONDENAR a FONANDES SAS en costas por resultar vencido en el juicio.*

2.2. Fundamento de la decisión.

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

- Que el litigio se centra en determinar, si el demandante WILSON MAURICIO CASANOVA DUARTE, tiene derecho a que la empresa FONANDES S.A.S. le reconozca y pague las prestaciones sociales y vacaciones causadas desde el año 2018, la indemnización por despido injusto del artículo 64 del CST, la indemnización por perjuicios morales, y la sanción moratoria del artículo 65 del CST; sin que exista discusión respecto a la existencia del contrato de trabajo entre el señor WILSON MAURICIO CASANOVA DUARTE y la sociedad FONANDES S.A.S.

- Que, lo solicitado en los alegatos de conclusión por el demandante respecto de reliquidar las prestaciones sociales incluyendo factores devengados de carácter no salarial, estos no estaban incluidos en la demanda y tampoco fueron incluidos en el litigio, ni se debatió al respecto, por lo que en virtud del principio de congruencia y el debido proceso de la otra parte, no es posible resolver al respecto, ni están probados los supuestos para incorporar la pretensión como extra y ultra petita, al no indicarse en los hechos que hubiera pagos que debieron ser tenidos como factor salarial o que se pactaran cláusulas ineficaces.

- Respecto de la sustitución patronal, si bien se aceptó por la parte demandada también aclaró que se suscribió un nuevo contrato de trabajo, pero en virtud de una cesión que no está reglada en el C.S.T.; resalta que bajo los supuestos del artículo 68 del C.S.T., este nuevo contrato firmado implicaría que no se configuró la sustitución, pero en ese mismo hay una cláusula especial que dispuso reconocer para efectos prestacionales o de despido injusto que la fecha de ingreso era el 16 de noviembre de 2011, por lo que primando el principio de realidad sobre las formas y el reconocimiento de la antigüedad por el nuevo empleador, así como la intención de las partes, se le dará validez.

- Sobre la fecha de terminación, indica que obra prueba de la misiva de fecha 01 de agosto de 2018, mediante la cual FONANDES le comunicó al demandante que daba por terminado su contrato de trabajo sin justa causa a partir de esa fecha; aunque luego de ello se generaron comunicaciones mutuas solicitando paz y salvos, se solicitaron descargos y el 26 de septiembre de 2018 se comunicó cambio de la naturaleza del despido a terminación con justa causa, para todos los efectos se probó que el actor dejó de prestar servicios el 1 de agosto de 2018, como se aceptó en el interrogatorio de parte y los testigos oídos.

- En lo que atañe al pago de prestaciones sociales, a folios 133 a 137 del expediente, se observa que el empleador liquidó los salarios, auxilio de transporte, comisiones, cesantías, intereses de cesantías, primas y vacaciones por un total de \$4.729.927, a los cuales se le realizaron descuentos legales y de otras deducciones por la suma de \$2.000.000, conceptos que no fueron cuestionados por el demandante. Que el saldo fue consignado por vía judicial el 11 de diciembre de 2018 y comunicado al actor, quien lo retiró. Que liquidado el valor de las prestaciones con el salario básico más comisiones por total de \$3.075.639, el pago cubre los derechos mínimos e irrenunciables, sin que se demostrara devengar un salario superior.

- Refiriéndose a la indemnización por despido injusto, en carta del 1 de agosto de 2018, el empleador notificó la terminación sin justa causa y comunicó que cubriría la indemnización, pero luego no canceló la misma pues tras adelantar un trámite interno por encontrar algunas inconsistencias en actividades del trabajador, mediante comunicación del 26 de septiembre de 2018, le informó que se cambiaba la decisión del 01 de agosto de 2018, y que su despido sería con justa causa; incurriendo en la prohibición del artículo 62 del C.S.T., sobre que posteriormente no pueden alegarse causales o motivos distintos a los comunicados inicialmente para terminar la relación, circunstancia que vulnera la confianza legítima y el entendimiento constitucional de la carta de despido como el medio que fundamenta la finalización de la relación laboral. Por lo que accede a esta, liquidada por tiempo de servicio laborado desde el 16 de noviembre de 2011 hasta el 01 de agosto de 2018 y un salario de \$3.075.639, corresponde a la suma de \$14.785.849.71.

- Al tratar la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., advierte, que si bien al comunicar el despido se solicitó al actor una serie de paz y salvos para el pago de las prestaciones, ello no es admisible, pues en el momento en que decidió dar por terminado el contrato de trabajo, debió haber verificado las funciones que realizó el demandante como ejecutivo de cuenta, si su trabajo se encontraba al día o pendiente y las correspondientes auditorias para establecer si existía alguna inconsistencia para adoptar inmediatamente las medidas que le otorga la Ley para corregirlas y remediarlas. Pues al finalizar el contrato, desaparece el poder subordinante y no se puede hacer exigencia alguna al extrabajador, sin que exista norma que autorice al empleador a retener el valor adeudado por concepto de salarios y prestaciones sociales, pues estos corresponden al sustento del

trabajador. Además, los faltantes se identificaron casi un mes después del despido, y solicitó explicaciones cuando ya había finalizado la relación, ni siquiera se pagaron el 4 de septiembre de 2018 cuando dio las explicaciones y solo se pagó hasta diciembre, lo que no permite evidenciar buena fe y por ello, se condenará por esta pretensión.

- Niega los daños morales solicitados por no haberse ejercido adecuadamente la carga de la prueba para acreditar los mismos.

3. RECURSO DE APELACIÓN

3.1 De la parte demandada

El apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Que conforme a lo probado en el proceso, se pudo evidenciar que la terminación del vínculo laboral fue ajustado a una justa causa por las falencias en que incurrió el trabajador y la ausencia de paz y salvos entregados por los clientes, que llevaron a la auditoría y denuncias contra el trabajador. Por lo que debió absolverse por esta indemnización.

- Que se opone a la sanción moratoria impuesta, teniendo en cuenta que las prestaciones fueron consignadas el 4 de diciembre de 2018 y no el 11, demora que fue justificada por las averiguaciones internas que adelantaba la empresa para la entrega de los paz y salvos de los clientes, verificándose en los requerimientos notificados al actor que se le informaba el conocimiento de la demora pero que esto se debía a la investigación que se adelantaba; por lo que el pago tardío no tuvo mala fe, sino que estaba respaldado en los eventos que llevaron a interponer la denuncia contra el demandante por la conducta abusiva que cometió.

3.2 De la parte demandante

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación, alegando lo siguiente:

- Que solicita se revise la determinación de los valores que conformaban el salario del trabajador durante su relación laboral, que si bien no fueron solicitados de manera precisa desde la demanda y se negaron las facultades extra y ultra petita, para el pago de prestaciones habiéndose demostrado la causación de unos viáticos mal haría en reconocerse las condenas sin incluirlos. Máxime al indicar los testigos que todos conocían los pagos por viáticos, y que se discriminaron en la demanda, por lo que estos factores debieron sumarse al salario usado para liquidar la sanción moratoria y la indemnización por despido.

4. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

Parte demandante: No presentó alegatos de conclusión.

Parte demandada: El apoderado de FONANDES S.A. presenta escrito ratificándose en el recurso de apelación interpuesto ante el Juzgado para que se nieguen las pretensiones de la demanda y prosperen las excepciones propuestas.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Resultan procedentes las condenas impuestas a FONANDES S.A.S. por concepto de indemnización moratoria y despido injusto a favor del señor WILSON MAURICIO CASANOVA DUARTE? y de ser así, si su liquidación se ajustó a los parámetros salariales correspondientes.

7. CONSIDERACIONES:

En este asunto, el señor WILSON MAURICIO CASANOVA DUARTE reclamó el reconocimiento de un contrato de trabajo con la demandada FONANDES S.A.S. del 16 de abril de 2016 al 1 de agosto de 2018 con sustitución patronal de la relación que mantuvo con DIVESA S.A.S. del 16 de noviembre de 2011 al 15 de abril de 2016 por un salario final de \$1.465.930, \$1.600.000 de viáticos y \$1.609.709 por comisiones en promedio, y por el cual afirmó no haber recibido prestaciones laborales del año 2018 y fue despedido sin justa causa.

A lo que se opuso la demandada aceptando la relación laboral y la sustitución patronal, aclarando el valor del salario y señalando, que, si bien inicialmente terminó la relación sin justa causa, luego de una auditoría encontró inconsistencias que conllevaron a variar la modalidad de despido, al de con justa causa, y que consignó judicialmente las prestaciones reclamadas.

La jueza *a quo* determinó, que, aceptada la relación laboral, no había lugar a reliquidar prestaciones por cuanto no se reclamó en la demanda esa pretensión, se verificó que el pago judicial cubría los valores adeudados pero no se justificó legalmente la tardanza y por lo tanto, no se evidenció un actuar de buena fe, y que era improcedente cambiar la naturaleza del despido notificado inicialmente, imponiendo la indemnización correspondiente; negando las demás pretensiones.

A estas conclusiones se oponen ambas partes en lo que les fue desfavorable; el actor alega, que pese a no solicitarlo en la demanda, era viable reliquidar las condenas en su favor incluyendo todos los conceptos que recibía del empleador por concepto de viáticos por conformar el salario. Por su parte, el demandado reitera que actuó de buena fe en la demora para pagar prestaciones y que procedía la variación de la naturaleza del despido, pues solo fue luego de la terminación que identificó la existencia de inconsistencias en el actuar del actor, al defraudar a los proveedores y causar perjuicios a la empresa.

De conformidad con el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con los asuntos que fueron materia de apelación y por ende, aquellas controversias excluidas por las partes en sus respectivos recursos no pueden ser objeto de análisis por esta Sala de Decisión. Como es el caso con la declaratoria de contrato de trabajo con sustitución patronal, y la negativa de la pretensión de daños morales.

En esa medida, procede la Sala a analizar uno a uno los temas que fueron enunciados por las partes en sus respectivos recursos de apelación, para dar respuesta al problema jurídico planteado:

a. Solicitud de reliquidación de prestaciones y condenas

Señaló el apoderado de la parte actora desde sus alegatos de conclusión, que era procedente condenar a la empleador a reconocer todos los pagos realizados al trabajador por concepto de viáticos como factores salariales y con ello, reliquidar las prestaciones sociales adeudadas y las indemnizaciones solicitadas; petición que fue negada por la *a quo*, al indicar que esa pretensión no fue incluida en la demanda y no se cumplían los presupuestos legales para una condena extra y ultra petita en este sentido, a lo que se opone la parte actora.

Se recuerda que el principio de congruencia derivado del artículo 278 del C.G.P., establece que son sentencias “...*las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien*”; y los artículos 280 y 281 del C.G.P. establecen que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos y las excepciones que hubieren sido alegadas, y su motivación debe limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones.

Respecto a este principio, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL638 de 2020 señala que “...*es el promotor del proceso quien marca el thema decidendum, por virtud de que el principio dispositivo del derecho procesal, en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, está gobernado por la regla que impone al interesado en la resolución de un conflicto jurídico de esta naturaleza, el deber de precisar al incoar el proceso, el tema de decisión y establecer los hechos en que funda su pretensión (...) la errada o falta apreciación de la pieza procesal de la demanda inicial, puede generar un error de hecho con el carácter de manifiesto que genere la vulneración del principio en comento*”.

Adicionalmente, en proveído SL2604 de 2021 se explicó:

“(...) *la Sala ha establecido que si el ad quem desborda los límites de la congruencia y decide pretensiones ajenas al debate procesal, puede incurrir en el quebrantamiento de dicho principio y comprometer la legalidad de la sentencia si: (i) la transgresión es relevante; (ii) afecta el derecho de defensa de alguna de las partes involucradas, y (iii) esto incide o sirve de medio para la infracción de una disposición sustancial -violación medio- (CSJ SL911-2016). Además, nótese que el juez de segundo grado también está sujeto a las materias específicas y debidamente sustentadas en la apelación que se haga contra la decisión primigenia, en virtud del referido y explicado principio de consonancia.*

Así, la Corte tiene adoctrinado que las anteriores directrices procesales hacen parte de la denominada congruencia externa del fallo, según la cual «toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia» (CSJ SL2808-2018).

A su vez, la congruencia interna «exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive» (CSJ SL2808-2018).

Por otra parte, debe destacarse que el principio de congruencia tiene excepciones precisas en el ordenamiento jurídico, como cuando: (i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibidem.”

Desde la demanda fue indicado por el actor, que devengaba un salario conformado por una asignación básica, por comisiones derivadas de su actividad comercial y por unos viáticos que se requerían por sus desplazamientos a otras ciudades; valor que, conforme al contrato de trabajo suscrito entre las partes, fue excluido de incidencia salarial acorde al artículo 128 del C.S.T. Situación y pacto de exclusión que no fueron cuestionados en momento alguno en la demanda, como resaltó la jueza *a quo*, por lo que el debate suscitado posteriormente sobre su ineficacia es un asunto ajeno al litigio fijado.

No resulta procedente que en el curso del proceso, cuando se ha fijado el litigio y cada parte conoce las pretensiones y excepciones del contrario, se intenten adicionar solicitudes de condenas sin acudir a los mecanismos legales correspondientes, como la reforma de la demanda; pues ello impide, que la contraparte, cuente con la oportunidad de controvertir los argumentos y pedir pruebas al respecto.

Tampoco se evidencia que se configuren las excepciones señaladas para obviar el principio de congruencia, al evidenciarse una situación abiertamente ilegal pues existe jurisprudencia pacífica sobre que los viáticos permanentes destinados a transporte y representación no constituyen salario (SL4304/2021); no hay un hecho sobreviniente pues desde la demanda se indicó la existencia de esos pagos y no se cuestionó su legalidad, y la jueza de primera instancia negó la posibilidad de expedir un fallo extra petita, sin que le esté permitido hacerlo al *ad quem* a menos que se trate de derechos ciertos e irrenunciables, lo que tampoco se evidencia. En consecuencia, no es de recibo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

b. Despido sin justa causa

Abordando ahora el recurso de la parte demandada, procede esta Sala de Decisión a analizar si en efecto se causa la indemnización por despido injusto; en principio el trabajador que alega la causación de derechos originados en un despido injusto, debe demostrar el hecho simple del despido, y al empleador le corresponde acreditar la ocurrencia de la justa causa legal que le permitió realizar el mismo, en los términos del artículo 167 del C.G.P., el cual dispone que le corresponde a las partes demostrar los supuestos de hecho en que se sustentan sus pretensiones.

Se advierte también, que el empleador cuando considere que existe justa causa puede unilateralmente y sin indemnización alguna despedir al trabajador, siempre y cuando, le haya comunicado al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar posteriormente hechos diferentes en un eventual proceso judicial, lo cual, debe ser inmediato al evento generador y debe estar relacionado entre las causas taxativamente previstas en el postulado normativo.

Precisamente la discusión planteada en este asunto, se deriva de que FONANDES S.A.S. comunicó al actor la terminación sin justa causa de su vínculo laboral a partir del 1 de agosto de 2018 condicionando el pago final de prestaciones a la entrega de unos paz y salvos; con posterioridad, el 28 de agosto de 2018, e indica que al no entregarse, se procedió a realizar una revisión que permitió evidenciar anomalías en su trato con los clientes y procede a solicitarle explicaciones; luego en carta del 26 de septiembre de 2018, indica que al no ser convincentes ni soportadas sus explicaciones, decide variar la decisión a despido con justa causa.

Es decir, luego de decidido el despido injusto, se decide a variar el mismo y alegar hechos diferentes para finalizar la relación laboral con la finalidad de evadir el pago de indemnización. Situación que está estrictamente prohibida por el parágrafo del artículo 62 del C.S.T., que reza: *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, **en el momento de la extinción**, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”*

Agregado a lo anterior; se debe tener en cuenta que el despido con justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, salvo que en el orden interno de la empresa se la haya dado expresamente ese carácter, según posición reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en providencia del 15 de febrero de 2011, Rad. no.39394, ha dicho:

“la naturaleza del despido no es la de una sanción, por lo que para adoptar una decisión de esta índole el empleador, salvo convenio en contrario, no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario”

Sin embargo, resulta claro que es inalienable la exigencia del derecho al debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política, ante la existencia de cualquier procedimiento judicial o administrativo, en razón a la primacía para cualquier decisión del principio de legalidad; por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que *“para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.”* (Providencia SL15245-2014. M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ)

De allí que, si bien no se le exija al empleador un procedimiento delimitado y concreto para el despido, ello no significa que este no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa; al respecto, recientemente en proveído SL2351 de 2020 la Sala de Casación Laboral ha complementado lo expuesto en precedencia y ha delimitado las garantías que deben preceder a la decisión de finalizar el vínculo laboral con base en una justa motivación, así:

*“a) **La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos .***

b) *La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.*

c) *Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;*

d) *Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.*

e) *La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido.”*

De la situación fáctica demostrada, resulta palmario concluir, que la actuación del empleador es abiertamente contraria no solo al parágrafo del artículo 62 del C.S.T., sino también a la garantía del debido proceso que es inherente a todos los trabajadores previo a un despido con justa causa, cuyo primer elemento es el deber de comunicarle al momento del despido, el motivo de la terminación sin que pueda ser variado.

En ese sentido, no resulta procedente entrar a valorar la demostración de la justa causa alegada, pues al no garantizarse el debido proceso del trabajador y contrariar expresamente la procedibilidad de alegar un motivo justificado, se causa inmediatamente la indemnización del artículo 64 del C.S.T. Por lo cual, se confirmará el literal a del numeral segundo de la sentencia apelada.

c. Indemnización moratoria

La parte demandada se opone a que se le condene por concepto de indemnización moratoria derivada del artículo 65 del C.P.T.Y.S.S., alegando que no se demostró mala fe en su actuación como empleadora, pues nunca desconoció la obligación prestacional a su cargo y la consignó por vía judicial el 4 de diciembre de 2018, aceptando el demandante que las retiró; indicando que la demora se justificó en la verificación de los paz y salvos exigidos al trabajador, que llevó finalmente a identificar irregularidades en su actuación.

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

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

ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador”.

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

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

Sobre la forma de valorar la mala fe, la sentencia SL11436 del 29 de junio de 2016 (Rad. 45.536 y M.P. GERARDO BOTERO) hace un recorrido sobre los precedentes que debe seguir todo funcionario judicial al estudiar la imposición de la indemnización moratoria; destacando que algunos elementos a tener en cuenta son la conducta del empleador, tanto en el desarrollo de la relación como con su finalización, esto es, *“en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder”*, recordando que en decisiones previas se dieron algunos parámetros como la necesidad de evaluar *“si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos”*, también si *“éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento”*.

En el presente caso, como se explicó previamente, en la carta de despido del 1 de agosto de 2018 se condicionó el pago final de prestaciones a la entrega de una serie de paz y salvos; situación que, de entrada, no está autorizada por ninguna norma y revisado el contrato de trabajo suscrito entre las partes, tampoco se pactó por las partes. Como resaltó la *a quo*, el artículo 250 del C.S.T. solo autoriza la pérdida del derecho de las cesantías, cuando el contrato termina por acto delictuoso o daño material grave, pero ya se determinó que el despido fue injusto.

Además, solo fue hasta el 26 de septiembre de 2018 cuando se decidió que las explicaciones del extrabajador no eran suficientes y eso deja un espacio casi de dos meses, en que no hubo justificación alguna que ameritara la demora en el pago de prestaciones.

Situaciones como la presente han sido analizadas por la Sala de Casación Laboral; por ejemplo, en providencia SL2637 de 2021, al analizar la defensa de un empleador que alegó haber retenido las prestaciones por la posible comisión de hurto y alteración de inventarios, se establece que *“no puede olvidarse que la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo sin aducir justa causa (...) Así las cosas, **si los hechos con los cuales se instauró la***

denuncia penal no fueron esgrimidos como móvil del fenecimiento contractual, no pueden resultar válidos para alegar y acreditar buena fe en la conducta empresarial. Por ello la denuncia penal jamás podría ser constitutiva de buena fe, ni tampoco útil para demostrar un comportamiento exonerativo de la sanción impuesta.”

En ese sentido, no solo carece de respaldo legal la exigencia de paz y salvos al trabajador para pagarle sus prestaciones cuando ocurre el despido, porque como señaló la jueza de instancia, ya se ha extinguido el poder subordinante; sino que además, tampoco se autoriza la retención por la posible existencia de faltas, defraudaciones o hechos delictivos y menos si las mismas no fueron alegadas como motivos del despido. Por lo que, se confirmará también la condena impuesta en el literal b del numeral segundo de la providencia atacada.

Fluye de lo expuesto, que ninguno de los argumentos de los apelantes está llamado a prosperar y ante ello, se confirmará íntegramente la decisión de primera instancia. Al no ser de recibo ninguno de los recursos, no habrá condena en costas de segunda instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la Sentencia del 12 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA, por lo explicado previamente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Primero (01) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2010-00320-02
RADICADO INTERNO:	19.420
DEMANDANTE:	MANUEL BELTRAN HERNANDEZ RAMIREZ
DEMANDADO:	ECOPETROL S.A.

Magistrada Ponente:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del auto del catorce (14) de febrero de dos mil veintiuno (2021), mediante el cual el despacho aprobó la liquidación de costas; a continuación, se dicta el siguiente:

AUTO

1. Antecedentes

El 26 de julio de 2010 el señor MANUEL BELTRAN HERNANDEZ RAMIREZ interpuso demanda ordinaria laboral contra ECOPETROL (folios 17 – 26 del expediente físico), pretendiendo que se declarara que existió una relación laboral por más de 20 años de servicio, y que la misma terminó por el reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo de la entidad demandada.

También pretendía, que se condenara a la demandada:

- A pagar la diferencia salarial existente entre él y el señor PABLO ERNESTO MORA JURADO, y sobre este valor, la correspondiente incidencia salarial durante los tres últimos años de servicio.
- A reconocer y pagar la incidencia salarial del valor de la alimentación que fue sufragar de forma permanente durante los últimos tres años de servicio y a pagar a la suma de \$21.867.284 por concepto de las cesantías que le fueron reconocidas pero no pagadas a fecha 25 de noviembre de 2009 y proyectadas al 30 del mismo mes y año.
- A reconocer y pagar la incidencia salarial de los valores correspondientes a seis mudas de ropa y tres pares de calzado (botas), considerados como salario en especie según el valor pagado al proveedor por Ecopetrol S.A. al proveedor que hacen parte integral del trabajo.
- A pagar el valor de la pérdida de la capacidad laboral resultante de las enfermedades de origen profesional tales como: la pérdida capacidad auditiva y la pérdida capacidad visual, según concepto de peritos, y a reliquidar y pagar las prestaciones sociales de los últimos

tres años de servicio, teniendo en cuenta los gananciales reales de este y reajustando todas las prestaciones sociales tales como: cesantías, primas, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación, primas de antigüedad, entre otras.

- Igualmente, solicitaba ante el no pago de las prestaciones sociales legales, que se condenara a la demandada, al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo. A pagar la retroactividad de la pensión de jubilación, y mesadas adicionales en el valor que resultare una vez efectuada la liquidación total de todos los gananciales, con los correspondientes reajustes legales desde su reconocimiento; a pagar intereses moratorios por las sumas que resultaren una vez realizada la liquidación de las prestaciones, con los intereses desde el momento en que se reconoció la pensión de jubilación y hasta la fecha de pago, e indexar todas las sumas referidas desde que el día en que se causaron hasta que se hiciera efectivo su pago.

En la misma fecha se realizó el respectivo reparto de la demanda (folios 26 - 27 del expediente físico) y se admitió por auto de fecha 29 de julio de 2010 (folio 29 del expediente físico). Por auto de fecha 18 de enero de 2012 se aceptó la contestación de la demanda (folio 103 del expediente físico). El 20 de marzo de 2012 se realizó audiencia de conciliación, excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, en la estuvo ausente el demandante (folio 109 - 111 del expediente físico). Con auto de 13 de abril de 2012 el Juzgado Laboral Adjunto de Descongestión avocó el conocimiento del proceso. Se realizó segunda audiencia de trámite el 23 de mayo de 2012 (folio 118 - 124 del expediente físico). A la tercera audiencia de trámite programada para el 19 de junio de 2012, no compareció el demandante, quien debía absolver interrogatorio de parte, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía según el artículo 145 del C. P. L. y de la S.S., se le concedieron tres días para que justificara su inasistencia, so pena de ser declarado confeso (folios 126 - 127 del expediente físico). En audiencia del 29 de junio de 2012 a la que asistió apoderada de la parte demandada, se declaró confeso el demandante al no justificar su inasistencia (folios 128 - 129 del expediente físico). A la cuarta audiencia de trámite que estaba programada para el 17 de julio de 2012 asistió apoderada parte demandada y esta se suspendió porque habiéndose librado los a la Junta Regional de Calificación de Invalidez y al Ministerio de Trabajo, para que calificaran al actor y expidieran copia de la Convención Colectiva, no se había procedido de conformidad (folio 132 del expediente físico), lo mismo paso el 28 de agosto de ese año (folio 133 del expediente físico).

El 30 de noviembre de 2012 en audiencia de juzgamiento el Juzgado Laboral Adjunto de Descongestión del Circuito de Cúcuta resolvió declarar: que entre las partes se verificó una relación laboral, vigente hasta el 29 de noviembre del 2009; parcialmente probada la excepción de prescripción; probada la excepción de buena fe en las actuaciones de la demandada, así mismo, se condenó a la demandada a que dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la providencia reconociera y pagara a favor del actor el reajuste de todas sus prestaciones sociales como son cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones y demás prestaciones a que hubiere lugar, derechos legales y extralegales, conforme a la incidencia salarial de alimentación reconocida y de acuerdo al costo real pagado por esa entidad, y en consecuencia, el reajuste de la pensión de jubilación del actor desde el momento de su reconocimiento, esto es, 29 de noviembre del 2009 y de las respectivas mesadas pensionales, conforme a la incidencia salarial de la alimentación reconocida, e igualmente, que las condenas impuestas a la demandada se debían ajustar al IPC certificado por el DANE desde que se hicieron exigibles, estos es, desde la fecha de la causación de cada uno de

los derechos reconocidos mes a mes y hasta cuando se hiciera efectivo su pago total. Se declaró que no había lugar a hacer pronunciamiento alguno respecto de las demás excepciones propuestas por la demandada y absolvió a la misma de las demás pretensiones formuladas en su contra por el actor. También se condenó en costas a la demandada (folios 256 – 266 del expediente físico).

El Apoderado de la parte demandada presentó apelación contra la sentencia (folios 267 – 268 del expediente físico), una vez fue admitido dicho recurso por auto de 05 de marzo de 2013 (folio 276 del expediente físico), el apoderado de la parte recurrente presentó alegatos de conclusión (folios 277 – 278 del expediente físico) y el apoderado del demandante también presentó los respectivos alegatos (folios 279 – 283 del expediente físico).

En providencia del 09 de abril de 2013, la Sala de Decisión Laboral Del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada y condenó en costas a la parte demandada. Hubo salvamento de voto por parte del Dr. ANTONIO JOSÉ ACEVEDO GÓMEZ, dado que en su criterio debió revocarse el fallo de la primera instancia en cuanto a que se reconoció incidencia salarial al auxilio de alimentación con los consiguientes reajustes prestacionales, incluida la pensión de jubilación, todo ello con indexación, y en cuanto condeno en costas procesales a la parte demandada (folios 285 - 295 del expediente físico).

Contra la decisión de segunda instancia el apoderado de la parte demandada en término oportuno interpuso recurso de casación (folio 296 del expediente físico). Este recurso se admitió el 19 de febrero de 2014 (folio 303 del expediente físico) y fue sustentado en término legal (folios 329 – 336 del expediente físico), así mismo, la parte opositora describió traslado en término (folios 343 – 347 del expediente físico).

La Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en SL2051-2019, radicación n. ° 63995, Acta 17 del 5 de junio de 2019, M.P. Dr. CARLOS ARTURO GUARIN JURADO, casó la sentencia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el nueve 09 de abril de 2013, en el en el presente proceso, en cuanto confirmo el reconocimiento de la incidencia salarial de la alimentación., y resolvió revocar los ordinales segundo, cuarto y séptimo de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2012 por el Juzgado Laboral Adjunto de Descongestión y, en su lugar, absolver a la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ECOPETROL S. A. del reconocimiento de la alimentación como factor salarial y de las costas del proceso. Respecto a las costas, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 CGP, condenó en costas de ambas instancias al demandante, como quiera que no saco adelante ninguna de sus suplicas (folios 360 – 372 del expediente físico).

El 22 de agosto de 2019 esta Sala en aras de obedecer y cumplir lo ordenado por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral de Descongestión No. 2., profirió auto fijando como agencias en derecho en segunda instancia la suma de 1 S.M.M.L.V., equivalente a \$828.116.000, e indicando que la liquidación de las costas y las agencias en derecho señaladas por la Corte Suprema de Justicia le correspondían liquidarlas al Juzgado que conoció en primera instancia el proceso por expreso mandato del Artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del C.P. del T. y de la S.S. (folio 375 del expediente físico).

2. Decisión que se pretende recurrir

En actuación del 13 de febrero de 2020, el Secretario del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta elaboró la liquidación de costas, consignando como agencias en derecho de primera instancia la suma de \$ 828.116 y de segunda instancia el mismo valor, para un total de \$1.656.232, lo que fue aprobado en auto del día 14 del mismo mes y año (folio 377 del expediente físico).

3. Recurso de apelación

El apoderado de la parte demandada presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación (folios 378 – 379 del expediente físico), argumentando lo siguiente:

- Que, la liquidación de costas practicada carece de soporte objetivo en las pruebas enunciadas al numeral 4 del artículo 366 del C.G.P., relacionadas con la fundamentación para su fijación, pues debe sostener los criterios a tenerse en cuenta para el cálculo de la misma, tales como: la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigo personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.
- Que, la condena en costas es el resultado de las que se le impongan a cada uno de los sujetos procesales en el trámite del proceso y representan los gastos necesarios para el mismo tales como, copias, impuestos, gastos de desplazamiento, gastos de apoderados, y las agencias en derecho que se conceden a favor de la parte demandante o demandada en contraprestación por los gastos en que incurrió en la representación judicial requerida para presentarse al proceso, pero estas no constituyen honorarios profesionales que deban ser cancelados a los apoderados judiciales.
- Que, de acuerdo a lo anterior, lo dispuesto por la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL 2051-2019, radicación No. 63995 de fecha 05 de junio de 2019 y lo establecido por el legislador en el Acuerdo 1887 de junio 26 de 2003 numeral 2.1.2. a favor del empleador, aplicable por expresa disposición del legislador, se tiene que el valor de las costas procesales a favor de ECOPETROL S.A. tienen como límite máximo hasta 4 S.M.L.M.V., por lo que dada la falta de prueba exigida para la práctica correcta de la liquidación de costas, considera que esta resulta exageradamente mínima, teniendo en cuenta la duración del proceso (más de 10 años), tiempo en el cual la representación ha generado un desgaste importante en cuanto a la defensa técnica, así como que la entidad demandada se vio en necesidad de interponer los recursos pertinentes frente a las providencias y adicionalmente interponer el recurso extraordinario de casación, para lo que debió asignar un abogado casacionista, lo que generó un costo adicional, por lo que considera que la liquidación no se encuentra ajustada a los presupuestos del artículo 366 del C.G.P. y el demandante debió ser condenado a reconocer y pagar a su representada un valor correspondiente a 4 S.M.L.M.V. equivalentes a TRES MILLONES QUINIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS DOCE PESOS (\$3.511.212).

En decisión del 02 de julio de 2021, el juzgado no accedió a reponer lo actuado, indicando que se tuvo en cuenta el numeral 2.1.2. del Acuerdo 1887 de junio 26 de 2003 que permite al operador fijar las agencias en derecho entre 1 a 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al fijar 1 S.M.L.M.V (\$ 828.116.00) en primera instancia, y que sumada a las costas señaladas en segunda instancia en providencia del 22 de agosto de 2019 (\$ 828.116,00), las cuales se deben acatar y adoptar por lo establecido en el

Art. 133-2 y 239 del C.G.P., dio un total de costas aprobadas en la actuación por valor de \$ 1.656.232,00, es decir, 2 S.M.LM.V. del año 2019, las cuales se encuentran ajustadas a derecho y son razonables, ya que se trata de un trabajador que es un asalariado. Así mismo, resaltó, que las agencias en derecho que se fijan son una ayuda a la parte para contribuir con los gastos del proceso, entre ellos el pago de honorarios y que no hay en el plenario prueba de los gastos que hizo la empresa. Por lo anterior, concedió el recurso de apelación interpuesto.

4. Alegatos de conclusión

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

- **PARTE DEMANDADA ECOPETROL:**

El apoderado de ECOPETROL solicitó que se revoque el auto que aprobó la liquidación de costas de fecha 14 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta y en su lugar se ordene rehacer la misma conforme a los parámetros ya fijados por La Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta sobre el tema de fijación de agencias en derecho no ajustadas a la normatividad vigente, dando la razón a los argumentos expuestos por esa defensa.

Manifestó que teniendo en cuenta que no hubo necesidad de practicar nuevas pruebas, y que el tema objeto del recurso se trata de pleno derecho, reitera todos y cada uno de los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente al de reposición.

5. Consideraciones de la Sala:

Teniendo en cuenta los antecedentes, es preciso concluir, que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 11° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que resuelva la objeción a la liquidación de las costas respecto de las agencias en derecho*”.

Le corresponde a la Sala de Decisión Laboral analizar, si en el presente caso es procedente o no el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la providencia de fecha 14 de febrero de 2020, mediante el cual el *a quo* ordenó la aprobación de la liquidación de las costas.

Pues bien, debe decirse que en relación con las costas, el artículo 365 numeral 1° del C.G.P., aplicable por analogía a los procesos laborales de acuerdo con el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que hay lugar a la condena en costas, entre otros, cuando la parte sea vencida en el proceso.

Ahora, la liquidación de costas, en las cuales se incluyen las agencias en derecho, se concreta en una condena procesal, derivada del resultado del proceso, y su finalidad es que la parte comprometida en la controversia que es vencida en el juicio asuma el valor de las expensas procesales, que son las costas y las agencias en derecho (gastos de apoderamiento de la contraparte). Y para la aplicación de la condena, el legislador ha escogido el criterio objetivo, esto es, que las costas corren en todo caso a cargo del vencido, abstracción hecha de su intención y de su conducta en el trámite del proceso, entendiéndose, además, que las agencias en derecho son una porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de parte vencedora.

No obstante, si bien la imposición de la condena en costas y agencias en derecho es automática, el valor de ésta se fija teniendo en cuenta las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura, y si éstas establecen un mínimo o un máximo, el juez debe tener en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales para la liquidación de las mismas, según lo dispone el numeral 4º del artículo 366 del C.G.P.

La H. Corte Constitucional, en la sentencia C-539 de 1999, define las costas de la siguiente manera:

“(...) Las costas pueden ser definidas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial. Esta carga económica comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales - vale la pena precisarlo - se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial.

Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es el juez quien, de manera discrecional, fija la condena por este concepto con base en los criterios establecidos en el artículo 393-3 del Código de Procedimiento Civil (tarifas establecidas por el Ministerio de Justicia o por el colegio de abogados del respectivo distrito y naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el representante judicial o la parte que litigó personalmente). Dicha condena no corresponde, necesariamente, a los honorarios efectivamente pagados por la parte vencedora a su apoderado (...).”

Al revisar el trámite surtido en primera y segunda instancia, así como en sede de casación, se advierte, que la demandada ECOPETROL S.A fue absuelta de las pretensiones objeto del litigio, y en consecuencia hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

En lo referente a las agencias en derecho, teniendo en cuenta que el proceso ordinario laboral inició en el año 2010 y la sentencia de segunda instancia fue dictada en 2014, por ende la norma aplicable es la vigente en el curso de ambas instancias judiciales, esto es el Acuerdo No. 1887 de junio 26 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura, en donde se establece lo siguiente:

“ARTICULO PRIMERO. - *Objetivo y ámbito de aplicación. Es objetivo de este Acuerdo establecer, a nivel nacional, las tarifas de agencias en derecho aplicables a los procesos judiciales.*

ARTICULO SEGUNDO. - *Concepto. Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento.*

ARTICULO TERCERO. - *Criterios. El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones.*

PARAGRAFO. - *En la aplicación anterior, además, se tendrán en cuenta las normas legales que en particular regulen la materia.*

ARTICULO CUARTO. - *Fijación de tarifas. Las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia.*

PARAGRAFO. *En los eventos de terminación del proceso sin haberse proferido sentencia, o ésta sea solamente declarativa, se tendrán en cuenta los criterios previstos en el artículo tercero, sin que en ningún caso la tarifa fijada supere el equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*

[...]

ARTICULO SEXTO. *Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:*

[...]

LABORAL

2.1. PROCESO ORDINARIO

[...]

2.1.2. A favor del empleador:

Única instancia.

Hasta dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Primera instancia.

Hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Segunda instancia.

Hasta dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
PARÁGRAFO. *En los eventos en que las partes sean entidades administradoras, o éstas y el empleador, se aplicarán las tarifas del numeral 2.1.2.”*

El apoderado de la parte demandada, indica, en el recurso de apelación, que la liquidación de costas realizada, resulta exageradamente mínima, teniendo en cuenta la duración del proceso, tiempo en el cual la representación ha generado un desgaste importante en cuanto a la defensa técnica, así como que su representada se vio en necesidad de interponer los recursos pertinentes frente a las providencias y adicionalmente interponer el recurso extraordinario de casación.

En este caso, observa la Sala que el secretario del juzgado practicó la liquidación de costas causadas en primera y segunda instancia de manera concentrada, fijando la suma de OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO DIECISEIS PESOS MCTE (\$828.116) como valor de agencias en derecho a favor de la parte demandada para cada instancia, para un total de UN MILLON SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS MCTE. Cabe resaltar que el valor de agencias en derecho de la segunda instancia que fue registrado en la liquidación objeto de recurso, corresponde al ordenado por esta Sala, no obstante, no se encontró en el expediente auto por medio del cual el juez *a quo* fijara agencias en derecho de la primera instancia, por lo que se concluye que dicha fijación se hizo de manera tácita al aprobarse la liquidación de costas practicada por secretaría

y en la cual se consignó el valor previamente citado, aunado a que no se repuso la decisión del auto impugnado.

Como señalaron el juez de primera instancia y el recurrente, el numeral 2.1.2. del artículo 6. ° del Acuerdo 1887 de junio 26 de 2003, establece que en los procesos ordinarios laborales se pueden fijar como agencias en derecho hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales a favor del empleador.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esos límites corresponden a los máximos permitidos por el Acuerdo y el juez para fijar el monto de las agencias en derecho debe seguir los criterios a los que nos referimos inicialmente.

En este caso, la parte demandante presentó la demanda ordinaria el 26 de julio de 2010 y fue admitida el 29 de julio del mismo año. Por auto de fecha 18 de enero de 2012 se aceptó la contestación de la demanda. El 20 de marzo de 2012 se realizó audiencia de conciliación, excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, en la estuvo ausente el demandante. El 23 de mayo de 2012 se realizó segunda audiencia de trámite. El 19 de junio de 2012 se suspendió la tercera audiencia de trámite al no comparecer el demandante, quien debía absolver interrogatorio de parte. En audiencia del 29 de junio de 2012 se declaró confeso el demandante al no justificar su inasistencia. La cuarta audiencia de trámite que estaba programada para el 17 de julio 2012 se suspendió, lo mismo pasó el 28 de agosto de ese año. El 30 de noviembre de 2012 en audiencia de juzgamiento el Juzgado Laboral Adjunto de Descongestión del Circuito de Cúcuta profirió sentencia en contra de la parte demandada, respecto de la cual se presentó apelación, que fue admitida por auto de 05 de marzo de 2013, los apoderados de las partes presentaron alegatos de conclusión y en providencia del 09 de abril de 2013 la Sala de Decisión Laboral Del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada. Contra la decisión de segunda instancia el apoderado de la parte demandada en término oportuno interpuso recurso de casación, que fue admitido el 19 de febrero de 2014, fue sustentado en término legal y la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en SL2051-2019, radicación n. ° 63995, Acta 17 del 5 de junio de 2019, M.P. Dr. CARLOS ARTURO GUARIN JURADO, casó la sentencia dictada en segunda instancia y resolvió revocar los ordinales segundo, cuarto y séptimo de la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2012 por el Juzgado Laboral Adjunto de Descongestión y, en su lugar, absolver a la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ECOPETROL S. A. del reconocimiento de la alimentación como factor salarial y de las costas del proceso, condenando en costas de ambas instancias al demandante, como quiera que no saco avante ninguna de sus suplicas.

Observa la Sala que entre la admisión de la demanda y la fijación del litigio transcurrieron más de dos años, y que posterior a esto, al obtener sentencia desfavorable, el demandado a través de su apoderado judicial interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia y que el trámite de la segunda instancia fue inferior a seis meses, no obstante, nuevamente la decisión fue contraria a los intereses de la entidad demanda, por lo que interpuso recurso de casación, respecto del cual se realizó pronunciamiento en el año 2019, obteniendo finalmente la absolución ECOPETROL S.A., es decir, que transcurrieron casi nueve años para conseguir la decisión que resolviera finalmente el litigio, y durante este tiempo la actividad de la parte demandada fue acuciosa durante todo el trámite procesal, y a pesar que las decisiones de primera y segunda instancia le fueron desfavorables, logró obtener su absolución por medio el recurso extraordinario de casación.

Así las cosas, al realizar un análisis de las circunstancias procesales descritas, se concluye que es procedente ajustar las agencias en derecho

fijadas por el juez de primera instancia y aumentar el monto fijado para adecuarlo a una tasa que se corresponda con la duración y la gestión ejecutada por la parte vencedora en primera instancia; que por lo manifestado previamente, se estima deben ser equivalentes a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, pues se evidencia una actividad jurídica del recurrente para evitar la prosperidad de las pretensiones.

Por lo anterior, se revocará la decisión del juez *a quo*, contenida en la providencia de fecha 14 de febrero de 2020, que aprobó la liquidación de las costas realizada el día 13 del mismo mes y año, para en su lugar, rehacer las mismas y fijar como agencias en derecho de primera instancia la suma de DOS MILLONES CUATROCINETOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$2'484.348) equivalente a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2019, a cargo del señor MANUEL BELTRAN HERNANDEZ RAMIREZ y a favor de la entidad demandada ECOPEPETROL. En consecuencia, al no controvertirse las agencias en derecho de la segunda instancia, fijadas en OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL CIENTO DIECISEIS PESOS MCTE (\$828.116), dispone la Sala APROBAR como liquidación de costas la suma de TRES MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$3'312.464).

Teniendo en cuenta que resultó favorable a la parte demandada la decisión del recurso de apelación, no se condenará en costas y así mismo se dispone devolver el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previos las anotaciones del caso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el auto impugnado del catorce (14) de febrero de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva y en su lugar fijar como agencias en derecho de primera instancia la suma de DOS MILLONES CUATROCINETOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$2'484.348) equivalente a tres salarios mínimos mensuales legales vigentes para el año 2019, a cargo del señor MANUEL BELTRAN HERNANDEZ RAMIREZ y a favor de la entidad demandada ECOPEPETROL. En consecuencia, APROBAR como liquidación de costas la suma de TRES MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$3'312.464).

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2018-00375-01
RADICADO INTERNO:	19.421
DEMANDANTE:	MARIA PURIFICACIÓN BELTRAN
DEMANDADO:	COLPENSIONES, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y NUEVA E.P.S.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada POSITIVA S.A. contra la sentencia del 19 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora MARÍA PURIFICACIÓN BELTRÁN interpuso demanda ordinaria laboral mediante apoderada judicial contra la A.R.L. POSITIVA y COLPENSIONES, solicitando como pretensiones principales que se declare: que COLPENSIONES le otorgó la pensión de sobreviviente erróneamente y bajo su exclusiva responsabilidad; que la A.R.L. POSITIVA le adeuda el valor del retroactivo de la pensión de sobreviviente desde el 22 de septiembre de 2014 y hasta el 31 de octubre de 2016. Que se dé por terminado el proceso de cobro coactivo que se adelanta en su contra por parte de COLPENSIONES bajo el radicado No. DCR-2017001923. Que siempre ha actuado de buena fe frente a las demandadas, y COLPENSIONES obró de mala fe al negarse a realizar el recobro ante la A.R.L. POSITIVA y que la A.R.L. POSITIVA obró de mala fe al negarse a realizarle el pago del retroactivo completo. Como consecuencia de lo anterior solicitó que se condene a la A.R.L. POSITIVA al pago del retroactivo que le adeuda y que fue reconocido por valor de \$22.113.936, o el que se determine.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se ordene: a COLPENSIONES realizar el recobro a la A.R.L. POSITIVA de lo que adeuda por valor de \$15.920.726 o el que se determine; a la A.R.L. POSITIVA pagar de forma inmediata a COLPENSIONES el valor de \$15.920.726 que adeuda o el que se determine; a la A.R.L. POSITIVA a pagarle la diferencia entre lo debido a

COLPENSIONES y lo reconocido a su favor como retroactivo por valor de \$6.193.210 o el que se determine.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló:

- Que el señor LUIS ALFREDO LÓPEZ BELTRÁN, falleció el día 22 de septiembre del año 2.014, como consecuencia de un accidente de trabajo y se encontraba afiliado a la A.R.L. POSITIVA al momento del siniestro. Así mismo, que dicho accidente de trabajo fue reportado en debida forma y reconocido como tal por la A.R.L. POSITIVA.
- Que su hijo el señor LUIS ALFREDO LÓPEZ BELTRÁN era un hombre soltero y sin hijos, de quien dependía económicamente pues tiene 67 años.
- Que COLPENSIONES le reconoció a través de Resolución GNR 82917 del 19 de marzo de 2.015 la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su hijo, por valor de un salario mínimo legal mensual vigente.
- Que solicitó a la A.R.L. POSITIVA el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente el día 01 de septiembre del año 2.015 bajo el radicado 2015-54-001-029390, con el fin de que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente a que tiene derecho por el fallecimiento de su hijo en un accidente de trabajo.
- Que después de radicar la documentación correspondiente en la A.R.L. POSITIVA y de las investigaciones realizadas por los mismos, en el mes de diciembre del año 2.015 recibió por parte de dicha entidad un escrito en donde se manifiesta que sí tiene derecho a la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su hijo en un accidente laboral y para obtener dicho reconocimiento se debe presentar la revocatoria de la resolución de reconocimiento proferida por COLPENSIONES.
- Que, de acuerdo con ello, presentó a través de apoderada judicial una respuesta el día 20 de enero de 2.016, indicando su estado económico y solicitando que sincronizaran con COLPENSIONES su ingreso y retiro de la nómina de pensiones con el fin de no quedar desamparada económicamente, ni tampoco en su afiliación a la EPS, frente a lo cual obtuvo respuesta el 29 de abril de 2.016, en donde nuevamente le solicitaron renunciar a la pensión de sobreviviente de COLPENSIONES. Que accedió y renunció el día 31 de octubre de 2.016 a la pensión que ostentaba en COLPENSIONES mediante la resolución GNR 324301.
- Que en el mes de enero de 2.017 le notificaron a través de oficio radicado SAL 537, que la A.R.L. POSITIVA le reconoció la pensión de sobreviviente con retroactivo desde el 01 de noviembre de 2.016 hasta febrero de 2.017, fecha en la que inició el pago de su mesada pensional.
- Que el día 08 de febrero de 2.017, COLPENSIONES a través de la Resolución 42971 le ordenó reintegrar los dineros pagados por valor de \$15.920.726. Que el 14 de marzo de 2.017 interpuso recurso de

reposición y en subsidio apelación con el fin de informar a COLPENSIONES que el reconocimiento de la ARL POSITIVA iba desde el 01 de noviembre de 2.016.

- Que el día 14 de marzo de 2.017 ofició a la ARL POSITIVA con el fin de que procediera a reconocer el pago del retroactivo desde el fallecimiento de su hijo, es decir desde el 22 de septiembre de 2.014.
- Que el día 27 de abril de 2.017 se le notificó de Resolución N. SUB-36030 del 20 de abril de 2.017 emitida por COLPENSIONES, en donde resolvieron el recurso de reposición y confirmaron la resolución 42971.
- Que el día 16 de mayo de 2.017 la A.R.L. POSITIVA a través de oficio radicado SAL 60912 le informó que reconocerían el retroactivo completo desde la fecha de fallecimiento de su hijo y solicitaron que COLPENSIONES realice un recobro para cancelarle el pago que habían asumido por parte suya. Que el 24 de mayo de 2.017 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación ante COLPENSIONES por lo manifestado por la A.R.L. POSITIVA. Que el día 06 de julio de 2.017, se notificó la Resolución N° DIR 8700 del 20 de junio de 2.017 emitida por COLPENSIONES, en donde se resolvió el recurso de apelación y confirman la Resolución 42971, que en dicha resolución se menciona lo informado por la A.R.L. POSITIVA y se establece que será la Dirección Nacional de Cartera la encargada de estudiar la pertinencia de los términos planteados para los descuentos autorizados con ocasión al acuerdo de pago.
- Que el 12 de octubre de 2.017 la A.R.L. POSITIVA nuevamente emitió un oficio en donde de manera enfática manifestó que desde el mes de julio se encuentran a la espera de lo que se resuelva por parte de la DIRECCIÓN NACIONAL DE CARTERA de COLPENSIONES con respecto a la solicitud de que la misma realice un recobro a dicha entidad y que por ende se niega a pagar el retroactivo a que tiene derecho. Que COLPENSIONES se niega a cobrarle a A.R.L. POSITIVA pues alega que ella es la única que debe cancelarle, y frente a las negativas de las demandadas se encuentra en desventaja.
- Que la pensión reconocida por A.R.L. POSITIVA es superior a la pagada por COLPENSIONES y por ende existe un saldo a su favor que debe ser cancelado por ARL POSITIVA.
- Que solo tiene la vivienda que habita junto con los cinco nietos menores de edad que tiene a su cuidado y bajo su tutela, de lo cual tiene pleno conocimiento la A.R.L. POSITIVA y que dicha vivienda se encuentra a punto de ser embargada por parte de COLPENSIONES, lo que le generaría un perjuicio irremediable. Que no cuenta con los medios económicos para cubrir el pago a COLPENSIONES.
- Que duró cuatro meses sin percibir su mesada pensional a tiempo mientras estuvo a la espera del reconocimiento y pago por parte de la A.R.L. POSITIVA.

- Que el día 29 de enero de 2018 COLPENSIONES le envió la resolución 005967 de fecha 29 de diciembre de 2017, en donde informan el inicio del proceso de cobro coactivo No. DCR-2017001923. Que el día 9 de febrero de 2018 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución 005967. Que el día 11 de abril de 2018 se notificó la resolución No. 2018 1519639 por parte de COLPENSIONES, en donde se rechazan los recursos interpuestos y se confirma el proceso de cobro coactivo instaurado en su contra.

La demandada COLPENSIONES al contestar la demanda a través de apoderada judicial, expresó:

- Que admitía algunos hechos de la demanda y a su vez no le consta que el señor LUIS ALFREDO LÓPEZ BELTRÁN era un hombre soltero y sin hijos, ni que de él dependía económicamente su señora madre MARÍA PURIFICACIÓN BELTRÁN. Así mismo, señaló que no le constan los hechos manifestados por la demandante respecto a los pronunciamientos de funcionarios de esa entidad sobre la solicitud de realizar a POSTIVA S.A. el cobro del retroactivo que la actora adeuda, ni lo relacionado a que la pensión reconocida por la A.R.L. POSITIVA es superior a la pagada por esa entidad y existe saldo a favor de la demandante y tampoco, lo atinente a que la actora duró cuatro meses sin percibir su mesada pensional a tiempo mientras estuvo a la espera del reconocimiento y pago por parte de la A.R.L. POSITIVA.
- Indicó, que la Dirección Nacional de Cartera de esa entidad debe cobrar directamente al afiliado en los momentos en que haya recibido efectivamente el pago de los dineros a título de mesada pensional y la demandante tiene el deber de reintegrar los dineros que ha recibido de parte de esa entidad.
- Señaló, oponerse a que se declare que otorgó la pensión de sobreviviente a la señora María Purificación Beltrán erróneamente y bajo su exclusiva responsabilidad, toda vez que reconoció la prestación reclamada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y según se indicó en las resoluciones que resolvieron la solicitud presentada por la demandante y los recursos de reposición y apelación que las resolvieron, la prestación económica reconocida se dio con ocasión a la muerte del afiliado LUIS ALFREDO LOPEZ BELTRAN, sin embargo la A.R.L. POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, reconoció pensión de sobreviviente como consecuencia del accidente laboral sufrido por el asegurado, prestaciones económicas que resulta incompatibles de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 776 de 2002.
- Expresó, que se opone a que se dé por terminado el proceso de cobro coactivo en contra de la actora que tiene el radicado No. DCR-2017001923, en virtud de que se adelanta por la Gerencia Nacional de Cobro y es la vía legal para recaudar los dineros recibidos por la demandante pues no procedió a su reintegro.

- Indicó, que se opone a que se declare que la demandante siempre ha actuado de buena fe frente a las demandadas, por cuanto debe acreditar que su actuar se ha desarrollado bajo dicho marco.
- Manifestó, oponerse a que se le ordene realizar el recobro a la A.R.L. POSITIVA de lo adeudado por la demandante, ya que mediante resolución GNR 42971 del 08 de febrero de 2017, se dispuso adelantar proceso ejecutivo en contra de la actora, porque no reintegró los dineros recibidos a título de mesada pensional, ni tampoco autorizó la revocatoria de la resolución GNR 92917 del 19 de marzo de 2015.
- Que se opone a que se ordene a la A.R.L. POSITIVA pagarle de forma inmediata el valor adeudado por la demandante, hasta tanto la DIRECCION NACIONAL DE CARTERA analice la propuesta de pago presentada por la actora.
- Manifestó, que se tornaría significativamente gravoso acceder a la solicitud deprecada en la demanda, por lo que solicita se nieguen las pretensiones de la demandante, en protección de los recursos del Estado.
- Afirmando, que no puede accederse a las pretensiones de la demanda, por cuanto las pensiones resultan incompatibles, ya que se debió proceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión, tal y como lo expone el artículo 15 de la Ley 776 de 2002, sin embargo la demandante es deudora de COLPENSIONES, ello con base a las mesadas pensionales recibidas entre el periodo 22 de septiembre de 2014 al 30 de octubre de 2016 y que equivalen a la suma de QUINCE MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL SETECIENTOS VEINTISEIS PESOS M/CTE (\$15.920.726.00), que deben ser reembolsadas.
- Propuso como excepciones de mérito: inexistencia del derecho reclamado, buena fe de la entidad demandada, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. al contestar la demanda a través de apoderada judicial, manifestó:

- Que admitía algunos hechos de la demanda relacionados al señor LUIS ALFREDO LOPEZ BELTRAN, como su fecha de fallecimiento y la causa de esta.
- Admitió algunos hechos que están relacionados a esa entidad, como que la demandante radicó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes, y que se adelantó la correspondiente investigación de dependencia económica, conceptuando que era procedente el reconocimiento. Así mismo, que quien debe adelantar la solicitud de pago del retroactivo pensional ante esa A.R.L. es COLPENSIONES, razón por la cual no puede realizar el pago de este a la demandante, porque se podría incurrir en un detrimento patrimonial del sistema de seguridad social, al pagar dos veces, la misma prestación de sobrevivientes. También manifestó que no le constan los hechos que hacen referencia a COLPENSIONES.

- Indicó que se opone a reconocer la existencia del retroactivo pensional a la demandante desde el 22 de septiembre de 2014 al 31 de octubre de 2016, porque, la misma accionante, confesó que dicho retroactivo fue reconocido por COLPENSIONES, entidad que es la titular de este y por lo tanto no puede cancelar los dineros del retroactivo pensional enunciado directamente a la pensionada.
- Argumentó que no actuó de mala fe al negarse a pagar el retroactivo pensional a la demandante porque inicialmente quien incurrió en el error de reclamar el pago de la pensión de sobrevivientes ante COLPENSIONES y no ante esa Aseguradora, fue la actora, quien está intentando beneficiarse de su propia culpa, así mismo, que no puede disponer de los dineros del sistema para entregárselos a la demandante, porque, quien generó el pago, fue COLPENSIONES y no existe ninguna garantía que los dineros van a ser entregados a la administradora del RPMPD, y en caso de se generara equivocadamente el pago a la demandante, y no cumpliera con la entrega del mismo a COLPENSIONES, esta podría entrar a cobrarle, según lo dispuesto en el Código Civil, generando un detrimento en las finanzas del sistema general de riesgos laborales. Que, por lo anterior, esa entidad está actuando con diligencia, para proteger los dineros del Sistema, y evitar posibles investigaciones de tipo disciplinario y hasta penal. Informó que COLPENSIONES no ha realizado requerimiento alguno para que pueda generar el pago del retroactivo pensional y se estaría estructurando la prescripción del pago de este.
- Señaló, que no es procedente reconocer el retroactivo pensional, en cuanto a la diferencia que dice la demandante, porque, debe probarse dentro del proceso que, el valor de la pensión de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA, es superior a la reconocida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES — COLPENSIONES.
- Finalmente, expresó que no está facultada por ley para reconocer el retroactivo pensional deprecado por la demandante porque estaría infringiendo una norma de tipo constitucional que prohíbe el pago simultáneo de una prestación (llámese salarios o mesada pensional) a cargo del erario, en detrimento del sistema de seguridad social.
- Propuso como excepciones de mérito: falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de la obligación a cargo de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., buena fe, falta de título o causa, genérica y prescripción.

A través de escrito presentado el 08 de octubre de 2019, la apoderada de POSITIVA S.A. solicitó como saneamiento del proceso que se vinculara como litisconsorte necesario a la NUEVA EPS S.A., argumentando que la demandante se encuentra inscrita en esa entidad y en el proceso se debaten dineros generados por la pensión que se reconoce, sobre los cuales se debe determinar si la EPS mencionada tiene derecho o no a percibir el pago las cotizaciones al sistema de salud, en el lapso del 23 de septiembre de 2014 al 31 de octubre de 2016, por valor de \$2.050.894.

Por auto de fecha 21 de octubre de 2019 se ordenó integrar como litisconsorte necesario a la NUEVA EPS S.A.

La demandada NUEVA EPS S.A. al contestar la demanda a través de apoderado judicial, manifestó:

- Que no le constan los hechos de la demanda pues son ajenos a su conocimiento, e informó que según consulta realizada en la página de la ADRES, la señora María Purificación Beltrán y el señor Luis Alfredo López, no han sido usuarios activos, ni han pertenecido a esa EPS en calidad de beneficiarios o aportantes, por consiguiente, jurídicamente no le nació obligación alguna en cuanto al aseguramiento en servicios asistenciales o de prestaciones económicas.
- Expresó que no se opone a las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, pero si manifestó oponerse a las pretensiones principales y subsidiarias porque no es la llamada legalmente a reconocer cualquier prestación pensional de sobreviviente.
- Propuso como excepciones de mérito: falta de legitimación en la causa por pasiva y la genérica.

El Procurador 10 Judicial I para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, al presentar alegatos en la audiencia del 19 de julio de 2019 manifestó:

- Que está claro que la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes a cargo del Sistema de Riegos Laborales, como reconoció POSITIVA S.A. y que COLPENSIONES reconoció la pensión de manera errónea porque el origen de la contingencia fue profesional y no común.
- Que una cosa es la obligación que tiene la A.R.L. de pagar al beneficiario de la pensión de sobrevivientes el retroactivo pensional y otra obligación independiente es si la demandante debe o no reembolsar a COLPENSIONES el pago de unos valores recibidos por concepto de pensión de sobreviviente indebidamente pagados.
- Que POSITIVA se equivoca al negarse a pagar el retroactivo a la actora bajo el argumento de que esa plata le corresponde a COLPENSIONES, porque no hay norma que la faculte para tomar esa decisión, por lo que es claro que el retroactivo le corresponde a la demandante, y el hecho de que ella deba pagarle a COLPENSIONES es una obligación diferente que tiene un proceso aparte, que inclusive ya está tramitando esa entidad, por lo que considera que la demandante tiene derecho al pago del retroactivo y solicitó que se condene a POSITIVA S.A. y se absuelvan las demás entidades.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Identificación del Tema de Decisión

En la sentencia del 19 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, se resolvió:

“Primero. - Condenar a POSITIVA ARL a pagar a la demandante el retroactivo de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo, el cual asciende a la suma de \$15.920.726,00 o la que se registre en la entidad a favor de la parte demandante, conforme a lo considerado.

Segundo. - Declarar frente a las demás pasivas hay decisión insita sobre las excepciones de mérito propuestas.

Tercero. - Condenar en costas a favor de la demandante y a cargo de POSITIVA ARL, con fundamento en el artículo 365 numeral 1 del CGP y acuerdo PSAA-16-10554 artículo 5 numeral 1, las agencias se fijan las agencias en 7% de las pretensiones igual a \$1.114.450,00 las que se tendrán en cuenta para la liquidación de costas.

Cuarto. - No hay lugar a consulta frente a sentencia contra POSITIVA ARL.”

2.2 Fundamento de la decisión

Dentro de sus consideraciones, el juez argumentó lo siguiente:

- Estableció, que la fijación del litigio consiste en establecer si es procedente, que se condene a la A.R.L. al pago del retroactivo adeudado a la demandante y que fue reconocido por valor de \$22.113.936 o el que el despacho determine, o en su defecto, como pretensiones subsidiarias que se ordene a COLPENSIONES, a realizar el recobro de la obligación a la A.R.L. POSITIVA por valor de \$15.920.726 o lo que el despacho determine; se ordene a la A.R.L. POSITIVA dicha obligación y que la diferencia del capital del retroactivo sobrante se le pague a la demandante, lo que estima en \$6.193.210.

- Señaló, como síntesis de la demanda que se pagó indebidamente por parte de COLPENSIONES una prestación, que a pensar que no era su obligación, la reconoció en termino legal. Que luego la demandante a través de su abogada observa, que la pensión era muy baja y se da cuenta que la obligada a pagar era la A.R.L., ante quien acude, pero esta le informa que para reconocerle la pensión tenía que solicitar la revocatoria de la pensión que le había reconocido y le estaba pagando COLPENSIONES, lo que posteriormente se cumple y así es como la A.R.L. le reconoce la pensión a la actora, inicialmente desde el 1. ° de noviembre de 2016 y posteriormente entra a reconocerle el retroactivo desde la fecha de fallecimiento del hijo de la demandante, que es la que genera la pensión.

- Expuso, que ha sido imposible dar solución entre COLPENSIONES y la A.R.L POSITIVA al caso, que administrativamente se pudo de pronto dar lugar al recobro, pero COLPENSIONES dice que no es posible para ella ese trámite y se mantiene en su tesis, pero no fundamenta legalmente nada, y POSITIVA en una defensa del patrimonio del COLPENSIONES y del sistema en general, no paga el retroactivo a la demandante manifestando que sería un doble pago e incluso una doble asignación, por ser dineros públicos, pero sin expresar un fundamento legal al respecto, y en esta situación se encuentra la demandante en una encrucijada, aunado a que por otro lado COLPENSIONES le lleva un proceso de cobro coactivo por el dinero que no ha reintegrado y que asciende a \$15.920.726 y hay una amenaza de embargo de bienes para materializar el pago de esa obligación.

- Preciso, que el despacho acogería lo planteado por el Ministerio Publico. Que el derecho pensional de la demandante esta definido conforme a las pruebas relacionadas, lo que existe es una controversia en cuanto a

que COLPENSIONES no obstante lo indicado por la A.R.L. POSITIVA, no ha materializado el recobro de lo que pagó por las mesadas pensionales por pensión de sobreviviente a la actora, del 22 de septiembre de 2014 al 30 de octubre de 2016, y por el contrario ha iniciado cobro coactivo con fundamento en la Ley 1437 de 2011, artículo 99 y normas concordantes, frente a la demandante con posibilidad de embargo de bienes, lo que preocupa a la actora y no es de recibo, así la conducta de la demandante no haya sido la indicada al reclamar indiscriminadamente la pensión de sobreviviente a COLPENSIONES, a sabiendas de que el obligado era la A.R.L. por ser la muerte causada por riesgo laboral, y por estar afiliado el hijo a la A.R.L. POSITIVA, esta entidad tenía que responder.

- Indicó, que las entidades tienen que proceder en forma eficaz y eficiente en garantía de los derechos de los beneficiarios de las pensiones y en general de las prestaciones, dando solución a eventuales diferencia a fin de evitar controversias, por lo que se decidirá en garantía del derecho fundamental de la seguridad social, artículo 48 constitucional, que la demandada POSITIVA S.A. pague a la demandante lo correspondiente a ese retroactivo pensional del 22 de septiembre del 2014 al 30 de septiembre de 2016, que corresponde al valor por lo menos de \$15.920.726 o suma mayor, todo lo que tenga por concepto de dicho retroactivo tiene que pagarlo a la actora, en atención a que no existe fundamento legal alguno para retener dicha suma, y citó el inciso 7. ° del artículo 48 de la constitución sobre prestaciones de la seguridad social que no se pueden hacer descuentos, deducciones y embargos, señalando que con base en esa norma constitucional, POSITIVA no tiene fundamento para retener suma alguna, aunque tuvo intención de buena fe de protección de recursos del sistema pensional.

- Respecto a que se dio a entender que eran recursos del Estado, señalo, que no es acertado decir que los recursos de COLPENSIONES en cuanto al fondo para pagar el RPM sean públicos, menos el de POSITIVA A.R.L., en los términos del artículo 128 superior y conforme a la naturaleza jurídica de las entidades y en especial del fondo para el pago de prestaciones pensionales que administran esas entidades, al respecto citó la Sentencia C378 de 1998 de la Corte Constitucional sobre el entendimiento de la expresión fondo público, referido a COLPENSIONES S.A. y según el artículo 1. ° del Decreto 1234 de junio de 2012 y Decreto 1678 de 2016 artículo 19 en concordancia con el 97 de la Ley 489 de 1998, el capital de POSITIVA es independiente.

- Que por lo anterior, se debe pagar el retroactivo a la demandante, para que ella resuelva lo propio, lo acertado sería que efectivamente pague la obligación que debe a COLPENSIONES con esos recursos, pero ella decide y eso es otro asunto, y el despacho no puede tener injerencia en el cobro coactivo de COLPENSIONES.

- Indicó, que la NUEVA EPS no tiene nada que ver con el pleito por lo que se declara que de acuerdo a las consideraciones hay decisión ínsita sobre las excepciones de merito planteadas por dicha entidad.

- En cuanto a COLPENIONES manifestó que el trámite que está haciendo es legal pero desafortunadamente no facilitó administrativamente el trámite del recobro frente a POSITIVA, pero se absolverá porque el recobro no es imperativo y está haciendo lo propio de acuerdo a fundamentos legales que le permiten hacer cobros coactivos.

- Respecto a POSITIVA señaló que no es seria su posición porque en el proceso administrativo plantea que tienen el dinero y está esperando el recobro, pero en el presente proceso formula excepción de prescripción.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada A.R.L. POSITIVA S.A.

La apoderada de la demandada A.R.L. POSITIVA S.A. interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que existió una indebida valoración de la prueba, una indebida aplicación de la norma y una indebida interpretación de esta, teniendo en cuenta que en el proceso no fu suscitado por ninguna actuación de esa entidad, para que se le *prometa (sic)* ningún pago de retroactivo pensional a la accionante, ni se adelante ningún pago del retroactivo a COLPENSIONES, quien no le solicitó el pago a esa aseguradora y ejerció las acciones contra la demandante.

- Que se censura la condena en agencias en derecho y en costas porque esa entidad no fue quien promovió el proceso ordinario laboral.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada de los cargos formulados en su contra.

Expuso que se debe tener en cuenta el artículo 11 de la Ley 776 de 2002 el cual dispone: “Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993”

Manifestó que se evidencia que la entidad competente para el reconocimiento de sustitución de la pensión de invalidez por riesgos laborales es Positiva Compañía de Seguros S.A., razón por la cual mediante Resolución GNR 324301 de 31 de octubre de 2016, se comunicó a la accionante el retiro de nómina de pensionados.

• PARTE DEMANDADA POSITIVA S.A.:

La apoderada de POSITIVA S.A. manifestó que se debe revocar la decisión de primera instancia porque existió una indebida valoración probatoria y en la sentencia bajo estudio se realizó una indebida aplicación de la norma.

Sustentó sus reparos señalando que es evidente que el proceso no fue suscitado por ninguna actuación de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., por cuanto, la Sra. MARIA PURIFICACION BELTRAN, adelantó el

trámite de reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes ante COLPENSIONES, cuando ha debido acudir directamente ante la autoridad que representa.

Indicó que debe considerarse que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA., no había adelantado el pago del retroactivo pensional, porque, quien debía adelantar la recuperación del mismo no era la demandante sino COLPENSIONES.

Censuró la condena de agencias en derecho, por cuanto, dicha Aseguradora no fue quien promovió el proceso ordinario laboral.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala de Decisión son los siguientes:

¿Si la demandante MARIA PURIFICACIÓN BELTRAN tiene derecho a que se le reconozca por A.R.L. POSITIVA el retroactivo por pensión de sobreviviente causada por la muerte de su hijo LUIS ALFREDO LÓPEZ BELTRÁN entre el 22 de septiembre de 2014 y hasta el 31 de octubre de 2016?

7. CONSIDERACIONES

En este caso, la señora MARÍA PURIFICACIÓN BELTRÁN interpone demanda ordinaria laboral para que A.R.L. POSITIVA reconozca y pague el retroactivo por la pensión de sobrevivientes, causada por la muerte de su hijo LUIS ALFREDO LÓPEZ BELTRÁN, entre el 22 de septiembre de 2014 y hasta el 31 de octubre de 2016; el cual ha sido negado por dicha entidad, alegando, que debe cobrárselo a COLPENSIONES, pues durante ese interregno fue la entidad que pagó equivocadamente la mesada pensional de la actora.

Al respecto, el juez *a quo* accedió a las pretensiones condenatorias por estimar que los problemas administrativos derivados del errado reconocimiento inicial de COLPENSIONES, no pueden incidir en el derecho pensional causado por la muerte del hijo de la actora y es responsabilidad de ella, destinar ese valor a cubrir el saldo cobrado por COLPENSIONES, sin que exista justificación para su retención por parte de POSITIVA; conclusión a la que se opone esta A.R.L., por estimar que se aplicó e interpretó indebidamente la norma y las pruebas, pues legalmente era COLPENSIONES quien debía cobrar el retroactivo, en lugar de la actora por este medio.

Son hechos demostrados dentro del plenario:

- El señor LUIS ALFREDO LÓPEZ BELTRÁN es hijo de la señora MARÍA PURIFICACIÓN BELTRÁN según registro civil de nacimiento No. 16335654 del 8 de agosto de 1991.

- El señor LÓPEZ BELTRÁN falleció el 22 de septiembre de 2014, acorde a registro civil de defunción No. 5087279; mientras ejercía funciones de minero en la empresa EXPLOMIN LTDA., siendo reconocido su fallecimiento con origen accidente laboral en Dictamen No. 797788 del 23 de octubre de 2013, expedido por A.R.L. POSITIVA. Entidad a la que estaba afiliado el trabajador, según certificado visto a folio 5.

- En Resolución No. GNR82917 del 19 de marzo de 2015, COLPENSIONES reconoce pensión de sobrevivientes a MARÍA PURIFICACIÓN BELTRÁN como beneficiaria de su hijo LUIS ALFREDO LÓPEZ BELTRÁN, por tener 106 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al fallecimiento y accede a 13 mesadas anuales en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente.

- Mediante petición del 1 de septiembre de 2015, la actora solicita la pensión a POSITIVA, que fue negada en oficio del 15 de diciembre de 2015 indicando que pese a tener derecho a esta prestación, su acceso dependía del retiro de nómina en COLPENSIONES por incompatibilidad de prestaciones.

- En Resolución GNR324301 del 31 de octubre de 2016, COLPENSIONES revocó la citada Resolución No. GNR82917 del 19 de marzo de 2015, al advertir que la muerte del afiliado fue resultado de un accidente de trabajo y que conforme al artículo 11 de la Ley 776 de 2002, la actora solo tiene derecho a la pensión derivada del sistema de riesgos profesionales. Además, ordena recuperar las mesadas consignadas a la actora.

- A través de oficio No. Sal-537 del 3 de enero de 2017, POSITIVA accede a reconocer pensión de sobrevivientes de origen laboral a la actora, ordenando el pago de retroactivo a partir del 1 de noviembre de 2016 (día siguiente al retiro de nómina); indicando que corresponde a un 75% del IBL de 2014 (\$968.926), es decir \$726.694,5 y que indexado al 2017 arrojaba una mesada de \$850.536.

- En Resolución No. GNR42971 del 8 de febrero de 2017, COLPENSIONES ordena a MARÍA PURIFICACIÓN BELTRÁN devolver la suma de \$15.920.726 por mesadas percibidas indebidamente y a NUEVA E.P.S. devolver \$2.050.894 por aportes en salud; confirmada en SUB36030 del 20 de abril de 2017 y DIR8700 del 20 de junio de 2017.

- Con petición del 14 de marzo de 2017, la actora solicita a POSITIVA el pago del retroactivo para devolver el saldo cobrado por COLPENSIONES; sin embargo, en oficio del 16 de mayo de 2017, la entidad informa que es COLPENSIONES quien debe realizar directamente el recobro del retroactivo; lo que reitera en oficio del 12 de octubre de 2017.

- En Resolución No. 2018-1519639 de COLPENSIONES se rechazan los recursos de la actora y se ordena seguir adelante con la ejecución coactiva por mesadas adeudadas, disponiendo el remate de los bienes a su nombre.

Conforme a lo probado en el proceso, se advierte, que no es objeto de discusión entre las partes que la señora BELTRÁN es beneficiaria de pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo; que inicialmente la pensión fue, solicitada a COLPENSIONES, quien la reconoció sin percatarse de que era resultado de origen profesional y posteriormente, revocó su acto propio, para que A.R.L. POSITIVA comenzara el pago de su obligación. Es decir, ninguna discute que la actora cumple los requisitos legales para acceder a la pensión de sobreviviente, de origen profesional, por el fallecimiento de su hijo.

Por lo que no está en discusión, que el señor LUIS ALFREDO LÓPEZ murió como resultado de un accidente laboral, el 22 de septiembre de 2014 y que por su afiliación activa a A.R.L. POSITIVA durante esa vinculación laboral, dio lugar al reconocimiento pensional de que trata el artículo 11 de la Ley 776 de 2002.

El objeto de litigio se ciñe a determinar si A.R.L. POSITIVA, debe cubrir el retroactivo que reclama la señora MARÍA BELTRÁN del 22 de septiembre de 2014 al 30 de octubre de 2016, por cuanto en dicho interregno la actora sí percibió su mesada pensional, pero por el indebido reconocimiento de COLPENSIONES.

De conformidad con el principio de consonancia, consagrado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., la competencia de esta Sala está limitada por los asuntos que invoca el apelante; por ello, al no apelar la actora ni COLPENSIONES, no es objeto de debate el recobro por vía administrativa que existe entre ellas y hacia NUEVA E.P.S. Igualmente, A.R.L. POSITIVA solo manifiesta inconformidad con la orden de pago directa a la actora y las costas; por lo que asuntos desfavorables como la negativa a aplicar prescripción, están excluidas de la segunda instancia, por no haber sido discutidas.

Aterrizando al objeto de discusión, se tiene que la norma aplicable en el presente caso son el artículo 11 de la Ley 776 de 2002 y el Artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que señalan lo siguiente:

“ARTÍCULO 11: Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario.”

El artículo 47 ibídem refiere:

“ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este; (...)”

Según la anterior norma, para que la pensión de sobrevivientes por un accidente de trabajo sea reconocida y pagada se requiere, en primer lugar, que la muerte del causante haya ocurrido por causa o con ocasión del trabajo. En segundo lugar, que el afiliado esté cubierto por el sistema desde el día calendario siguiente al de la afiliación. Y, en tercer lugar, que

la persona que reclama la prestación tenga la condición de beneficiario de que trata el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, como en este caso se trata de los padres, estos deben demostrar que dependían económicamente del causante.

Como se indicó previamente, ninguno de estos requisitos se discute por las partes, siendo la inconformidad de POSITIVA que el pago del retroactivo directamente a la actora es imposible jurídicamente, por cuanto percibió mesada pensional de COLPENSIONES en el mismo período.

En primera medida, debe advertirse que la regla general del reconocimiento de pensión de sobreviviente, señala que esta se causa con el fallecimiento del afiliado o pensionado; así lo recuerda la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4913 de 2021, donde reitera postura en sentencia del 30 ago. 2011 (rad. 43720), que dice: “(...) *si acreditan el derecho, aquél debe ser reconocido desde el momento de su nacimiento, que se insiste, en la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes, es la muerte del causante pensionado o afiliado el que marca ese derrotero*”.

Por ende, una vez reconocida la calidad de beneficiario, a menos que se alegue prescripción por parte de la Administradora de pensiones, esta debe reconocer el derecho pensional desde la fecha de causación que se identifica con la muerte del afiliado.

No obstante, como se alega incompatibilidad entre la pensión reconocida por COLPENSIONES, debe advertirse que efectivamente el artículo 15 de la Ley 772 de 2002 contiene la siguiente regla:

ARTÍCULO 15. DEVOLUCIÓN DE SALDOS E INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA. Cuando un afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, además de la pensión de invalidez o de sobrevivientes que deberá, reconocerse de conformidad con la presente ley, se entregará al afiliado o a los beneficiarios:

a) Si se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la totalidad del saldo de su cuenta individual de ahorro pensional;

b) Si se encuentra afiliado el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

De esta norma se deriva, que en caso de reconocerse una pensión de sobreviviente de origen profesional, los beneficiarios también tienen derecho a acudir al sistema general de pensiones para reclamar prestaciones, pero solamente la indemnización sustitutiva y no otra pensión.

Sin embargo, en este caso no se discute o propone por la demandante una compatibilidad pensional como erradamente considera la apelante; pues la actora si bien inicialmente solicitó su pensión a COLPENSIONES, al advertirse el error por ser la muerte de origen laboral, se dio paso al trámite administrativo donde se revocó la pensión del régimen de prima media.

Respecto de las mesadas efectivamente recibidas de COLPENSIONES, esa entidad ya adelanta el trámite de cobro coactivo para su devolución, en una actuación de la que es totalmente ajena la A.R.L. POSITIVA; sin que en casos como el presente, donde una entidad reconoce erradamente una prestación, exista normativa aplicable que solucione la controversia y por ende, tampoco un precepto legal que autorice a la A.R.L. a retener las sumas que por pensión de sobreviviente se causaron a favor de la actora. Las cuáles inclusive, pueden servir para cubrir el valor cobrado coactivamente por COLPENSIONES.

Sobre el argumento de sostenibilidad financiera del sistema que obligaría a pagar exclusivamente a COLPENSIONES en lugar de la actora, la citada sentencia SL4913 de 2021, indica lo siguiente:

“(...) aras de no sacrificar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, ante tal circunstancia y en procura de evitar la configuración de un doble pago sin causa alguna, en dicha providencia, se precisó que la entidad de seguridad social tenía dos opciones: la primera, compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes inicialmente fueron aceptados como beneficiarios iniciales, que en no es el caso bajo estudio; y la segunda, iniciar las acciones de recuperación de esos rubros pagados sin justificación, muy a pesar de que al principio los reclamantes lo hubieran hecho de buena fe o creyendo que los hechos y el momento respaldaban su solicitud”.

Acorde a esta jurisprudencia, es COLPENSIONES quien tiene a su cargo y responsabilidad adelantar la recuperación de cartera pagada indebidamente, sin perjuicio de la buena fe con que pudo actuar la demandante y para ello cuenta con dos opciones: descontar lo pagado de otras prestaciones a su cargo, como la indemnización sustitutiva a que tendría derecho la actora; o la de adelantar acciones de recuperación por cobro coactivo, como lo adelanta a la fecha.

En consecuencia, no le asiste razón al apelante en sus argumentaciones y por lo tanto se confirmará así la sentencia de primera instancia, al verificarse que como beneficiaria de pensión de sobreviviente, la actora tiene derecho a percibir las mesadas adeudadas desde el fallecimiento de su hijo, por esta a la fecha de causación de esa prestación; recordando, que Colpensiones en el cobro coactivo, como ejecutor, tiene a su disposición, las medidas cautelares efectivas, para que la A.R.L POSIVA, le devuelva los dineros que le corresponden como resultado del reconocimiento en esta sentencia judicial.

Es que la parte demandante es la más interesada en que el proceso coactivo, por la cual la están ejecutando, se termine, evitando que se le causen perjuicios patrimoniales al embargar sus bienes.

No obstante, lo anterior habrá que complementarse la sentencia, al no cumplir el juez *a quo*, el deber consagrado en el artículo 283 del C.G.P. sobre emitir una condena en concreto; limitándose a ordenar un pago mínimo basado en el valor recobrado a la actora pero aclarando que podría ser más alto, en lugar de proceder a liquidar de manera completa los saldos adeudados. Por ello, procede la Sala a liquidar los conceptos de mesadas adeudadas, partiendo de la mesada ya reconocida en 2017 por A.R.L. POSITIVA y que según la siguiente liquidación, asciende a

\$20.931.401,86, sobre lo cual se aclarará el numeral primero de la providencia apelada.

Año	Mesada	I.P.C.	No. Mesadas	Total
2014	\$726.694,50	3,66%	4,26	\$3.095.718,57
2015	\$753.291,52	6,77%	13	\$9.792.789,74
2016	\$804.289,35	5,75%	10	\$8.042.893,55
			TOTAL	\$20.931.401,86

Finalmente, sobre la inconformidad por la condena en costas de la apelante, debe decirse, que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio y si bien A.R.L. POSITIVA nunca negó su deber de reconocer el retroactivo, se opuso a cancelarlo directamente a la actora, que era la controversia por resolver, sí propuso excepciones de mérito y ejerció su actividad procesal contra las mismas, por lo que resulta ser vencida en este asunto y contra ella procede plenamente la condena en costas.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada A.R.L. POSITIVA, fijándose como agencias en derecho el equivalente a \$300.000 a favor de cada demandada.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 19 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva; **ACLARANDO** que por concepto de retroactivo se adeuda un total de \$20.931.401,86.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada A.R.L. POSITIVA; fijense como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a \$300.000 a favor de la demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



ELVER NARANJO
Magistrado



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8
a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2018-00475-00
RADICADO INTERNO:	19.279
DEMANDANTE:	ROSA ELENA SÁNCHEZ VALERA y PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES y MIGUEL ÁNGEL BARRERO SÁNCHEZ

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

Procede la Sala de Decisión dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora ROSA ELENA SÁNCHEZ VALERA y PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ contra COLPENSIONES Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2018-00475-00, y Radicación Interna No 19.279 de este Tribunal Superior, para decidir el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del 19 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

Las señoras ROSA ELENA SÁNCHEZ VALERA y PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ, mediante apoderado judicial, instauraron demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES para que se le ordene reconocer y pagar la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento del señor MARIO ALFONSO BARRERO PAVA, desde su muerte ocurrida el 19 de febrero de 2003, en aplicación de los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa, con su respectivo retroactivo, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como por los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 causados desde la fecha en cita hasta el pago efectivo de la mesada.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones exponen:

- Que el señor MARIO BARRERO PAVA y la actora ROSA ELENA SÁNCHEZ VARELA constituyeron una familia por más de 10 años hasta el fallecimiento del primero.
- Que de esta unión se procrearon dos hijos, MIGUEL ÁNGEL y PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ, quienes tenían 8 y 6 años al momento de fallecimiento de su padre.
- Que el 19 de febrero de 2003 falleció el señor MARIO BARRERO y se solicitó el reconocimiento pensional, dado que este era la cabeza del hogar y sostenía económicamente a sus hijos y compañera permanente, con quien convivía cubriendo los gastos del hogar.

- Que la entidad negó el reconocimiento pensional alegando que el causante no contaba sino con 49 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al fallecimiento; pero en el estudio del reporte de semanas cotizadas, se puede observar que el causante estuvo afiliado como trabajador dependiente de la empresa TRANSGUASIMALES S.A. desde el 1 de abril de 1999 hasta abril de 2002.
- Expone que en el ciclo 04 de 2000 hasta el ciclo 03 de 2002, la entidad no tiene en cuenta los 30 días sino parciales y con estos faltantes se complementan dos meses (9 semanas) que permiten acceder a la pensión.
- Que es responsabilidad de la entidad recaudadora del aporte a pensión evitar la mora de los aportantes, no debiendo imputar esa carga a los afiliados y sus beneficiarios.

La demandada COLPENSIONES contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones por cuanto el señor MARIO ALFONSO BARRERO PAVA no acredita los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 para dejar causada la pensión de sobreviviente a sus beneficiarios. Propone como excepciones la INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

Mediante auto del 17 de mayo de 2019 se ordenó la vinculación de MIGUEL ÁNGEL BARRERO SÁNCHEZ, quien aceptó los hechos expuestos en la demanda y sin oponerse a las pretensiones de las actoras, solicita que se le reconozca también como beneficiario de la pensión generada por el fallecimiento de su padre, indicando que no procede la prescripción por ser menor de edad al momento del fallecimiento.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación presentado por ambas partes contra la sentencia del 19 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Condenar a Colpensiones S.A., a pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante ROSA ELENA SANCHEZ VARELA c.c. 37.278.561, sobre el 50% s.m.l.m.v a partir del 2 de agosto de 2015 y siguientes, en su condición de excompañera permanente, IGUALMENTE a favor de la hija PAOLA ANDREA BARRERO SANCHEZ c.c. 1.090.505.912, EL 50% RESTANTE, desde **el 19 febrero 2003 hasta el 23 de mayo de 2015 y del 6 julio 2015 al 5 julio de 2017 por acreditar estudios, ley 1574 de 2012,** pensión derivada del derecho de su compañero y padre fallecido el 19 de febrero de 2003. A la extinción del derecho pensional de la hija se acrecentara el derecho de la compañera ROSA ELENA SANCHEZ VARELA, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: declarar prescrito las mesadas pensionales causadas hasta su mayoría de edad, Negar el derecho del joven MIGUEL ANGEL BARRERO SANCHEZ CC. 1.090.493.504, a su mayoría de edad al no acreditar estudios, conforme a lo considerado.

TERCERO: Negar intereses legales moratorios artículo 141 ley 100 de 1993.

CUARTO: Condenar a la pasiva a pagar indexación de la condena pensional, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

QUINTO: Ordenar intereses legales moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia sobre capital debido y hasta que se pague en forma efectiva esta., conforme a lo considerado.

SEXTO: Condenar en costas a COLPENSIONES S.A, y a favor de las demandantes ROSA ELENA SANCHEZ VARELA y PAOLA ANDREA BARRERO SANCHEZ.

SÉPTIMO: Condenar al demandante MIGUEL ANGEL BARRERO SANCHEZ EN COSTAS Y A FAVOR DE COLPENSIONES S.A.”

2.2. Fundamentos de la Decisión de Primera Instancia

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

- Que el litigio se fija en definir si procede reconocer a las demandantes la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor MARIO ALFONSO BARRERA PAVA o si efectivamente no cumple con los requisitos legales, de ser positivo, si procede el retroactivo, intereses de mora y demás; destacando como pruebas documentales los registros civiles de nacimiento de los hijos del causante, defunción del causante, certificados de estudio, registro de cotizaciones donde se desprende inicialmente 49.15 semanas del 01-03-2000 a 30-04-2002, anteriores al fallecimiento y menos de 26 en el último año anterior, y declaraciones extrajuicio sin ratificar a petición de COLPENSIONES.

- Señala, que la demandante PAOLA BARRERO presentó reclamación el 30 de abril de 2018, interrumpiendo la prescripción; que fue mayor de edad desde el 23 de mayo de 2015, estando vigentes las eventuales mesadas acreditando estudios hasta 2017 una tecnología en alimentos, sin perjuicio de que luego acredite haber seguido estudiando hasta los 25 años. Mientras la actora ROSA SÁNCHEZ solo reclamó hasta el 2 de agosto de 2018, interrumpiendo prescripción y dejando a salvo posibles mesadas desde agosto de 2015. Finalmente, del tercero excluyente evidencia que cumplió los 18 años en 2013, no demostró estudios posteriores y no acredita requisitos, prescribiendo mesadas como menor desde diciembre de 2016 y presentó su reclamo con la demanda del 26 de junio de 2019.

- Sobre la calidad de beneficiaria de la compañera permanente, indica que si bien tenía menos de 30 años al fallecimiento su pensión sería permanente por haber procreado hijos conjuntamente; y ya COLPENSIONES la ha reconocido como compañera permanente en sede administrativa, siendo corroborado por los testigos que convivió con el causante más de 5 años antes de su fallecimiento.

- Respecto de los requisitos para acceder a la pensión, conforme a la Ley 797 de 2003 el causante debe haber cotizado 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento y sobre la ausencia de semanas gira la negativa de reconocimiento, inclusive alegándose que no acreditó las 26 semanas en el año anterior de que trataba la redacción original de la Ley 100 y se debate entonces la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, siguiendo los criterios jurisprudenciales de que busca preservar expectativas legítimas de la norma inmediatamente anterior.

- Coincide el despacho con lo planteado por la demanda sobre que al revisar la historia laboral de cotizaciones del actor, COLPENSIONES en algunos ciclos no reportó la totalidad de los días que correspondían y dejó

de sumar 9 semanas, que de haberse computado completarían las 50 semanas en los 3 años anteriores, sin que se cuestionara ese argumento por la demandada y sin que se determinara que los períodos se laboraron de manera incompleta; por lo que no es necesario acudir a la condición más beneficiosa pues se desprende la densidad de cotizaciones necesaria para acceder a la pensión.

- En consecuencia, ROSA ELENA SÁNCHEZ VALERA y PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ tienen derecho cada una al 50% de la pensión de vejez causada por el fallecimiento del señor MARIO BARRERA, con el posterior acrecimiento a favor de la madre cuando se extinga el derecho de la hija, en los términos de prescripción analizados previamente y niega los intereses de mora, porque advierte que la vía judicial era necesaria para acceder a la pensión por vía de interpretación, por lo que se ordena en su lugar la indexación.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1 De la parte demandante

La demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión por la absolución sobre intereses moratorios, en atención a que se agotó debidamente la reclamación administrativa y se negó el reconocimiento, retardando desde 2018 el acceso a la prestación económica, aplicando una teoría ilegítima al imputándole la mora al trabajador y confundiendo sobre la aplicación de la condición más beneficiosa, pese a que ya tenía las 50 semanas necesarias.

3.2 De la parte demandada

La apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que la entidad negó la prestación siguiendo los parámetros aplicables al caso concreto, Ley 797 de 2003, sin que el causante tuviera las 50 semanas en los 3 años anteriores a su fallecimiento pues apenas tenía 49, lo que impedía considerarla exigible.

- Que no hay lugar a ningunos intereses moratorios, pues el reconocimiento se dejó de hacer sobre una justificación legal atendible.

- Que no deben prosperar las costas, al haberse negado la pensión por aplicación de los presupuestos normativos y sus actos se ciñen a parámetros de legalidad, lealtad e idoneidad profesional de sus funcionarios.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

- **Parte Demandante:**

La apoderada de la parte actora solicita que se revoque parcialmente la decisión de primera instancia, para que se ordene el pago de intereses

moratorios en su favor acorde al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indicando que se agotó el trámite administrativo y ha existido un retardo injustificado en el reconocimiento pensional, aplicando una teoría ilegítima para ello.

- **Parte Demandada:**

La apoderada de COLPENSIONES solicita revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia, pues al estudiar el caso de la actora se advierte el incumplimiento de los postulados normativos vigentes al momento del fallecimiento, careciendo de semanas suficientes y de las pruebas de convivencia exigidas para acceder a las pretensiones

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. DEL PROBLEMA JURÍDICO

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

¿Si la Señora ROSA ELENA SÁNCHEZ VARELA, en su condición de compañera permanente y PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ, como hija, tienen derecho a que COLPENSIONES, le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del señor MARIO ALFONSO BARRERO PAVA?

7. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si las demandantes ROSA ELENA SÁNCHEZ VARELA y PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ tienen derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, causada por el fallecimiento de su compañero permanente y padre Señor MARIO ALFONSO BARRERO PAVA.

El juez a quo resolvió acceder a las pretensiones alegando que, sin necesidad de abordar el principio de la condición más beneficiosa, aunque el actor en la historia laboral solo reporta 49,15 semanas de cotización efectiva en los 3 años anteriores al fallecimiento, existen periodos omitidos y no contabilizados sin justificación que permiten superar el período exigido, por lo que acreditada la calidad de beneficiarias, las actoras tienen el derecho reclamado con la prescripción respectiva.

Decisión que apela COLPENSIONES al insistir que el actor no acredita las semanas para que sus beneficiarias accedan a la pensión y por su parte la actora reclama que debió ordenarse el pago de intereses moratorios; así mismo, la Sala abordará el estudio de las pretensiones bajo el Grado Jurisdiccional de Consulta.

De manera preliminar, se advierte que bajo el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., las materias que no fueron objeto de apelación por los demandantes y el tercero interviniente no son competencia de esta segunda instancia; esto es la aplicación de la prescripción en su contra y la negativa del derecho al hijo MIGUEL ÁNGEL BARRERA.

Son hechos demostrados en este asunto que el señor MARIO ALFONSO BARRERO PAVA, falleció el 19 de febrero de 2003 en la ciudad de Cúcuta y en vida procreó con ROSA ELENA SÁNCHEZ VARELA dos hijos: MIGUEL ÁNGEL BARRERO SÁNCHEZ nacido el 28 de diciembre de 1995 y PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ nacida el 23 de mayo de 1997. Encontrándose en discusión el derecho reclamado por la señora ROSA SÁNCHEZ como compañera permanente y PAOLA BARRERO como hija.

Para resolver el problema jurídico, lo primero a resaltar es que por la fecha de fallecimiento del causante, la norma aplicable al caso es el numeral 2° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 de 2003 que entró en vigencia el 29 de enero de 2003, el cual dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

“...Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)”

Del texto normativo citado se concluye que para que un afiliado que fallece deje causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, debe haber cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento; y en este caso, según se advierte de los tiempos de servicio acreditados, el Señor BARRERO PAVA, laboró un tiempo equivalente a 77.29 semanas de cotización, finalizando su último período de cotización el 30 de abril de 2002, y entre el 19 de febrero de 2000 y el 19 de febrero de 2003 alcanzó a cotizar un total de 49.15 semanas, como se desprende de la siguiente imagen:

890500690	TRANS GUASIMALES S A	01/03/2000	31/03/2000	\$234.000	3,86
890500690	TRANS GUASIMALES S A	01/04/2000	31/07/2000	\$260.100	13,57
890500690	TRANS GUASIMALES S A	01/08/2000	31/08/2000	\$113.000	1,86
890500690	TRANS GUASIMALES SA	01/07/2001	31/07/2001	\$181.000	2,71
890500690	TRANS GUASIMALES S A	01/08/2001	30/09/2001	\$286.000	7,43
890500690	TRANS GUASIMALES S A	01/10/2001	31/10/2001	\$76.000	1,14
890500690	TRANS GUASIMALES S A	01/11/2001	30/11/2001	\$257.000	3,86
890500690	TRANS GUASIMALES S A	01/12/2001	31/12/2001	\$286.000	2,57
890500690	TRANS GUASIMALES S A	01/01/2002	31/03/2002	\$309.000	10,29
890500690	TRANS GUASIMALES S A	01/04/2002	30/04/2002	\$134.000	1,86

Se advierte desde la demanda que en estos ciclos donde se reportaron cotizaciones, se dejaron de contabilizar semanas en perjuicio del trabajador y sin justificación alguna, señalando específicamente los ciclos de abril a julio de 2000, donde afirma se descontaron 25 días, de agosto, septiembre y diciembre de 2001 que descontaron 20 días y de enero a marzo de 2002 que descontaron 18 días.

Para aclarar lo correspondiente al motivo de estas deducciones, la Sala ejerció sus facultades probatorias y solicitó copia del expediente administrativo del actor, evidenciándose las siguientes observaciones en los diferentes períodos del 19 de febrero de 2000 y el 19 de febrero de 2003, siendo TRANSGUASIMALES S.A. el único empleador:

Periodo	Días reportados	Días cotizados	Observación
2000-03	27	27	
2000-04	30	22	Se descontaron 8 días por pago extemporáneo del empleador
2000-05	30	28	Se descontaron 2 días por pago extemporáneo del empleador
2000-06	30	23	Se descontaron 7 días por pago extemporáneo del empleador
2000-07	30	22	Se descontaron 8 días por pago extemporáneo del empleador
2000-08	13	13	

2001-07	19	19	
2001-08	30	28	Se descontaron 2 días por pago extemporáneo del empleador
2001-09	30	24	Se descontaron 6 días por pago extemporáneo del empleador
2001-10	8	8	
2001-11	27	27	
2001-12	30	18	Se descontaron 12 días por pago extemporáneo del empleador
2002-01	30	26	Se descontaron 4 días por pago extemporáneo del empleador
2003-02	30	20	Se descontaron 10 días por pago extemporáneo del empleador
2003-03	30	26	Se descontaron 4 días por pago extemporáneo del empleador
2003-04	13	13	

Del anterior recuento, se desprende que se descontaron como tiempos de cotización efectiva para el trabajador un total de 63 días que equivalen a 9 semanas que permitirían consolidar el derecho reclamado; este descuento justificado en que el empleador pagó tardíamente el aporte y se efectuaron descuentos por concepto de intereses de mora, descontando con ellos días efectivos de cotización que sí laboró el trabajador y que no se reflejan en su historial de cotizaciones por un hecho ajeno e imputable a su empleador.

Al respecto debe señalarse, que la Ley 100 de 1993, creó el Sistema General de Pensiones, con el objetivo de garantizar el amparo de las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte, a través del reconocimiento de las prestaciones pensionales respectivas; por ende se trata de un sistema contributivo, cuya fuente principal de financiación corresponde a las cotizaciones sufragadas periódicamente por sus afiliados, lo cual materializa realmente los principios especiales que enmarcan la garantía de la seguridad social; acceso oportuno a la prestación, universalidad, solidaridad y eficiencia.

Es así como en el marco de relaciones de trabajo, surgen distintas obligaciones alrededor de la financiación mencionada, en consideración del vínculo pensional tripartita, del que participan (i) el trabajador, (ii) el empleador y (iii) la entidad administradora de pensiones. La situación en la que se halla el primero de estos extremos, por la naturaleza misma de la relación de trabajo, determina el alcance jurídico de las obligaciones de los demás sujetos. Así, el ordenamiento debe propender, en la mayor medida posible, por el equilibrio contractual de las partes, siguiendo la cláusula de igualdad, en armonía con la especial sujeción constitucional del derecho al empleo (artículo 13 y 25 CP).

Con la consolidación de las relaciones de trabajo, la afiliación ante el sistema de pensiones surge como el primer deber del empleador. Es la manera como se formaliza el aseguramiento de las contingencias de vejez, invalidez o muerte de los empleados, de modo que, ante la noticia de un nexo laboral, la entidad administradora respectiva se vincula para el cumplimiento de sus funciones alrededor de la salvaguarda de las garantías de la seguridad social por esos tres riesgos.

Así, este primer acto representa, en sí mismo, un auténtico derecho de los trabajadores, que se materializa con el cubrimiento en pensiones y permite el ejercicio de libertades fundamentales adicionales como lo es la escogencia voluntaria del régimen al cual desean pertenecer (el de Ahorro Individual o el de Prima Media), bajo las condiciones fijadas por el Legislador, de allí que la Ley 100 de 1993 disponga en su artículo 15 que “*todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo*” serán afiliados al Sistema General de Pensiones “*en forma obligatoria*”.

En ese sentido, la afiliación constituye una fuente formal de derechos pensionales, pero también de obligaciones jurídicas en favor de los empleados. Su cumplimiento, entre otras cosas, viabiliza la exigencia de *cotización efectiva*, a la que se refiere el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, y cuya trascendencia constitucional fue reseñada anteriormente. Las condiciones para el acatamiento de este segundo deber pensional –el de cotizar– se establecen en el artículo 22 de la Ley citada, así:

“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. // El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador. // La afiliación al sistema de seguridad social de los trabajadores dependientes es una obligación en cabeza del empleador”.

Este cubrimiento automático impone en cabeza del empleador el deber de cotización integral y en la de la Administradora de Pensiones la facultad de cobro coercitivo para prevenir que los incumplimientos del primero, perjudiquen las perspectivas pensionales de la parte débil de la relación laboral y que finalmente, pese a la prestación de servicios con que cumple su parte de la bilateralidad de esa relación, no logre acceder a las coberturas del sistema. Por lo que, en este caso, aplicar el descuento de intereses de mora de cotizaciones tardías en detrimento del trabajador dependiente, es una interpretación indebida y errada de los deberes inherentes al sistema general de pensiones.

Así lo ha entendido de vieja data la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en providencia SL3435 de 2021 recordó lo siguiente:

*“desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, la Sala ha indicado de manera reiterada y pacífica que **el afiliado que tenga la condición de trabajador subordinado causa la cotización con la prestación efectiva del servicio**, y si el empleador no cumple la obligación de pago oportuno y la administradora de pensiones no adelanta las acciones pertinentes para obtener el recaudo de los aportes en mora, es a ella a quien corresponde asumir la obligación de las pensiones que se generen para el asegurado o los beneficiarios.*

Dicho criterio jurisprudencial ha sido reiterado en fallos más recientes, como por ejemplo en las sentencias CSJ SL3112-2019 y CSJ SL5081-2020. (...) Además, la Corte también ha indicado que las administradoras de pensiones al gestionar la seguridad social prestan un servicio público y están compelidas a hacerlo «de forma eficiente, eficaz y oportuna» y entre los deberes que se les asignan está el de cobro a los empleadores de las cotizaciones no canceladas oportunamente.

Al respecto, es oportuno indicar que la Sala ha adoctrinado que el pago por fuera de los términos de ley sana la mora si no se objeta por la administradora con motivaciones válidas y por tanto esas cotizaciones son válidas (CSJ SL16814-2015 y CSJ SL7893-2015). Precisamente, en esta última providencia la Corporación explicó:

(...) se tiene que el ad quem no incurrió en un entendimiento equivocado al ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en cabeza de la entidad administradora, pues lo cierto es que fueron nulas las gestiones de cobro a cargo de ésta, en tanto la cancelación de los aportes insolutos, aunque extemporáneos -dado que se realizaron después del fenecimiento del vínculo laboral y del fallecimiento de la

afiliada-, se efectuaron de manera espontánea, por iniciativa de sus deudores a ciencia y paciencia de la acreedora, de tal suerte que tampoco procedería una eventual condena en concurrencia entre la administradora y el empleador incumplido.”

Aplicando este precepto jurisprudencial al caso concreto, se evidencia que COLPENSIONES recibió de manera extemporánea los pagos de aportes de TRANSGUASIMALES S.A. y no demostró haber ejecutado su facultad coercitiva para el cobro coactivo de los intereses de mora, por lo que saneó la mora y debe contabilizarse para cualquier efecto los períodos efectivamente reportados como laborados por el empleador y evitar que su tardanza en realizar el pago de los aportes, perjudique al trabajador. Quien cumplió con su deber de prestar el servicio y por ende causó la cotización integral.

En consecuencia, sumando las 9 semanas descontadas indebidamente por COLPENSIONES a las 49,15 semanas que sí validó, se advierte que el señor MARIO ALFONSO BARRERO PAVA acumula 58.15 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a su fallecimiento; suficientes para dejar causada la pensión de sobrevivientes para aquellos que acrediten los requisitos para ser beneficiarios, asistiendo razón al *a quo* cuando convalidó estos períodos y reconoció el cumplimiento de este primer requisito.

Procediendo a verificar entonces si las demandantes tienen la calidad de beneficiaria; en primera medida la señora PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ, conforme registro civil de nacimiento serial No. 28037654 es hija del causante y nació el 23 de mayo de 1997, cumpliendo su mayoría de edad en el año 2015, acreditando estudios hasta el 5 de julio de 2017 conforme certificado expedido por el SENA. Por lo que se acredita cumplida la calidad de beneficiaria como hija del causante hasta el 5 de julio de 2017, indicando en su interrogatorio de parte que efectivamente en esa fecha finalizó sus estudios.

Al respecto de la señora ROSA ELENA SÁNCHEZ que reclama la calidad de compañera permanente, el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dispone que es beneficiario de la pensión de sobrevivientes *“En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.”*

De acuerdo con la norma anterior, para que el compañero permanente adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, debe demostrar que convivió con el causante durante los últimos cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; requisito que ha sido analizado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL- 1399 rad. Interno N° 45.779 del 25 de abril de 2018, en la cual se incide en que *“la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante (...) puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar. Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como*

legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares.”

En todo caso, en la misma decisión, la Corte recuerda que los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia, pues su jurisprudencia ha entendido que *“en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece”* y ante ello, agrega, *“la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio”*.

En consecuencia de lo anterior, la Sala procederá a analizar si en el presente caso la señora ROSA ELENA SÁNCHEZ, logró demostrar 5 años de convivencia con el fallecido MARIO ALFONSO BARRERO en los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento para acceder al derecho pretendido, y en ese sentido el libelo probatorio se compone de los siguientes elementos:

- Declaración extrajuicio rendida por MARIA ANTONIA CARVAJAL PARRA y ANTONIO JOSÉ TORRES HOLGUÍN, dejando constancia de que conocían la unión entre ROSA SÁNCHEZ y el fallecido MARIO BARRERO; sin embargo de estas se solicitó ratificación por parte de COLPENSIONES en su contestación, por lo que carecen de validez probatoria conforme al artículo 222 del C.G.P.
- En interrogatorio absuelto por la demandante ROSA ELENA SÁNCHEZ VARELA, relató que conoció al actor en 1992 y se fueron a vivir juntos desde 1993, procreando juntos dos hijos. Que vivieron juntos en Aguachica por 6 meses, lo conoció mientras él prestaba su servicio militar en Valledupar, luego se trasladaron a Cúcuta donde vivieron en Atalaya durante un tiempo en diferentes barrios: Palmeras, Antonia Santos, Motilones, Doña Nidia, Palmeras Parta Baja y en algunas ocasiones en la casa de una comadre y también con un amigo de la pareja, residiendo permanentemente con su compañero hasta que lo mataron. Sobre el oficio de su compañero, señala que realizaba trabajos varios: conductor, ayudante de buseta, lo que surgiera en la empresa Guasimales entre 1994 a 2003. Niega que en algún momento se hubieran separado o que el causante tuviera otra relación paralela.
- Durante su interrogatorio de parte, la demandante PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ, quien manifestó haber estudiado hasta julio de 2017 y luego siguió haciendo sus prácticas, ya estando graduada. Señala que por sus condiciones económicas, vivieron con personas que les ayudaron como FANNY, cuñada de su padrino y GENARO, amigo de su papá; pero siempre con sus dos padres y su hermano. Que su padre era conductor de transporte público en GUASIMALES.
- Testimonio de GENARO MÁRQUEZ PACHECO, quien manifestó ser conductor y amigo de la familia hace muchos años, sobre la relación entre

ROSA SÁNCHEZ y MARIO BARRERA indica que convivieron juntos como hogar hace muchos años, los conoció desde que convivían en Aguachica y luego llegaron a Cúcuta donde tuvieron su primer hijo, MIGUEL. Que los acompañaba permanentemente y departían como amigos en sus hogares. Relata que se conocieron en 1992 y estuvieron juntos hasta que falleció en 2003, lo que le consta porque son amigos desde esa época y fueron compañeros de trabajo. Que el actor residía en Aguachica, conoció a la actora cuando prestaba servicio militar en Valledupar y luego volvió a Aguachica con ella, trasladándose como él a Cúcuta y aquí sufría para encontrar trabajo, pero se desempeñó con él en GUASIMALES como conductor. Que convivió permanentemente con la señora ROSA, en diferentes barrios de Atalaya y él incluso les cobijó en su hogar por casi un año porque su casa era grande y estaban pasando dificultades. Que al fallecer su amigo, ya tenía entre 9-11 años conviviendo con la señora ROSA, no conociendo que tuviera otra relación. Afirma que el actor laboró inicialmente en TRASAN, desde 1994 por un transcurso largo y luego laboraron también juntos en TRANSGUASIMALES desde 1997 hasta su fallecimiento.

- Testimonio de FANNY OMAIRA PÉREZ, indica que es madrina de MIGUEL ANGEL BARRERA y su esposo era el padrino; afirmó conocer al señor MARIO BARRERA y a ROSA SÁNCHEZ desde 1995, presentado por su esposo porque ambos eran de Aguachica, que él y su familia convivieron en su hogar por un tiempo, en el año 1997 cuando nació la hija menor. Que ambos eran conductores de bus, constándole que laboró en eso desde 1995 que lo conoció hasta que falleció. Señala que ambos conformaron una pareja permanente, sin interrupciones y que era testigo directa de su convivencia porque residían cerca, juntándose los fines de semana. Explica que ROSA dependía económicamente de su esposa y estuvo junto a él, hasta su fallecimiento.

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”*. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: *“El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo”*. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que: *“El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...”*, lo cual guarda consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Frente a la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que *“no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto”* y concluyen que las decisiones se deben fundamentar en los *“elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”*

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, esta Sala encuentra que todos los declarantes relatan de

manera coherente, uniforme y consistente la historia relatada desde la demanda por la actora; que MARIO BARRERO conoció a la señora ROSA SÁNCHEZ en el año 1992 en la ciudad de Valledupar mientras prestaba servicio militar, luego se devolvió a su lugar de origen (Aguachica, Cesar) a vivir con ella y de allí se mudaron a la ciudad de Cúcuta, residiendo en diferentes barrios de la ciudadela Juan Atalaya entre 1994 hasta el 2003 y durante ese tiempo procrearon y criaron juntos a sus dos hijos, nacidos en 1995 y 1997.

Señalan los testigos claramente que el causante pese a laborar regularmente como conductor o ayudante de buseta, tenía constantes problemas económicos y por eso en algunos períodos recibieron a la familia BARRERO SÁNCHEZ en su hogar para ayudarles económicamente, siendo testigos directos de la relación familiar, de apoyo moral y sentimental que se brindaban la actora y el causante, el cual tuvo una duración de casi 10 años y que solo fue interrumpida por la muerte del señor BARRERO PAVA, suficientes para encontrar acreditado el requisito legal para ser considerada beneficiaria de la pensión y como tuvo hijos con el causante, lo adquiere de carácter permanente pese a tener menos de 30 años cuando ocurrió el insuceso.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que accedió al reconocimiento pensional en favor de las demandantes y por encontrarnos en grado jurisdiccional de consulta, se procederá a verificar la aplicación de la prescripción y se impartirá la condena en concreto, partiendo de la mesada equivalente a la pensión mínima acorde a las cotizaciones realizadas.

Con la demanda se aportó copia de la Resolución SUB162191 del 19 de junio de 2018 donde consta que PAOLA ANDREA BARRERO elevó reclamación el 30 de abril de 2018 y en Resolución SUB254907 del 26 de septiembre de 2018 se indica que ROSA SÁNCHEZ la presentó el 2 de agosto de 2018. Siendo radicada la demanda el 13 de noviembre de 2018.

Conforme este precepto, se advierte que PAOLA BARRERO cumplió su mayoría de edad el 23 de mayo de 2015, manteniendo suspendido durante el tiempo que fue menor la contabilidad de la prescripción y no existiendo prueba de reclamación de su representante en ese lapso. Por ende, al reclamar el 30 de abril de 2018, interrumpió la prescripción antes de que transcurrieran 3 años tras cumplir la mayoría de edad y presentada su demanda en noviembre de 2018, no se configuró la prescripción de ninguna mesada a su favor como señaló el *a quo*.

No obstante, el porcentaje que le corresponde no es por todo el término del 50% de la mesada pensional. Dado que está acreditado que su hermano MIGUEL BARRERO también fue beneficiario durante el tiempo que fue menor de edad y que su derecho fue declarado prescrito en primera instancia, por ese lapso del 19 de febrero de 2003 al 27 de diciembre de 2013, el derecho de PAOLA BARRERO fue del 25% y entre el 28 de diciembre de 2013 al 5 de julio de 2017 del 50%.

En consecuencia, el retroactivo a su favor asciende a la suma de \$29.536.145,61, conforme a la siguiente liquidación:

Año	Mesada	Porcentaje	No. Mesadas	Total
2003	\$ 332.000,00	\$ 83.000,00	12,4	\$ 1.029.200,00
2004	\$ 358.000,00	\$ 89.500,00	14	\$ 1.253.000,00
2005	\$ 381.500,00	\$ 95.375,00	14	\$ 1.335.250,00
2006	\$ 408.000,00	\$ 102.000,00	14	\$ 1.428.000,00
2007	\$ 433.700,00	\$ 108.425,00	14	\$ 1.517.950,00

2008	\$ 461.500,00	\$ 115.375,00	14	\$ 1.615.250,00
2009	\$ 496.900,00	\$ 124.225,00	14	\$ 1.739.150,00
2010	\$ 515.000,00	\$ 128.750,00	14	\$ 1.802.500,00
2011	\$ 535.600,00	\$ 133.900,00	14	\$ 1.874.600,00
2012	\$ 566.700,00	\$ 141.675,00	14	\$ 1.983.450,00
2013	\$ 589.500,00	\$ 147.375,00	14	\$ 2.063.250,00
2014	\$ 616.000,00	\$ 154.000,00	14	\$ 2.156.000,00
2015	\$ 644.350,00	\$ 161.087,50	13,9	\$ 2.239.116,25
2015	\$ 644.350,00	\$ 322.175,00	0,1	\$ 32.217,50
2016	\$ 689.455,00	\$ 344.727,50	14	\$ 4.826.185,00
2017	\$ 737.717,00	\$ 368.858,50	7,16	\$ 2.641.026,86
				\$ 29.536.145,61

Respecto de la señora ROSA SÁNCHEZ, como elevó reclamación hasta el 2 de agosto de 2018, se entienden prescritas todas las mesadas causadas desde el 2 de agosto de 2015 y su porcentaje equivale a un 50% entre esa fecha y el 5 de julio de 2017, acrecentándose en un 100% desde que su hija perdió la calidad de beneficiaria el 6 de julio de 2017. Por lo que su retroactivo asciende a la suma de \$59.247.399,14, conforme a la siguiente liquidación:

Año	Mesada	Porcentaje	No. Mesadas	Total
2015	\$ 644.350,00	\$ 322.175,00	5,96	\$ 1.920.163,00
2016	\$ 689.455,00	\$ 344.727,50	14	\$ 4.826.185,00
2017	\$ 737.717,00	\$ 368.858,50	7,16	\$ 2.641.026,86
2017	\$ 737.717,00	\$ 737.717,00	6,84	\$ 5.045.984,28
2018	\$ 781.242,00	\$ 781.242,00	14	\$ 10.937.388,00
2019	\$ 828.116,00	\$ 828.116,00	14	\$ 11.593.624,00
2020	\$ 877.803,00	\$ 877.803,00	14	\$ 12.289.242,00
2021	\$ 908.526,00	\$ 908.526,00	11	\$ 9.993.786,00
				\$ 59.247.399,14

Por lo anterior, se modificará el numeral primero de la providencia en consulta respecto del porcentaje de la demandante PAOLA BARRERO y se adicionará el valor del retroactivo liquidado.

Respecto de los intereses de mora apelados por la demandante y que se revisarán por el grado de consulta, se advierte que el juez *a quo* impuso unos intereses calculados a la tasa legal (Art. 1617 del Código Civil), sobre las mesadas adeudadas pero liquidados desde la ejecutoria de la sentencia, el que pretende revocar la parte accionada alegando buena fe y el demandante señalando que proceden por el mero retardo.

Lo primero a determinar es que la norma aplicada de manera subsidiaria por el *a quo* es improcedente al ser ajena al ordenamiento jurídico laboral y existir norma propia que impide la analogía; así lo ha explicado la Sala de Casación Laboral en providencia de rad. 36.613 de 2012 reiterada en SL186 de 2020, al señalar:

“El tema de los intereses moratorios en materia de pensiones está regulado por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo que no resulta viable invocar la analogía para acudir a las normas que regulan ese aspecto en materia civil, al no existir vacío legal. En consecuencia, le asiste razón a la censura, toda vez que se equivoca el Tribunal al fulminar condena a intereses de mora con apoyo en el artículo 1617 del Código Civil, norma que resultó indebidamente aplicada”.

Aclarada esta situación, se revocará el numeral quinto de la sentencia en consulta y se analizará ahora la apelación del demandante bajo los

parámetros del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre lo cual se debe indicar que la actual postura jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral es que los intereses de mora *“proceden siempre que haya retardo en el pago, sentencia CSJ SL 3130-2020, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o las circunstancias que hayan rodeado la discusión del derecho pensional, en tanto su imposición es simplemente el resarcimiento ante los efectos adversos para el acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones”* y aclara que existen algunas excepciones como *“cambio de línea jurisprudencial, o que la negativa pensional se hubiese dado con amparo en el ordenamiento legal vigente”*.

En este asunto, estima la Sala que COLPENSIONES negó la pensión respaldado en la contabilización de semanas derivados de la imputación acorde al artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 9 del Decreto 510 de 2003 y se reconoce por vía judicial aplicando la jurisprudencia sobre allanamiento a la mora del patrono, lo que constituye una justificación para la negativa y por lo que se confirmará la decisión que absolvió por esta pretensión y que de manera subsidiaria ordenó la indexación de las mesadas adeudadas.

Cabe resaltar que al tenor del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, el pensionado tiene la obligación de asumir el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde el momento mismo en que ostenta esa calidad. Por ende, no es viable argüir la no afiliación o no disfrute del servicio so pretexto de eximirse del pago, pues, se itera, la obligación legal de contribución se adquiere a la par con la condición de pensionado y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha reiterado la necesidad de ordenar estos conceptos; por lo que se adicionará que se autoriza a la demandada para deducir del valor de las mesadas a pagar al actor el importe para el pago de las cotizaciones para salud.

Finalmente, al no prosperar el recurso de COLPENSIONES se le condenará en costas de segunda instancia, fijándose como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de cada demandante.

7. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia del 19 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de reconocer a PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en porcentaje del 25% del 19 de febrero de 2003 al 27 de diciembre de 2013 y del 50% entre el 28 de diciembre de 2013 al 5 de julio de 2017, y a ROSA ELENA SÁNCHEZ del 50% entre el 2 de agosto de 2015 al 5 de julio de 2017 y del 100% desde el 6 de julio de 2017.

SEGUNDO: ADICIONAR que la condena en concreto asciende a la suma de \$29.536.145,61 a favor de PAOLA ANDREA BARRERO SÁNCHEZ por mesadas liquidadas del 19 de febrero de 2003 al 5 de julio de 2017 y \$59.247.399,14 a favor de ROSA ELENA SÁNCHEZ por mesadas liquidadas del 2 de agosto de 2015 a octubre de 2021. Sin perjuicio de la indexación a que haya lugar entre la fecha de causación y la de pago efectivo.

TERCERO: ADICIONAR que se autoriza a COLPENSIONES para deducir del valor de las mesadas a pagarle al actor el importe para el pago de las cotizaciones para salud, conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: REVOCAR el numeral quinto de la providencia en consulta y **CONFIRMAR** los demás aspectos, por las razones anteriormente expuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de cada demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES

Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA

Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00010-00
RADICADO INTERNO:	19.185
DEMANDANTE:	YURIZAY ROBLES ORTIZ
DEMANDADO:	SERGIO ALEXANDER RAMÍREZ PINZÓN

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por YURIZAY ROBLES ORTIZ contra el señor SERGIO ALEXANDER RAMÍREZ PINZÓN como propietario del establecimiento de comercio CONFECCIONES CHEKO'S Y CHJEANS, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00010-00, y Radicación interna N° 19.185 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 16 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora YURIZAY ROBLES ORTIZ, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra el señor SERGIO ALEXANDER RAMÍREZ PINZÓN, como propietario del establecimiento de comercio CONFECCIONES CHEKO'S Y CHJEANS, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 1 de enero de 2017 y el 26 de febrero de 2018, por la cual, se ordene el pago de cesantías, intereses a cesantías, prima y vacaciones del 1 de enero al 26 de febrero de 2018, sanción por no pago de intereses de cesantías, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., valores descontados como ahorro por 7 meses y medio (15 quincenas) por \$300.000 quincenales (Total \$4.500.000), intereses de mora e indexación.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que desde el 20 de febrero de 2014 se vinculó a laborar con el demandado en el establecimiento de comercio CHEKO JEANS, mediante contrato de trabajo a término indefinido, devengando un salario de \$1.800.000 pagaderos quincenalmente, en las labores que le encomendara y siguiendo sus instrucciones y horarios.
- Que así se mantuvo la relación hasta el 26 de febrero de 2018 cuando presentó su renuncia y durante siete meses y medio se realizaron descuentos por concepto de “ahorros voluntarios” que equivalían a la suma quincenal de \$300.000, para un total de valores retenidos por \$4.500.000 y tampoco se le pagaron las prestaciones sociales finales del período laborado en 2018. Posteriormente adiciona como hechos

que existen pruebas de las cotizaciones mensuales realizadas desde febrero de 2014 por el empleador, hasta el 26 de febrero de 2018.

El demandado SERGIO ALEXANDER RAMÍREZ PINZÓN contestó a los hechos señalando:

- Que, la parte demandante solo empezó a laborar en su empresa para el 2017, mediante contrato de trabajo a término fijo anexo, devengando un salario mínimo legal mensual vigente.
- Que, los recibos o comprobantes anexos con la demanda son falsos, nunca han sido expedidos por esa empresa, solo están firmados por la actora, carecen de sello o autorización de la empresa y procede a DESCONOCER EL DOCUMENTO conforme a los artículos 269 y 272 del C.G.P.
- Alega haber cancelado todas las obligaciones laborales causadas en el contrato a término fijo del año 2017, que se notificó el preaviso de terminación el 14 de noviembre de 2017.
- Que se suscribió otro contrato verbal, el cual, tuvo lugar del 2 de enero al 26 de febrero de 2018, por el cual se garantizó la seguridad social y se realizó el pago de las prestaciones laborales, consignando a la cuenta de la demandante, luego de que la actora presentara renuncia voluntaria y fuera aceptada. Niega que existieran los “ahorros voluntarios” alegados, siendo parte de los documentos desconocidos. Se opone así a todas las pretensiones y propone como excepciones PAGO TOTAL DE LAS OBLIGACIONES, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, PAGO DE PRESTACIONES, BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA, COBRO DE LO NO DEBIDO, MALA FE DE LA ACTORA, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión.

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 16 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: *Declarar la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes desde el día 2 de enero a 31 diciembre de 2017 y a término indefinido del 1 enero a 26 febrero de 2018, conforme a lo considerado inicialmente sin desconocer los tiempos cotizados a folio 105 al servicio del demandado mes 7 de 2014 a febrero de 2018, termino real de contratación entre las partes, todo conforme a lo considerado.*

SEGUNDO: *Negar la pretensión sobre descuento salarial ahorrado no devuelto por el empleador, por falta de certeza en la prueba al respecto, todo conforme a lo considerado.*

TERCERO: *Condenar a la sanción moratoria diaria por \$52.000 a partir 27 febrero de 2018 y hasta el 15 septiembre de 2019 con fundamento en el artículo 29 ley 789 de 2002, conforme a lo considerado.*

CUARTO: *Condenar en costas a la parte demandante y a favor de la pasiva.*

2.2. Fundamento de la decisión.

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

- Señala, que el litigio fijado gira en torno a determinar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el año 2014 y si fue a término fijo o indefinido, la modalidad de terminación y el impago de prestaciones del período del 1 de enero al 26 de febrero de 2018, si existieron descuentos indebidos al salario de la actora y si hay lugar a las indemnizaciones moratorias solicitadas.

- Advierte,, que existe plena prueba de que la actora laboró para el actor en los extremos del 2 de enero al 31 de diciembre de 2017 y del 2 de enero al 26 de febrero de 2018, conforme las documentales anexas y existen indicios de que esta relación venía desarrollándose desde el 2014; indicando que para 2017 se suscribió un contrato a término fijo y luego en 2018 se realizó de manera verbal, señalando que la controversia gira especialmente en el descuento de ahorro quincenal sobre su salario, por total de \$4'500.000 que no le fue devuelto al terminar la relación y que no se pagaron las prestaciones del período de 2018 con la finalización del vínculo.

- Indicó, que no se aportó prueba que justificara la demora en el pago de las prestaciones sociales de la actora al finalizar la relación laboral y tampoco se expusieron razones que permitan inferir buena fe en el hecho de no haber pagado a la demandante sus prestaciones finales, inclusive se le dejó de notificar la existencia de la consignación, por lo que concluye en procedente la sanción moratoria y advirtiéndole que para febrero de 2018, el IBC del pago de pensión fue de \$1'560.000, por lo que esta equivaldrá a suma diaria por \$52.000 a partir 27 febrero de 2018 y hasta el 15 septiembre de 2019, fecha en que supo la demandante sobre el pago por este concepto mediante la contestación.

- Respecto de los descuentos realizados sobre el salario, enuncia la actora que de manera convenida se dedujeron \$300.000 mensuales por 15 quincenas a título de ahorro que no le fueron devueltos y sobre esto solo existe como prueba los documentos o facturas anexos con la demanda, folios 2-30 solo firmadas por la actora solamente y que alega el demandado no son ciertos. Careciendo de otras pruebas que respalden estos movimientos financieros, como registros contables, libros auxiliares y demás que no fueron pedidos por la parte demandante, quien estaba en obligación de solicitarlas, pero cuya ausencia da lugar a una insuficiencia probatoria que da lugar a negar esa pretensión.

3. RECURSO DE APELACIÓN

3.1 De la parte demandante

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Señala, que la decisión sobre negar el pago del ahorro realizado por descuentos salariales de la actora, no fue resultado de un análisis de los documentos soporte anexados de la demanda y si bien fueron elaborados por la actora, fue porque se demostró que era la persona encargada de la administración de la empresa y allí se refleja la disminución del valor real del concepto salarial.

- Expresa, que en las cotizaciones a seguridad social, no se refleja el valor real del salario de la trabajadora y ello buscaba disminuir el pago de parafiscales del empleador, siendo evidente que las cotizaciones eran

irregulares y en 2018 hubo un incremento que no se explica de otra manera, debiendo garantizarse el reintegro de los valores descontados y que fueron resultados de un acuerdo para evitar impagos por falta de fluidez del empleador.

3.2 De la parte demandada

El apoderado de la parte demandada, presenta recurso de apelación indicando lo siguiente:

- Se opone a la imposición de la sanción moratoria y las costas, en la medida que el empleador actuó de buena fe y si bien dejó de cancelar en su momento las prestaciones a la actora, esto fue porque como explicó sus proveedores solo comienzan a dejar ingresos a partir de diciembre y por eso se pagaron para esa fecha. No existiendo interés de defraudar y que esto le era comunicado regularmente a la actora.

- Respecto del valor del salario, expone que la actora siempre devengó un salario mínimo como puede verse en las cotizaciones de años anteriores y como la actora era la encargada de estas labores de administración, se ve sorpresivamente que sin conocimiento del empleador, pasó a cotizar ese salario superior y manejando la planilla, con pleno interés al saber que iba a renunciar.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado del demandante manifiesta que la actora estuvo vinculada al demandado desde el 20 de febrero de 2014 hasta su retiro voluntario acaecido el pasado 26 de febrero de 2018, y desde esta fecha no se han cancelado las prestaciones sociales finales a la trabajadora. Sin que la norma contemple un plazo o una razón para no cancelarlas al finalizar la relación laboral, por lo que se impone como consecuencia del impago la indemnización moratoria siempre que el juez evidencie un actuar de mala fe, como en este caso donde no se probó la razón de la demora.

Agrega que su recurso estaba dirigido a reclamar la devolución de unos dineros que habían acordado que el empleador los retuviera mes a mes, y que debían ser devueltos a la terminación de la relación laboral, suma que por total de \$4'500.000 tampoco han sido pagadas por el empleador y que están respaldados en prueba documental que fue omitida por el Juzgador, alegando falta de certeza de su ocurrencia.

• PARTE DEMANDADA:

El apoderado de la parte demandada expuso, que deben revocarse los numerales tercero y quinto de la sentencia que le impuso condena por sanción moratoria y costas o agencias en derecho, señalando, que no se evidenció en el proceso que actuara de mala fe con la demandante, pues siempre tuvo la intención de cancelar las prestaciones sociales a la actora y estuvieron en constante comunicación, solo que no contaba con el dinero y por eso le solicitó le concediera un tiempo.

Que la empresa por su actividad suele recibir los pagos de remisiones en los meses de noviembre y para esa época se materializó el pago, no

evidenciándose prueba de intención defraudatoria, lo que no fue valorado por el Juez. En todo caso, advierte que el salario de la actora siempre fue el mínimo mensual legal vigente, pero siendo ella la encargada de manejar la planilla de seguridad social pudo modificar el IBC de los meses anteriores a su renuncia.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

- ¿Se encuentra acreditada la existencia de deducciones salariales a la demandante YURIZAY ROBLES ORTIZ por parte de su empleador SERGIO ALEXANDER RAMÍREZ PINZÓN?
- ¿Resulta procedente la imposición de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. al empleador por pago extemporáneo de la liquidación final de prestaciones? De ser así, se debe establecer bajo que salario procede su liquidación.

7. CONSIDERACIONES:

Dentro de este trámite procesal, la señora YURIZAY ROBLES ORTIZ solicitó la declaratoria de una relación laboral con el señor SERGIO RAMÍREZ PINZÓN, desde el año 2014 hasta el 26 de febrero de 2018, para que se condenara a su empleador por el impago de las prestaciones laborales del año 2018, así como por la existencia de valores descontados como ahorro por 7 meses y medio (15 quincenas) por \$300.000 quincenales (Total \$4.500.000), solicitando la sanción moratoria correspondiente.

El juez *a quo* declaró la existencia de una relación laboral entre las partes desde el año 2014, regida por un contrato a término fijo en 2017 y uno indefinido para 2018, determinó sobre los descuentos, que no fueron debidamente acreditados al plenario para proceder a su condena y al establecerse desde la contestación que se aceptaba la mora en el pago de las prestaciones que finalmente se le consignaron en diciembre de 2018 pero sin comunicarle de esto, a la actora.

Impuso la sanción moratoria por no evidenciarse prueba de la justificación del impago por parte del empleador. Decisiones que fueron recurridas por ambas partes.

La actora afirma que existía suficiente respaldo probatorio sobre los descuentos y el demandado que no existió mala fe en su actuar que amerite la sanción moratoria.

Teniendo en cuenta las declaraciones realizadas por el juez *a quo* y las materias objeto de apelación, de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., no es objeto de discusión que entre las partes existió una relación laboral desde el año 2014, así como que del 2 de enero al 31 de diciembre de 2017 se rigió por un contrato de trabajo a término fijo finalizado y liquidado, sin controversia, y que del 2 de enero al

26 de febrero de 2018 hubo un contrato verbal, finalizado por renuncia de la trabajadora.

Partiendo de estas situaciones demostradas y aceptadas por las partes, procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos derivados de cada recurso de apelación:

a. Descuentos salariales indebidos

La parte actora explicó desde la demanda que, durante la relación laboral, por siete meses y medio se le realizaron ahorros voluntarios por suma de \$300.000 quincenales para un total de \$4'500.000; indicando en su interrogatorio de parte la actora que, ante la falta de liquidez de su empleador, acordaron que parte de su salario mensual le sería descontado y solo cancelado cuando hubiera suficiente capacidad financiera, sin que a la fecha se le hayan devuelto los mismos.

Al respecto, el artículo 149 del C.S.T. estableció que *“El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial”* y el artículo 151 refiere que *“El empleador y su trabajador podrán acordar por escrito el otorgamiento de préstamos, anticipos, deducciones, retenciones o compensaciones del salario, señalando la cuota objeto de deducción o compensación y el plazo para la amortización gradual de la deuda”*.

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

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: *“...Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”*. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: *“(...) El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo”*. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que:

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

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

Para el presente caso, la demandante aportó con la demanda copia de 29 desprendibles de pago con el logo “Confecciones Chekos” donde alega constan los valores percibidos por el empleador; estos solo aparecen firmados por la misma demandante en el espacio de beneficiaria que recibe y sin un sello, signo o firma que permita establecer la aceptación del empleador. De estos, solo se menciona el referido ahorro en los siguientes:

1. 19 de octubre de 2017 – Pago por \$489.500 con la anotación “pago excedente – pago primera nómina de octubre – esta quincena no guarda ahorro”

2. 3 de noviembre de 2017 – Pago por \$489.500 con la anotación “pago saldo segunda nómina de octubre (excedente), esta quincena no guarda ahorro”
3. 23 de noviembre de 2017 - Pago por \$489.500 con la anotación “cancelo excedente primera nómina de noviembre (esta quincena no guarda ahorro)”.
4. 16 de diciembre – Pago por \$489.500 con la anotación “pago excedente. Primera nómina de diciembre – no guarda ahorro esta quincena”
5. 3 de octubre de 2017 – Pago por \$189.600 con la anotación “pago excedente nómina segunda sept. Esta quincena guarda ahorro \$300.000”

Los demás desprendibles, solo contienen el valor cancelado y la anotación del período por el que se cancela; sin embargo, se advierte que desde la contestación de la demanda, el apoderado del demandado, presentó desconocimiento de esos documentos, afirmando que fueron elaborados por la misma demandante, que ejercía ciertas labores de administración y tenía acceso a esas plantillas, pero que su contenido no fue autorizado por él, no se corresponde con la realidad y por eso no tienen su firma, sello o aprobación.

Debe recordarse que el Código General del Proceso, contempla dos mecanismos de impugnación de documentos, el desconocimiento cuando se trata de documentos no firmados o manuscritos y la tacha cuando se atribuye la autoría a una de las partes; en este caso en los términos del artículo 270 el trámite de la tacha debe conllevar a declarar si el documento aportado es o no falso, y para demostrar la autenticidad o falsedad de un documento podrá solicitarse un cotejo con las letras o firmas de los otros documentos como escrituras públicas, documentos privados reconocidos, firmas que aparezcan en otras actuaciones o cheques y otros medios idóneos.

Por otra parte, el artículo 272 del C.G.P. establece que en la misma oportunidad para la tacha de falsedad, la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella, documentos dispositivos y representativos emanados por terceros podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento y ante dicha opción, una vez propuesta se corre traslado a la parte contraria para que solicite pruebas que permitan establecer su autenticidad. Señalando la norma que *“si no se establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria”*.

En esa medida, como los documentos cuya validez pretende hacer valer para acceder a las pretensiones no están firmados por el demandado y fueron desconocidos por la parte a quien se le atribuyen, la demandante tenía la carga de adelantar el trámite de verificación de autenticidad pues de lo contrario se aplica la consecuencia contenida en el inciso quinto del artículo 272 del C.G.P., que es desprender de toda eficacia probatoria estos documentos.

Así lo explica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en providencia SL2689 de 2019 reitera lo expuesto en decisiones previas desde SL14236 de 2015, indicando que *“ley incorpora un criterio circunstancial para determinar la autenticidad probatoria de un documento, consistente en verificar si el mismo puede imputarse certeramente a quien se afirma lo ha elaborado o es su creador legítimo Como se sabe, la cuestión de la eficacia probatoria de un documento depende, en líneas generales, de la posibilidad de conocer a ciencia cierta quién es su autor genuino. A partir de este conocimiento, se abre la posibilidad de entrar a valorar intrínsecamente su contenido conforme a las reglas de apreciación probatoria y la sana crítica previstas en el Código de Procedimiento Civil y el Código Procesal del Trabajo.”*

Por lo anterior, al no haberse aportado pruebas que permitan realizar la verificación de autenticidad, dichos documentos carecen de eficacia probatoria y su contenido no puede ser valorado en manera alguna.

En consecuencia, no existen pruebas que permitan determinar que efectivamente a la demandante se le hubieran efectuado descuentos salariales por parte de su empleador por el concepto señalado en la demanda y ante ello, se confirmará el numeral segundo de la sentencia impugnada.

b. Indemnización moratoria

Señaló la parte actora en la demanda que renunció a su empleo el 26 de febrero de 2018, y al finalizar la relación no le cancelaron las prestaciones sociales de ese extremo final del 2 de enero al 26 de febrero de 2018; sin embargo, al contestar la demanda indicó el empleador que mediante consignación del 10 de diciembre de 2018 pagó los valores adeudados a la actora.

Aportó como prueba a folio 77 liquidación de prestaciones sociales del período de 2018, estableciendo el valor de las mismas en un total de \$345.797 (\$140.078 de cesantías, \$2.708 de intereses a cesantías, \$140.078 de prima y \$62.933 de vacaciones), indicando que además le pagaría \$390.621 por concepto de bonificación por servicios prestados. A folio 78 obra consignación de Bancolombia por valor de \$800.000, a nombre de la demandante realizada el 10 de diciembre de 2018 desde la cuenta del actor.

El juez *a quo* estableció, que estando demostrado el pago tardío de las prestaciones finales, sin que se aportaran pruebas que justificara el retraso y permitieran evidenciar la mala situación económica alegada en el interrogatorio de parte por el demandado, era procedente la sanción moratoria; la cual liquidó con un salario de \$1'560.000, teniendo en cuenta el IBC que obra a folio 105. Decisión contra la que se enfila el recurso de apelación de la demandada, indicando inicialmente que no existen pruebas del actuar de mala fe y que, pese a la demora en el pago, este fue consentido por la demandante y es consecuencia de la situación financiera de la empresa. Agrega que, en todo caso, la actora devengaba el salario mínimo mensual legal vigente y no el salario por el que se liquidó la sanción.

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

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

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

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

Sobre la forma de valorar la mala fe, la sentencia SL11436 del 29 de junio de 2016 (Rad. 45.536 y M.P. GERARDO BOTERO) hace un recorrido sobre los precedentes que debe seguir todo funcionario judicial al estudiar la imposición de la indemnización moratoria; destacando que algunos elementos a tener en cuenta son la conducta del empleador, tanto en el desarrollo de la relación como con su finalización, esto es, *“en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder”*, recordando que en decisiones previas se dieron algunos parámetros como la necesidad de evaluar *“si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos”*, también si *“éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento”*.

En el presente caso, al responder el hecho séptimo de la demanda se manifestó que el empleador sí había cancelado la liquidación final de prestaciones como se respaldaba en prueba de consignación anexa y alega entre sus excepciones la buena fe, señalando que nunca había vulnerado los derechos laborales de la actora. Sin embargo, como se desprende de la prueba aportada, dicha consignación solo se dio más de nueve meses después de finalizada la relación laboral y solo hasta el interrogatorio de parte absuelto por el demandado, se justificó esa demora en que los pagos de los proveedores que daban solvencia a la empresa solo se pagaron en el mes de noviembre y esta situación le fue comunicada a la trabajadora, existiendo siempre voluntad de pago.

Siguiendo los parámetros de la carga de la prueba aplicados al resolver el primer problema jurídico, si la parte demandada pretendía alegar la incapacidad económica como justificación para la demora en el pago de prestaciones, no solo debió indicarlo desde la contestación, sino que además debía aportar pruebas que respaldaran esta versión, pues las manifestaciones de las partes en sus interrogatorios no constituyen prueba alguna. Careciendo el plenario de elementos probatorios adicionales, que permitan establecer realmente cuál era la capacidad económica del demandado al momento de la terminación del vínculo laboral y si hubo consentimiento de la trabajadora para mantener en vilo el pago de la liquidación final de prestaciones.

En todo caso, la tesis que ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (ver sentencia con radicado 34288 de enero 24 de 2012) sobre situaciones de problemas económicos en las empresas, es que *“el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso **debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis**”*. Frente a tal, no existe prueba alguna en el plenario que denote que el empleador tomó las medidas necesarias para amortiguar la falta de recursos económicos, ni tampoco existe un elemento de convicción que indique haber ejercido acciones tendientes al cumplimiento de las obligaciones laborales y remedio a la crisis alegada.

Finalmente, la Jurisprudencia del órgano de cierre ha expuesto que el debido cumplimiento del deber del empleador de realizar el pago por consignación, es un indicativo de buena fe y que, ante la demostración de su correcta realización, es procedente la exoneración de la indemnización moratoria; sin embargo, en este caso no solo se omitió el trámite legalmente consagrado para el pago por consignación, sino que además como señaló el *a quo*, en ningún momento se le informó debidamente a la actora sobre la consignación a su favor y la forma en que se liquidó para que se entienda consumado un actuar de buena fe.

Al respecto, en providencia SL1890 del 30 de mayo de 2018 (Rad. 58.592 y M.P. JORGE PRADA SÁNCHEZ), se recordó que *“dentro de un cabal entendimiento del mecanismo dispuesto en el numeral 2 del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, como lo tiene decantado en forma pacífica la jurisprudencia del trabajo, **no es suficiente que el empleador consigne lo adeudado por concepto de salarios o prestaciones del trabajador, sino que es de su cargo informarlo** de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, pues de lo contrario, «es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento»*

Por lo anterior, como el demandado tenía el deber de aportar elementos probatorios que indicaran buena fe en sus actuaciones, ante su ausencia no es procedente avalar los argumentos esgrimidos por el apoderado de la parte demandada y ante ello, se confirmará lo resuelto por el juez a quo en este sentido; quedando por abordar del recurso, lo correspondiente al salario base para liquidar la sanción, identificado por el juez en \$1.560.000 conforme al valor registrado en la cotización a pensiones del mes de febrero de 2018.

Sobre este tópico, el artículo 65 del C.S.T. establece que la indemnización moratoria equivale a una suma igual al último salario diario por cada día de retardo; en esa medida, la única prueba objetiva que obra al plenario que permita identificar el valor del salario de la trabajadora es la adoptada por el juez *a quo*, el certificado de cotizaciones expedido por PORVENIR donde consta que el IBC de febrero de 2018 fue la suma de \$1.560.000. Valor que desconoce el demandado, alegando que realizar estas cotizaciones era una función de la actora como administradora y que se aprovechó de esto para constituir esa prueba.

Sin embargo, al ser incorporados estos documentos a la actuación procesal no fueron desconocidos ni tachados de falsos por el demandado; ni se ejerció una labor probatoria tendiente a desestimar su contenido, como por ejemplo aportar los registros contables que permitieran verificar el valor que se cancelaba mensualmente a la actora. Igualmente, se advierte que las partes aceptaron haberse regido por varias relaciones laborales y modalidades de contratación, evidenciándose el contrato suscrito para el año 2017 donde las partes pactaron un salario mínimo mensual legal vigente pero como la relación durante el año 2018 fue pactada de manera verbal, no es posible

extender los efectos del contrato vencido y se debe tener como cierto, el medio de prueba más preciso aportado que para este caso es el informe de la AFP, dado que se trata de una manifestación dada a dicha entidad por el demandado como empleador y no existe prueba que lo desestime.

En consecuencia, se confirmará también de manera integral el numeral tercero de la providencia apelada y como los extremos de la indemnización fijados en primera instancia no fueron objeto de recurso, se adicionará en el sentido de establecer como condena en concreto la suma de \$29.0680.000, como resultado de la sanción de \$52.000 diarios causados del 27 febrero de 2018 y hasta el 15 septiembre de 2019.

Finalmente, se advierte que la parte demandada en su recurso manifestó inconformidad con la condena en costas interpuesta en su contra; sin embargo, en la sentencia de primera instancia se impusieron las mismas a cargo de la parte actora y por ende, como esta no manifestó inconformidad, la demandada carecía de interés para apelar este asunto.

Al no prosperar los recursos de apelación de ambas partes, no habrá condena en costas de segunda instancia.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la Sentencia del 16 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral tercero de la providencia apelada, como condena en concreto, que la indemnización moratoria a cargo de la pasiva asciende a la suma de \$29.0680.000, como resultado de la sanción de \$52.000 diarios causados del 27 febrero de 2018 y hasta el 15 septiembre de 2019

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS de segunda instancia, por no prosperar los recursos interpuestos por ambas partes.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00110-00
RADICADO INTERNO:	19.369
DEMANDANTE:	JOSÉ DEL CARMEN RODRÍGUEZ IBARRA
DEMANDADO:	COLFONDOS Y JESÚS ERNESTO GELVEZ ALBRRACÍN

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ DEL CARMEN RODRÍGUEZ IBARRA contra COLFONDOS Y JESÚS ERNESTO GELVEZ ALBRRACÍN, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00110-00, y Radicación interna N° 19.369 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 24 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor JOSÉ DEL CARMEN RODRÍGUEZ IBARRA interpuso demanda ordinaria laboral contra A.F.P. COLFONDOS para que se declare que tiene derecho al reconocimiento de pensión de vejez consagrada en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 o subsidiariamente de la garantía de pensión mínima del artículo 65 de dicha norma; que se ordene el pago de la misma con los incrementos, mesadas adicionales, indexación e intereses de mora a que haya lugar. Solicitó la intervención como litisconsorcio cuasinecesario de su empleador TEJAR LOS VADOS.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere:

- Que se afilió al I.S.S. para cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, como trabajador dependiente de la señora MYRIAM ACEVEDO GELVEZ del 4 de noviembre de 1980 al 15 de abril de 1987.
- Que luego laboró para el señor JESÚS ERNESTO GELVEZ, primero como empleador persona natural y luego para su empresa TEJAR LOS VADOS, relación que continúa vigente.
- Que se trasladó a A.F.P. COLFONDOS desde el 1 de enero de 1995 a la fecha. Que el período del 21 de julio de 1993 al 31 de mayo de 1994 (45 semanas) fueron cotizadas al antiguo I.S.S. conforme a historia laboral y de acuerdo a la misma se trasladaron 381 semanas

contabilizadas desde el 4 de noviembre de 1980 hasta su pase a COLFONDOS

- Que, desde el 1 de enero de 1995, ha laborado un total de 24 años y 3 meses equivalente a 1247 semanas para un total de 1628, y ue el 1 de febrero de 2018 cumplió los requisitos para pensionarse y solicitó su prestación a COLFONDOS, entidad que indicó conforme al simulador que no contaba con el capital suficiente para sufragar pensión de vejez pero que aportando una suma de \$149.343.646 tendría el capital necesario.
- Que ha indicado a la entidad sobre la posible mora del empleador en sus aportes, pero allí se niega que exista la deuda, y solicitó además, la garantía de pensión mínima, informándole la entidad que iba a proceder a efectuar el cálculo de los aportes omitidos, tras lo cual, se proyectaría si el capital alcanzaba, pero luego se determinó que solo obraban 998 semanas cotizadas pese a que afirmaba haber laborado sin interrupciones en LADRILLERA LOS VADOS desde 1994, por lo que aprobó en su lugar devolución de saldos, pero reiteró que su intención es la pensión de vejez.

Mediante auto del 2 de julio de 2019, se admite la demanda contra COLFONDOS y se vincula a TEJAR LOS VADOS representada legalmente por NOHORA BOTÍA.

De la demanda se notificó JESÚS ERNESTO GELVES ALBARRACÍN como propietario del TEJAR LOS VADOS – establecimiento de comercio quien se allanó a las pretensiones señalando que acepta la vinculación laboral del demandante y cubriría cualquier período en mora adeudado a COLFONDOS, por lo que solicitó el estado de cuenta para proceder con este pago, pero no ha recibido respuesta a su solicitud. Advierte que en proceso concordatario se adelanta trámite de venta de bienes para cubrir deudas pensionales de sus trabajadores.

A.F.P. COLFONDOS manifestó que se opone a las pretensiones porque el actor no reúne los requisitos para pensión de vejez del artículo 64 de la Ley 100, al no reunir el capital suficiente para financiar una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo; acepta la vinculación del actor desde 1994, pero advierte que las semanas cotizadas son las que aparecen reflejadas en su historia laboral y esta contiene un error del cual no pueden derivarse conjeturas. Propone como excepciones INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, AUSENCIA DE PRESUPUESTOS, FALTA DE TÍTULOS, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, BUENA FE y GENÉRICA.

Respecto de la confusión entre la empresa LADRILLERA LOS VADOS S.A.S. y el establecimiento de comercio TEJAR LOS VADOS propiedad de JESÚS GELVES, en la etapa de saneamiento durante la audiencia del 24 de mayo de 2021 se advirtió la incongruencia y las partes aceptaron corregir esta irregularidad, teniendo como verdadero empleador integrado al señor GELVES ALBARRACÍN e indicaron que por los nombres hubo confusión en la admisión con la persona jurídica. Quedando conformado entonces el litigio con el señor GELVES como persona natural propietaria del establecimiento de comercio empleador y excluyendo a la persona jurídica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la Sentencia del 24 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: Declarar que COLFONDOS SA. no inicio las acciones de cobro cotizaciones al empleador del accionante, con fundamento en el artículo 24 de la ley 100-1993.

SEGUNDO: Condenar a la AFP COLFONDOS S.A. de la deficiencia de cotizaciones no cobradas al empleador, haciéndola responsable de las cotizaciones no cargadas en la historia laboral del demandante y que corresponden a los lapsos 01-09 a 01-12-94, 01-05 a 01-06-95, del 01-11-95 al 01-05-99, del 01-02-2001 a 01-04-2006, del 01-08-2013 a 01-07-2014 y del 01-09-14 al 01-10-2016, son las cotizaciones, conforme a lo considerado.

TERCERO: Declarar que el actor cumple con los presupuestos mínimos de edad y cotizaciones 1150 al tenor de la comunicación al fl. 29 del plenario, contando con 998 semanas más las reseñadas en numeral anterior a cargo de la AFP, por no haber cobrado legalmente en oportunidad al empleador art. 24 ley 100-1993.

CUARTO: Reconocer la pensión mínima de vejez al demandante, sobre la base salarial de UN SMLMV indexado a la fecha de su pago efectivo, prestación causada a partir del 02-oct-2016, numero de mesadas 13 por año, conforme a lo considerado.

QUINTO: Condenar al empleador JESUS ERNESTO GELVEZ ALBARRACIN propietario del establecimiento de comercio TEJAR LOS VADOS a pagar las cotizaciones pensionales impagadas y que corresponden a los periodos no cargados por COLFONDOS, a las cotizaciones del demandante y que corresponden a las identificadas en el numeral segundo de esta resolutive, y las que se hayan generado posteriormente, con los intereses moratorios del caso según liquidación y cobro que presentara la AFP al empleador, con el fin de garantizar el derecho pensional del actor.

SEXTO: Condenar a intereses legales moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia sobre el capital de mesadas pensionales debidas.

SÉPTIMO: Condenar en costas a favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el litigio fijado en el proceso, es determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de vejez o subsidiariamente a la garantía de pensión mínima, a cargo de COLFONDOS, con incrementos, mesadas adicionales e intereses de mora o indexación, teniendo en cuenta que existen períodos en mora con su empleador JESÚS ERNESTO GELVES ALBARRACÍN.

- Expone, que está probado al plenario la afiliación del actor a COLFONDOS, así como su relación laboral desde 1995 con el empleador vinculado y que entre 1987 a junio de 1994 que estuvo afiliado al I.S.S. alcanzó a cotizar 381 semanas; que COLFONDOS en carta del 10 de enero de 2019 acepta que el actor reporta 998 semanas cotizadas pero que su

empleador adeuda una serie de períodos no cargados: 01/09/94-01/12/94, 01/05/95-01/06/95, 01/11/1995-01/05/1999, 01/02/2001-01/04/2006, 01/08/2013-01/07/2014 y 01/09/2014-01/10/2016, lo que equivale a 200 meses o 858 semanas.

- Resalta, que la jurisprudencia ha indicado que cuando el empleador no cumple con sus obligaciones, las Administradoras tienen la facultad legal para cobrar las mismas y evitar que el trabajador tenga que estar pendiente de esos asuntos; esto implica, que no puede desconocerse a favor del trabajador cuando el empleador adeuda semanas cotizadas ya que es un deber de la AFP perseguir estas sumas so pena de asumir las mismas de su propio patrimonio a menos que se declaren incobrables, debiendo demostrar entonces la demandada las actividades de cobranza.

- Que en este caso la AFP no puede pretender que se imponga la carga al trabajador de su falta de actividad, por lo que deben contabilizarse las semanas adeudadas y ello daría lugar a la pensión mínima según los siguientes cálculos: 381 semanas al ISS, tiempos no cargados por 858 semanas alcanzan 1239 semanas para los fines de la pensión mínima es superior a las 1150 semanas necesarias para esa prestación. Aportes que el empleador ha señalado estar en disposición de pagar, pero que no lo ha hecho pues desde el 15 de febrero de 2018 la deuda ascendía a más de Ciento cuarenta y nueve millones, de lo que se ha pagado algo pero se sigue adeudando una cantidad significativa.

- Señala, que en este caso se evidencia una ausencia de comunicación y coordinación adecuada entre la AFP que no ha iniciado acciones de cobro, con un empleador que se muestra dispuesto al pago y pese a ello se desprende la existencia de las semanas necesarias para la pensión mínima.

- Reconoce entonces la pensión mínima, teniendo en cuenta que el actor cumplió los 62 años el 2 de julio de 2014, pero que la última cotización a tener en cuenta es la del 1 de octubre de 2016 (Fol. 29), fecha de causación de la pensión que debe reconocerse inicialmente con indexación. Sin que haya lugar a prescripción y siendo procedentes 13 mesadas.

- Advierte, que el actor elevó reclamación el 1 de febrero de 2018, sin respuesta satisfactoria, pero como la AFP tenía para reconocer hasta el 1 de junio de 2018; sin embargo, al no ser pacífica y claro el acceso al derecho reclamado, no es dable ordenar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLFONDOS:

La apoderada de COLFONDOS presenta recurso de apelación contra los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 argumentando lo siguiente:

- Que sobre la aducida falta de cobro de aportes que no efectuó el empleador del demandante, debe precisar que la irregularidad solo fue aceptada por el empleador después de la reclamación e inclusive la demanda; por lo que, no siguió el procedimiento establecido para la liquidación y pago de los aportes en mora, se limitó a consignar a una cuenta bancaria y tampoco la notificó al correo electrónico debido. Por ello, la entidad solo tuvo conocimiento de los aportes en mora, durante el trámite de la demanda.

- Que para todo reconocimiento pensional, la entidad solo puede tomar en cuenta la información contenida en su cuenta pensional y de allí se desprende que el actor no reúne los requisitos para pensión de vejez ni para

la garantía de pensión mínima. Por lo que la entidad siempre actuó de buena fe y atendió a la información existente, de manera que no es posible acreditar los requisitos legales de pensión mínima.

3.2 De la parte demandante

La apoderada de la parte actora interpone recurso de apelación, señalando, que debieron condenarse por los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues estos se generan de manera automática ante el retraso en el pago de las mesadas y sin interesar si hubo culpa o no de la AFP, máxime en este caso donde se evidenció que el trabajador fue quien solicitó la revisión de mora de su empleador, pues esta nunca le respondió su reclamación en el trámite de concordato para pagar dicha deuda y dejó de adelantar el cobro respectivo. Incumplimiento que da pie al reconocimiento de los intereses moratorios de la Ley 100 de 1993 y no los concedidos.

3.3 Del demandado

El apoderado de JESÚS ERNESTO GELVES ALBARRACÍN respecto de la condena en costas, alegando que el mismo cumplió con el pago de los aportes en mora y si existe alguna incongruencia, no ha sido notificado por parte de la AFP para proceder a dicho pago. Esta negligencia no puede ser trasladada al empleador, pues es quien tiene la calidad de cobro y actualización. Que está probado el proceso concordatario y las gestiones administrativas para adelantar estos pagos, siendo los pagos judiciales realizados por estos mismos, y no era procedente entonces la condena en costas acorde a su conducta procesal.

4. ALEGATOS

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

•PARTE DEMANDANTE:

La apoderada de la parte actora indica que está conforme con la sentencia de primera instancia, pues el actor logra demostrar que ha cotizado suficientes semanas para acceder a la garantía de pensión mínima; respecto de las semanas en mora del empleador, indica que la jurisprudencia ha fijado como criterio la imposibilidad de que estos afecten el derecho pensional del trabajador, siendo deber del empleador pagarlos y de la administradora cobrarlos por las vías correspondientes. Reclama, que se acceda al pago de intereses moratorios, pues la jurisprudencia sí ha sido pacífica en ese sentido y se advierte que COLFONDOS fue vinculada por el empleador al acuerdo concordatario para cumplir con los aportes adeudados, demostrándose además que se conocía de la mora y no se tramitó su pago cuando lo reclamó el empleador, de manera que al demorar la pensión por falta del cumplimiento legal de la A.F.P., debió condenarse por este concepto.

•PARTE DEMANDADA:

La apoderada de COLFONDOS, solicita revocar la decisión de primera instancia y absolverlo de las pretensiones incoadas, indicando, que es el empleador quien debe responder.

Señala, que la historia laboral debe ser conformada con la información derivada de la oficina de bonos pensionales y Colpensiones, sin que se gestionara efectivamente. Que resulta fundamental por cuanto la garantía de pensión mínima es un reconocimiento del Estado, que depende de su subsidio para el acceso y financiación, de manera que no le es imputable.

Rechaza que se condene por intereses moratorios, indicando que la mora del patrono es la responsable de la situación.

El apoderado del TEJAR LOS VADOS indica que el actor laboró por más de 20 años para la empresa, siendo afiliado por su empleador y realizándose los pagos de aportes correspondientes, aunque de manera tardía, la A.F.P. se ha allanado a la mora al recibirlos; por lo que se puede corroborar que el demandante cumple con los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima al ser mayor de 62 años y tener 1150 semanas cotizadas. Advierte que se le condenó en costas sin tener presente su allanamiento a las pretensiones y su falta de oposición.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Tiene el señor JOSÉ DEL CARMEN RODRÍGUEZ IBARRA derecho a la garantía de pensión mínima a cargo de A.F.P. COLFONDOS al tener en cuenta los aportes en mora de su empleador JESÚS GELVES ALBARRACÍN? De ser así, se establecerá si proceden los intereses en mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas a cargo del litisconsorte.

7. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el señor JOSÉ DEL CARMEN RODRÍGUEZ IBARRA tiene derecho a que la A.F.P. COLFONDOS, contabilice los períodos sin cotización que adeuda su empleador para acceder a la garantía de pensión mínima de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993; en la medida, que dicha entidad alega que respaldado en la historia laboral de cotizaciones efectivas, no cuenta con el capital ni las semanas y que el empleador no ha adelantado los trámites legales para liquidar y pagar semanas adeudadas..

Al respecto el juez a quo concluyó, que no era procedente imputar al afiliado las inconsistencias en las cotizaciones en que incurrió el empleador y que no fueron cobradas debidamente por la A.F.P., quien tenía la obligación para ejecutar estos aportes y contabilizando entonces los períodos adeudados, se hace procedente acceder a la garantía de pensión mínima solicitada, condenando al reconocimiento pensional y ordenando al empleador cancelar los períodos irregulares.

La demandada A.F.P. COLFONDOS se opone a estas conclusiones, advirtiendo que el empleador no informó oportunamente de los períodos aquí contabilizados y que conforme a la historia laboral actualizada el actor no tiene el derecho reconocido.

Por su parte la actora solicita el reconocimiento de los intereses en mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el empleador que se revoque la condena en costas.

En esa medida, procederá la Sala a resolver el problema jurídico principal referente a los efectos de la mora del patrono y su incidencia en las expectativas pensionales del afiliado, correlativo a las obligaciones de las A.F.P. para perseguir estos períodos adeudados.

Lo primero a tener en cuenta, es que el actor pertenece al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), por el cual los afiliados aspiran a acceder a una pensión de vejez respaldados por los saldos acumulados en su cuenta de ahorro individual, siempre que los mismos alcancen a cubrir una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y por ello, a diferencia del Régimen de Prima Media (RPM) donde el acceso a la pensión depende de las semanas cotizadas y de alcanzar la edad legal, en el RAIS la persona puede pensionarse a cualquier edad siempre que cuenten con el capital ahorrado necesario.

Sin embargo, la Ley 100 de 1993 previó la posibilidad de que, pese a los esfuerzos desplegados por el trabajador afiliado al RAIS en su vida laboral, no consiga cumplir la meta de ahorro necesario y por ello, el artículo 65 consagra la siguiente prerrogativa:

“GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

Finalmente, en caso de no contar con el capital necesario y tampoco alcanzar a cotizar 1150 semanas, el afiliado accederá a la devolución de los saldos de su cuenta.

Precisamente en atención a la naturaleza del RAIS, es importante que la Administradora de Pensiones mantenga actualizada la historia laboral de sus afiliados para que pueda establecer claramente los valores que deberán ser contabilizados a efecto de liquidar la posibilidad de reconocer la pensión de vejez, acceder a la garantía de pensión mínima o a la devolución de saldos. De allí que, se relacionen los derechos fundamentales a la seguridad social y al habeas data en cabeza de las A.F.P., como explica la Corte Constitucional en sentencia T-079 de 2016 al indicar que *“El valor probatorio que ostenta la historia laboral compromete a las entidades encargadas de su administración a asegurar que su contenido sea confiable, esto es, a garantizar que refleje el verdadero esfuerzo económico que realizó el potencial beneficiario de la pensión en aras de la satisfacción de las condiciones legales para acceder a ella. La confiabilidad de la historia laboral depende de que la información que allí se consigna sea cierta, precisa, fidedigna y actualizada. Tal es el sentido del principio de veracidad o calidad intrínseco al tratamiento de los datos a cuyo cargo se encuentran la administradora del régimen pensional de prima media y los fondos privados de pensiones.”*

Respecto del objetivo y la naturaleza de la garantía de pensión mínima, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2512 de 2021 explica:

“tal garantía constituye un subsidio, esto es, un beneficio, ya sea en dinero o en especie, para que, a través de este, se satisfaga una necesidad puntual, de acuerdo a las políticas de protección a específicos

grupos poblacionales (riesgo de vulnerabilidad) que por sus condiciones lo justifican, es así como las reglas para acceder al mismo, propenden por el cumplimiento de requisitos que den certeza de su correcta asignación. (...)

en el RAIS, en principio no existe un subsidio a la pensión, dado que, como se evidenció, la pensión y el valor de su mesada dependen del saldo acumulado en la CAI, sin que la Nación entre a cubrir monto alguno. Sin embargo, y dada la finalidad de proteger a aquellos que a pesar de haber realizado un esfuerzo significativo en densidad de cotizaciones no logran el capital suficiente para su pensión, y vean nugatoria la protección su vejez, se implementó la prerrogativa a través de la garantía del artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

*Identificado como quedó, el acceso a la pensión de vejez en el RAIS, por medio de la garantía de pensión mínima, materializa la asignación de un **subsidio** y, por ende, debe existir certeza del cumplimiento de los requisitos para efectos del reconocimiento y pago de la prestación con cargo a los recursos de este.*

(...) en el RAIS, en principio no existe un subsidio a la pensión, dado que, como se evidenció, la pensión y el valor de su mesada dependen del saldo acumulado en la CAI, sin que la Nación entre a cubrir monto alguno. Sin embargo, y dada la finalidad de proteger a aquellos que a pesar de haber realizado un esfuerzo significativo en densidad de cotizaciones no logran el capital suficiente para su pensión, y vean nugatoria la protección su vejez, se implementó la prerrogativa a través de la garantía del artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

*Identificado como quedó, el acceso a la pensión de vejez en el RAIS, por medio de la garantía de pensión mínima, materializa la asignación de un subsidio y, por ende, **debe existir certeza del cumplimiento de los requisitos para efectos del reconocimiento y pago de la prestación con cargo a los recursos de este.***

De lo anterior se deriva, que la naturaleza del RAIS es conceder a cada afiliado una proyección pensional que refleje el ahorro realizado durante su vida laboral y los rendimientos que de ella se derivaron; sin embargo, se estableció como parte del componente de solidaridad, que, en caso de contar con una densidad preestablecida de semanas, se podría contar con una pensión mínima subsidiada por el Estado.

Ahora bien, la controversia se centra en determinar si es posible contabilizar las semanas que no aparecen acreditadas por mora del empleador, alegando la A.F.P. que el reconocimiento de las mismas solo fue posterior a la reclamación y la demanda, por lo que bajo ninguna circunstancia debe ser obligado a contabilizarlas al no conformar la cuenta de ahorro individual del actor.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 34270 de 22 de julio de 2008, señaló lo siguiente sobre este asunto:

“(...) Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.

El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.

Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente **se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.**

Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado”.

Específicamente sobre la mora del empleador y los deberes de la administradora del Régimen de Ahorro Individual, en la citada sentencia SL2512 de 2021 se refiere:

“Siendo claro, que la asignación del subsidio bajo la garantía de pensión mínima es estatal y, por ende, su reconocimiento está exclusivamente en cabeza del Estado – Oficina de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y crédito público- es menester poner de presente que por vía de excepción sí existe normativamente la posibilidad de establecer en cabeza de una administradora del RAIS la obligación, de manera temporal, de asumir el pago de la pensión con cargo a sus propios recursos, esto porque el artículo 21 del Decreto 656 de 1994

El Decreto citado, además de indicar la naturaleza jurídica de estas entidades, estableció, entre otros, su régimen de responsabilidad, partiendo de que si bien son entidades de naturaleza privada, las mismas están en todo caso prestando el servicio público de la seguridad social que comporta la garantía de derechos mínimos, en el caso de los trabajadores afiliados al sistema pensional.

Así, el estándar de diligencia y cuidado que deben observar las mismas es mayúsculo, pues **si su actuar es negligente deberán asumir las consecuencias conforme lo estableció la legislación y el regulador.** Esto es así que, en el tema objeto de análisis, claramente se determinó que **si por razones imputables a ellas el afiliado no cuenta con los recursos para acceder a la pensión bajo la garantía de pensión mínima- claro está siempre y cuando consolide los requisitos para su acceso- corresponderá el pago de la pensión de manera provisional y con cargo a sus propios recursos a la entidad de seguridad social**

En suma, **si injustificadamente retarda el trámite de solicitud de garantía ante el ente estatal, surgirá la obligación de asumir el pago de la pensión de vejez de su afiliado y, palmariamente, sin afectar la cuenta de ahorro individual del mismo.** Por lo que el funcionario judicial podrá echar mano de esta norma, cuando evidencie que existe un actuar evidentemente displicente que impidió la materialización del derecho.

Lo anterior no es obstáculo, para que la AFP, que considere que su actuar no fue desprovisto del estándar mínimo que se demanda a una administradora integrante de la seguridad social, acuda a la Superintendencia Financiera de Colombia, a efectos de demostrar que tal retardo no fue imputable a ella, para que la entidad de supervisión, de considerarlo acreditado, ordene «el reembolso de las respectivas cuentas con cargo a los recursos de la entidad responsable».”

De tal manera, tanto en el RPM como en el RAIS, si las administradoras de pensiones incumplieron con su deber de ejercer las acciones de cobro ante el empleador moroso no es posible imputársele al Trabajador la responsabilidad frente a esta situación, por lo que en estos casos al no ejercerse las acciones de cobro ante el empleador moroso se entiende que hubo un allanamiento a la mora, y la consecuencia es que deben computarse la totalidad de semanas reportadas y no validadas.

Entonces, se advierte que compete al demandante demostrar que en el presente caso efectivamente existen periodos de cotizaciones no tenidas en cuenta por COLFONDOS donde estuvo validada su afiliación como trabajador dependiente para que se presente la teoría de la mora del patrono en el pago de los aportes pensionales y de las pruebas obrantes al expediente, se destacan las siguientes como fundamentales para resolver el problema jurídico:

- El actor estuvo afiliado al I.S.S. entre el 4 de noviembre de 1980 al 31 de octubre de 1995, donde alcanzó a cotizar 381 semanas, acorde a certificado de bono pensional.

- Oficio del 15 de febrero de 2018 COLFONDOS notifica al actor que no acredita ninguno de los supuestos legales contemplados para reconocer a la pensión de vejez solicitadas al no contar con recursos suficientes o semanas para respaldar una garantía de pensión mínima.

- Conforme a esta respuesta, el actor informó a la A.F.P. que debían existir inconsistencias en su historia laboral pues ha laborado de manera ininterrumpida para el mismo empleador desde 1995 y ha estado afiliado de manera permanente a dicha entidad, anexando certificación suscrita por JESÚS ERNESTO GELVEZ; sin embargo, en respuesta del 27 de agosto de 2018, se le informa que se realizará y notificará al empleador el cálculo de los aportes omitidos para luego realizar la proyección pensional.

- La LADRILLERA LOS VADOS S.A.S. expide certificado indicando que para 2018 el actor mantiene contrato de trabajo con esa empresa, y que dará el mismo por terminado una vez le sea reconocida la pensión por garantía mínima, lo que se evidencia recibido por la A.F.P. a folio 156.

- En oficio del 10 de enero de 2019, COLFONDOS informa al actor que no es dable acceder a la pensión de vejez, dado que en el sistema reporta 998 semanas cotizadas y existen periodos a cargo del empleador adeudados así: 01/09/94-01/12/94, 01/05/95-01/06/95, 01/11/1995-01/05/1999, 01/02/2001-01/04/2006, 01/08/2013-01/07/2014 y 01/09/2014-01/10/2016; en consecuencia, para el 15 de febrero de 2019 autoriza la devolución de saldos por 1002 semanas cotizadas.

- En oficio del 25 de febrero de 2019, JESÚS ERNESTO GELVEZ manifestó a COLFONDOS S.A. que certificaba como trabajador al señor JOSÉ DEL CARMEN RODRÍGUEZ desde el 1 de enero de 1995 y que estaba dispuesto a corregir las inconsistencias en la historia laboral del actor, por lo que solicitaba certificar el valor de la deuda.

- Formato de solicitud de afiliación suscrito por el actor para trasladarse a COLFONDOS el 17 de mayo de 1994, donde informa que su empleador es JESÚS ERNESTO GELVEZ ALBARRACÍN como obrero.

- Reporte del estado de cuenta del afiliado JOSÉ DEL CARMEN RODRÍGUEZ IBARRA expedido en diciembre de 2019, de donde se desprende la siguiente información:

-Se reporta como períodos de vinculación a cargo del empleador JESÚS ERNESTO GELVEZ ALBARRACÍN: 19940601 a 20080531, 20080601 a 20101230, 20110101 a 20140830 y 20161101 a 20170301; es decir, de manera ininterrumpida de junio de 1994 a agosto de 2014 y de noviembre de 2015 a marzo de 2017; sin embargo, como aportes acreditados solo registra de junio a agosto de 1994, de junio de 1999 a enero de 2001, mayo de 2006 a julio de 2013, agosto de 2014 y de noviembre de 2016 a marzo de 2017. Señalando que las restantes se identifican como deuda presunta.

-Se reporta como períodos de vinculación a cargo del empleador a LADRILLERA LOS VADOS S.A.S., de marzo de 2017 a marzo de 2019 y como relación activa desde junio de 2019. Sin reporte de semanas adeudadas.

-En reporte de semanas a noviembre de 2019 se certifican 1041 semanas acreditadas.

- En memorial del 19 de marzo de 2021, el apoderado del empleador aporta la comunicación de la orden de pago depósitos judiciales y comprobante de pago de depósitos judiciales con abono a cuenta realizada dentro del proceso concordatario tramitado en el juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta con el radicado No. 54001310300420060006800, correspondiente a \$41.611.072.00 por concepto de aportes pensionales en mora de pago, de los cuales VEINTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$28.254.996) son por concepto de capital e intereses moratorios de los aportes pensionales del señor JOSE DEL CARMEN RODRIGUEZ IBARRA.

Se pueden extraer las siguientes conclusiones de este recuento probatorio: (i) El señor RODRÍGUEZ IBARRA está afiliado a COLFONDOS desde mayo de 1994, ingresando con 381 semanas del I.S.S. y siendo trabajador del señor JESÚS ERNESTO GELVES ALBARRACÍN, (ii) el vínculo laboral entre el actor y el litisconsorte se mantuvo ininterrumpido y continuo hasta marzo de 2017, sin que se reportara novedad de retiro en algún interregno a la A.F.P., (iii) durante esta relación laboral, el empleador incurrió por múltiples períodos en mora de los aportes y luego reanudaba las cotizaciones, sin que la A.F.P. ejecutara acciones tendientes a cobrar los interregnos adeudados. (iv) El actor reporta debidamente cotizadas por JESÚS GELVEZ ALBARRACÍN 492,86 semanas y otras 141,43 por LADRILLERA LOS VADOS S.A.S. a noviembre de 2019, que sumadas a las que trasladó del I.S.S. arroja un total de 1015,29 semanas; lo que en principio sería insuficiente para alcanzar la garantía de pensión mínima. Sin embargo, existe un total de 677,14 semanas dejadas de cotizar por el empleador JESÚS GELVEZ ALBARRACÍN entre los períodos de septiembre de 1994 a mayo de 1999, febrero de 2001 a abril de 2006, agosto de 2013 a julio de 2014 y septiembre de 2014 a octubre de 2016.

Es decir, que acumulando las semanas cotizadas y adeudadas, el señor RODRÍGUEZ IBARRA alcanza un total de 1692.43; conforme el artículo 65 de la Ley 100, el actor cumplió los 62 años el 2 de julio de 2014, fecha para la cual no alcanzaba el capital suficiente para acceder a la pensión según certificó la A.F.P. al faltarle más de 140 millones y acorde a la liquidación de deuda aportada por la demandada, los aportes adeudados también resultan insuficientes para conformar el ahorro necesario para cubrirla, por lo que cumple los presupuestos legales para acceder a la garantía de pensión mínima.

Respecto de la obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones sobre los periodos en mora del empleador, cuando existe afiliación y certeza de la obligación de cobrarlos, la providencia SL4289 de 2021 explica:

“el trabajador dependiente cumple con su deber, realizando la labor para la que fue contratado, y es al empleador, posterior a la afiliación, a quien, de conformidad con lo señalado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, le corresponde realizar el pago a la administradora pensional y que, de no hacerlo en los términos legales, se generan unos intereses moratorios. (...) Por lo tanto, antes de que la administradora de pensiones traslade las consecuencias del no pago de los aportes al empleador, al afiliado o a sus beneficiarios, debe probar que, previamente cumplió con su obligación de manera diligente, que no es otra sino la de realizar las correspondientes acciones de cobro, tal y como lo dispone el artículo 24 ibidem, pues es responsabilidad suya garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados. La norma dice:

Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

En ese orden, su labor no consiste en el simple recaudo de los aportes, sino que, como administrador de esos recursos, tiene la obligación legal de vigilancia, a fin de que estos se hagan efectivos aun ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas pertinentes. (...) En ese campo, la labor de Porvenir no consistía en el simple recaudo de los aportes, sino que, como administradora de esos recursos, tenía la obligación legal de vigilancia, a fin de que se hicieran.”

En ese sentido, no obran al plenario pruebas que permitan establecer la diligencia y cuidado que debía tener la A.F.P. COLFONDOS respecto de las irregularidades en la historia laboral del trabajador demandante, pues pese a ser su afiliado y mantener una vinculación laboral permanente con el mismo empleador, dejó de ejercer las acciones de cobro de múltiples períodos en mora y aún al solicitar la pensión el demandante, en lugar de proceder con su deber de perseguir los recursos que ayudarían al actor a conformar su capital pensional, pretende abstenerse de ellos y desconocer las garantías mínimas del afiliado. Pese a que el mismo empleador ha manifestado su interés en ponerse al día con lo adeudado, tanto directa como judicialmente.

Por lo anterior, resulta aplicable a este asunto el citado artículo 21 del Decreto 656 de 1994 que reza:

“Las administradoras que incumplan el plazo establecido para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión deberán pagar, con cargo a la respectiva cuenta individual de ahorro, una pensión provisional en favor del afiliado, calculada tomando en consideración los mismos criterios establecidos para la determinación de la mesada pensional a través de retiros programados. Esta pensión comenzará a reconocerse mensualmente a partir del día quince (15) hábil contado desde el vencimiento del plazo señalado para pronunciarse y deberá pagarse hasta el momento en el cual se efectúe el correspondiente pronunciamiento.

*Del mismo modo, **cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna** de las solicitudes de pago de bonos pensionales, **de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales** o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos.*

En general, corresponderá a las administradoras asumir pensiones provisionales con cargo a sus propios recursos en todos aquellos casos en los cuales el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de

cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones por parte de la administradora.

PARAGRAFO. *Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicios de las demás sanciones personales e institucionales que puedan imponerse por el incumplimiento de las correspondientes obligaciones señaladas en el presente capítulo.”*

En consecuencia, advertido el incumplimiento del deber de la administradora COLFONDOS para perseguir del empleador moroso los periodos de cotizaciones dejados de cancelar y que hubieran conformado la densidad de semanas necesarias para haber acreditado la garantía de pensión mínima desde la primera solicitud; era procedente acceder al reconocimiento de la misma, a cargo de COLFONDOS hasta que tramite la financiación estatal y por ende se confirmarán los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia impugnada.

Ahora bien, respecto de la fecha de reconocimiento se debe entrar a valorar que el actor al momento de elevar la solicitud en el año 2018 mantenía un vínculo laboral vigente con la empleadora LADRILLERA LOS VADOS S.A.S. y se corrobora su persistencia durante el año 2019. Resaltando la Sala de Casación Laboral en providencia SL4252 de 2021 que deben valorarse los efectos del artículo 84 de la Ley 100 de 1993, que señaló: “*Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima*”; sin embargo, esta norma fue derogada expresamente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, que fue publicada en diario oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

Por ende, mientras estuvo vigente esa norma existió un requisito adicional para la causación de la garantía de la pensión mínima, esto es la falta de rentas y remuneraciones del afiliado, por lo que al mantenerse vigente una relación laboral resultaba improcedente acceder a la garantía de pensión mínima. Esto hasta la derogatoria del legislador que dispuso eliminar totalmente ese requisito y que entró en vigencia el 25 de mayo de 2019, por lo que estima la Sala que acreditados los requisitos plenamente solo hasta esta fecha, se entenderá causada la prestación a partir de ese día y no desde octubre de 2016 como indicó el juez *a quo*, quien se abstuvo de analizar los efectos de la excepción legal y su derogatoria. Siendo cualquier cotización realizada posteriormente por el trabajador, realizada bajo la obligación impuesta por la administradora al negarle la totalidad de las semanas ya acreditadas y que permitían acreditar el acceso a la pensión.

Ante ello, se modificará parcialmente el numeral cuarto de la parte resolutive y se tendrá como fecha de causación de la pensión el 25 de mayo de 2019.

Respecto de los intereses de mora apelados por ambas partes, se advierte que el juez *a quo* impuso unos intereses calculados a la tasa legal (Art. 1617 del Código Civil), sobre las mesadas adeudadas pero liquidados desde la ejecutoria de la sentencia, el que pretende revocar la parte accionada alegando buena fe y el demandante señalando que proceden por el mero retardo.

Lo primero a determinar es que la norma aplicada por el *a quo* es improcedente al ser ajena al ordenamiento jurídico laboral y existir norma propia que impide la analogía; así lo ha explicado la Sala de Casación Laboral en providencia de rad. 36.613 de 2012 reiterada en SL186 de 2020, al señalar:

“El tema de los intereses moratorios en materia de pensiones está regulado por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo que no resulta viable invocar la analogía para acudir a las normas que regulan ese aspecto en materia civil, al no existir vacío legal. En consecuencia, le asiste razón a la censura, toda vez que se equivoca el Tribunal al fulminar condena a intereses de mora con apoyo en el artículo 1617 del Código Civil, norma que resultó indebidamente aplicada”.

Aclarada esta situación y bajo los parámetros del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se debe indicar que la actual postura jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral es que los intereses de mora *“proceden siempre que haya retardo en el pago, sentencia CSJ SL 3130-2020, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o las circunstancias que hayan rodeado la discusión del derecho pensional, en tanto su imposición es simplemente el resarcimiento ante los efectos adversos para el acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones”* y aclara que existen algunas excepciones como *“cambio de línea jurisprudencial, o que la negativa pensional se hubiese dado con amparo en el ordenamiento legal vigente”*.

En este asunto, es claro que la A.F.P. dejó de reconocer la pensión por el incumplimiento de su deber de actualización de la historia laboral del actor y al abstenerse de iniciar las acciones de cobro coactivo por los periodos en mora del empleador, lo que no encuadra en las excepciones señaladas sino que ratifica su responsabilidad en que el actor no esté disfrutando actualmente la prestación; por lo que se revocará el numeral sexto de la providencia impugnada y en su lugar se condenará al pago de intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a favor del actor, por el impago de las mesadas pensionales dejadas de percibir desde el 25 de mayo de 2019, liquidados a partir de la fecha de exigibilidad de cada mesada y por ende se declararán no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO respecto de los intereses de mora.

Finalmente, el empleador vinculado JESÚS ERNESTO GELVEZ ALBARRACÍN, se opone a la condena en costas en su contra por estimar que la negativa pensional es atribuible a la A.F.P; sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio. En este asunto, desde la contestación el señor GELVEZ no se opuso a las pretensiones y tampoco apeló la condena en su contra, mostrándose presto a colaborar con el pago de los aportes adeudados y reconociendo su deuda. Por lo que su actitud procesal fue de allanamiento, lo que hacía improcedente la condena en costas y por ello, se revocará parcialmente el numeral séptimo en cuanto condenó en costas de primera instancia a ambos demandados, manteniendo la condena solo contra A.F.P. COLFONDOS.

Al no prosperar el recurso de apelación de la A.F.P. y sí el del actor, se condenará en costas de segunda instancia a COLFONDOS. Se fijarán como agencias en derecho, el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor del actor.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de fecha 24 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en el sentido de condenar al reconocimiento de la garantía de pensión mínima a favor del actor desde el 25 de mayo de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral sexto de la providencia impugnada, y en su lugar condenar a A.F.P. COLFONDOS al pago de intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a favor del actor, por el impago de las mesadas pensionales dejadas de percibir desde el 25 de mayo de 2019, liquidados a partir de la fecha de exigibilidad de cada mesada, declarando no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO al respecto, conforme se indicó en las consideraciones.

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral séptimo de la sentencia, en cuanto a la condena en costas impuesta a JESÚS ERNESTO GELVEZ ALBARRACÍN y en su lugar abstenerse de imponer costas al vinculado, por lo explicado previamente.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás aspectos la providencia impugnada, por las consideraciones expuestas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada A.F.P. COLFONDOS. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00429-01
RADICADO INTERNO:	19.496
DEMANDANTE:	YASMIN GARCIA DELGADO
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Dentro del asunto de la referencia, sería del caso proceder a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia del 31 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, si no fuera porque en el trámite procesal se evidencia la existencia de una irregularidad procesal insaneable, por lo cual se hace necesario dictar el siguiente

AUTO:

1. Antecedentes

La señora YASMIN GARCIA DELGADO interpuso demanda ordinaria laboral contra la A.F.P. PORVENIR S.A, solicitando que se declare sin efecto y/o la nulidad del traslado efectuado en enero de 1996 al RAIS por medio de afiliación a HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.), así mismo, solicitó la nulidad del formato de afiliación que no tiene su firma. Como consecuencia de lo anterior, que se ordene la devolución de los aportes que realizó a la AFP demandada, junto con sus rendimientos legales, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y que los mismos sean enviados a COLPENSIONES, para continuar como afiliada del RPMPD, con el fin de adquirir la Pensión de Vejez a la cual tiene derecho acorde a las reglas aplicables a su caso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el día 22 de octubre de 1962 y a la fecha de interposición de la demanda contaba con 57 años de edad.
- Que laboró para el empleador privado CÍRCULO DE LECTORES del 09 de abril de 1984 al 15 de junio del mismo año, efectuando aportes pensionales al ISS en un total de 9,71 semanas.
- Que labora para el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA desde el 01 de junio de 1991. Que estuvo afiliada a la CAJA DE PREVISION SOCIAL MUNICIPAL como servidora pública hasta el mes de julio de 1995 y el municipio citado es el responsable de su seguridad social en pensiones desde el 01 de junio de 1991 al 30 de julio de 1995.

- Que, en certificación del 07 de octubre de 2019, el Subsecretario de Talento Humano de la ALCALDIA DE SAN JOSE DE CUCUTA, le informó que sus aportes a pensiones del año 1991 al mes de junio de 1995 están en la extinta CAJA DE PREVISION SOCIAL MUNICIPAL y a partir del 1 de agosto de 1995 en fondo privados de pensiones.
- Que como servidora pública del orden municipal y por mandato legal, se debía trasladar a un fondo de pensiones a más tarde el 30 de junio de 1995, por lo que existe formato de solicitud de vinculación No.280973 del 15 de enero de 1996 de la AFP-HORIZONTE sin su firma.
- Que para el año 2012 la AFP-HORIZONTE es absorbida por la AFP-PORVENIR, entidad que se hizo cargo de la administración de los aportes que en pensiones había cotizado.
- Que en Historia Laboral Pensional del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., del 17 de JUNIO de 2019, consta que acredita tiempos privados con el empleador CIRCULO DE LECTORES (09 semanas), que con otras administradoras tiene 222 semanas y en Porvenir 981 semanas. Y que, en Historia Laboral del 24 de julio de 2019, tiene 1.212 semanas cotizadas, por lo que ha cotizado durante su vida laboral en pensiones más de 1.230 semanas
- Que el traslado de régimen se efectuó con información errónea y/o mentiras, porque no tuvo la oportunidad de elegir libremente y uno de los asesores de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. que acudió a su sitio de trabajo la convenció para que se vinculara al Régimen Privado de Pensiones, por ser el más favorable, argumentando que se pensionaría en tiempo anterior a la edad dispuesta en la Ley y con un salario promedio mensual más alto al que le pudiera brindar el ISS hoy Colpensiones en el RPMPD, por lo que fue engañada y asaltada en su buena fe.
- Que tampoco se le informó del traslado del cual fue objeto con motivo de la fusión que se dio entre la AFP-HORIZONTE y la AFP-PORVENIR en el año 2012, mucho menos se le dio y suministro por el nuevo administrador la información necesaria por los asesores, afectando notoriamente su derecho de escoger de forma consciente y libre su futuro pensional, o sea, no se prestó la debida y doble asesoría y buen consejo que es obligatorio en estos casos.
- Que en el RPMPD puede pensionarse con una mesada más alta que la que pudiera obtener del RAIS.
- Que el 06 de noviembre de 2019 solicitó a la AFP-PORVENIR una proyección o cálculo de su mesada pensional con fecha de corte a octubre de 2019, del régimen de ahorro individual y del régimen de prima media, y copia del formulario o formularios que suscribió para efectos del traslado de régimen, sin que hasta la fecha se haya dado respuesta.

Asignado el conocimiento de la demanda al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, se dispuso la admisión de la demanda en proveído del 15 de enero de 2020 y se ordenó la notificación de la demandada PORVENIR.

Por auto de fecha 22 de abril de 2021, el juez a quo ordenó vincular a COLPENSIONES por tener interés conforme al artículo 61 del C.G.P., teniendo en cuenta que la demandante solicitó que la AFP demandada realice la devolución de los aportes efectuados junto con sus rendimientos legales y

estos sean enviados a la administradora del RPMPD, e igualmente pidió continuar afiliada al régimen mencionado. En dicha providencia también se ordenó la notificación de la demandada COLPENSIONES y oficiar a la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y al MINISTERIO PÚBLICO.

El expediente paso al despacho el 09 de julio de 2021 informando que las entidades demandadas se notificaron y que se remitieron las comunicaciones pertinentes a AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y al MINISTERIO PÚBLICO. Con auto del 12 de julio de 2021 se admitió la contestación remitida por COLPENSIONES y se señaló el 13 de agosto del año en curso para llevar a cabo audiencia pública de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas, y la de trámite y juzgamiento.

Por auto del 09 de agosto de 2021 se fijó nueva fecha para llevar a cabo la audiencia y por auto del 11 de agosto del mismo año se reprogramó la misma para el 31 de agosto hogaño.

Durante audiencia realizada el 31 de agosto de 2021 se adelantaron las etapas procesales correspondientes y se profirió sentencia de primera instancia, por medio de la cual se accedió a la ineficacia solicitada a partir del 15 de enero de 1996, indicando que por el formulario sin firma no se llenaban ni siquiera los requisitos de ley para tenerse como valido el traslado según el Decreto 692 del 94. Así mismo, se ordena a PORVENIR devolver con destino a COLPENSIONES todos los recursos (ahorros, intereses, réditos, beneficios) sin descuento alguno por concepto de gastos de administración, seguros previsionales o cualquier otro, según lo señalado por la jurisprudencia. Decisión contra la que interpusieron recurso de apelación PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, siendo esta última, a su vez, beneficiaria del grado jurisdiccional de consulta.

2. Consideraciones

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, expresa que, en todas las actuaciones administrativas y judiciales, deberá respetarse el debido proceso, lo cual permite inferir que cuando ello no se cumple, todo el procedimiento realizado a partir del hecho vicioso es ilegal y consecuentemente vulneratorio de este principio. Por ello, este elemento se convierte en el primer lineamiento a seguir por parte del juez en cada una de las etapas de todo proceso.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el artículo 48 del C.P.T.Y.S.S. modificado por el artículo 7° de la Ley 1149 de 2007, estableció que: *“El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”*, y por su parte el numeral 12 del artículo 42 y el artículo 132 del Código General del Proceso, establecen que agotada cada etapa del proceso, el juez deberá realizar un control de legalidad para corregir o sanear los vicios que puedan configurar nulidades u otras irregularidades dentro del proceso.

Esto implica que, cuando en ejercicio de sus facultades de control de legalidad y saneamiento, se avizora la existencia de una irregularidad procesal que afecte los derechos fundamentales y constituya una nulidad insaneable, se está en la obligación legal y constitucional de corregir la misma para garantizar la idoneidad de la actuación.

Siguiendo estos preceptos, la Sala identificó que en el curso del presente proceso no se integró adecuadamente el litisconsorcio necesario por pasiva para resolver las pretensiones de nulidad de afiliación y traslado de la señora

YASMIN GARCIA DELGADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; si bien en el escrito de demanda se indicó por la actora que labora para el MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA desde el 01 de junio de 1991, así mismos, que estuvo afiliada a la CAJA DE PREVISION SOCIAL MUNICIPAL como servidora pública hasta el mes de julio de 1995 y el municipio citado es el responsable de su seguridad social en pensiones desde el 01 de junio de 1991 al 30 de julio de 1995 y que por mandato legal se debía trasladar a un fondo de pensiones a más tarde el 30 de junio de 1995, por lo que existe formato de solicitud de vinculación No.280973 del 15 de enero de 1996 de la AFP-HORIZONTE sin su firma; en el pdf denominado “VIABILIDAD CC 60300629” que se encuentra en la carpeta “Expediente Administrativo” dentro de la carpeta “20.ContestacionPorvenir20210830” que conforma el expediente digital del proceso, obra resultado de consulta del historial de vinculaciones de la actora expedido por ASOFONDOS:

26/8/2021SIAFP

asofondos

Asociación colombiana de administradores de fondos de pensiones y cesantías

SIAFP

USUARIO: PVAROMEROL

ANA MARIA ROMERO LAGOS

26 de Agosto de 2021

Registrar sesión

Buscar en Wiki SIAFP

A través de la opción eventos especiales qu

Afilados + Personas + Aportantes + Pagos + Entrega HL al RPM + Documentación + Usuarios + Administrador de Tareas +

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:28:14 PM

Afiliado: CC 60300629 YASMIN GARCIA DELGADO

Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 60300629

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1995-07-19	2004/04/16	ING	COLPENSIONES		1995-08-01	1998-01-31
Traslado de AFP	1996-01-15	2004/04/16	COLPATRIA	ING		1996-02-01	2000-09-28
Cesion por fusion	2000-09-29	2013/10/04	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2013-12-31
Cesion por fusion	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 60300629

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-07-19	1996-08-13	01	AFILIACION	ING	
1996-01-15	2002-04-08	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	HORIZONTE	
2000-01-11	2000-02-09	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLPATRIA	ING
2000-09-29	2000-09-29	30	CESION	COLPATRIA	HORIZONTE

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

Imprimir

Regresar

De la anterior captura de pantalla, se evidencia claramente que la actora antes de su afiliación a HORIZONTE efectuada el 15 de enero de 1996 (coincidente con formulario de solicitud de vinculación N° 280973 que obra en el expediente), estuvo afiliada a ING y que fue a dicho fondo a donde se trasladó desde COLPENSIONES (entonces I.S.S.); por lo que sí estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y de este se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

La A.F.P. ING se fusiono con la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCION S.A. en el año 2012, siendo absorbida por esta última entidad¹.

En este caso, fue la A.F.P. ING la determinadora del traslado de régimen, por lo que constituía un litisconsorcio necesario por pasiva para resolver adecuadamente el asunto en litigio, razón por la cual debía cursar la demanda en contra de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. por lo expuesto en el párrafo anterior.

Igualmente, se advierte que en un período la actora estuvo afiliada COLPATRIA; cabe destacar que esta A.F.P. se fusiono con la A.F.P.

¹ Ver <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/lista-fusion-afp-proteccion-e-ing-73514>

HORIZONTE S.A. en el año 2000², entidad que en 2013 se fusionó con la A.F.P. PORVENIR³; por lo tanto, se encuentra cubierta la responsabilidad de dichas entidades en el presente proceso al ser vinculadas desde el inicio del mismo.

Al respecto, en providencia SL3794 de 2021 la Sala de Casación Laboral señala que los efectos de las sentencias que resuelven solicitudes de nulidad e ineficacia de traslado entre regímenes pensionales son de carácter uniforme para los sujetos procesales que integran uno de los extremos de la relación procesal y los identifica expresamente como **litisconsorcio necesario**, al suscitarse un carácter inescindible de la relación sustancial que los vincula.

Con ello, es evidente que se dejó de integrar adecuadamente el litisconsorcio necesario por pasiva y se configuró la nulidad consagrada en el numeral 8° del artículo 133 y del inciso final del artículo 134 del C.G.P., norma última que establece: *“Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio”*.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia se ha pronunciado sobre la relevancia de la debida integración del litisconsorcio necesario por pasiva y la necesidad de decretar oficiosamente las medidas correctivas que garanticen su conformación, siguiendo los parámetros del Art. 29 ibídem, dado que su desconocimiento o inobservancia conllevaría a la expedición de una sentencia que carece de legitimidad al no lograr satisfacer correctamente el litigio sobre el derecho reclamado. Así se explica, por ejemplo, en providencia AL3634 de 2020 al indicar:

“Por último, nótese que esta Sala ha señalado que con decisiones como la que ahora se adopta, no se afecta «el principio de prevalencia del derecho sustancial reconocido en el artículo 228 de la Constitución, sino que, antes bien, permite realizarlo cabalmente, en la medida en que, por mandato de la propia Carta Política y con rango de derecho fundamental, toda persona tiene derecho a un debido proceso (art. 29), cuyo observancia resulta necesaria para legitimar el pronunciamiento judicial que dirima el litigio. En este sentido, con el pretexto -o argumento- de administrar cumplida justicia y de hacer efectivo un derecho, no pueden los Jueces hacer tabla rasa de las formas procesales, pues aunque el derecho se satisficiera, la solución judicial no tendría legitimidad, la que sólo puede predicarse si la decisión del Juez se ha adoptado “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». (CSJ SL, 1.º feb. 2011, rad. 40201 y CSJ AL1461-2013).”

Conforme a lo anterior y observado el trámite procesal surtido en primera instancia, al no percatarse oportunamente de la necesidad de vincular como litisconsorcio necesario por pasiva a PROTECCIÓN S.A., se establece que se incurrió en la nulidad consagrada en el numeral 8° del artículo 133 y del inciso final del artículo 134 del C.G.P., por lo cual se procederá de manera oficiosa a DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO a partir de la providencia de fecha 12 de julio de 2020 que declaró implícitamente integrado el litigio y convocó a audiencia del artículo 77 del C.P.T.Y.S.S., inclusive, advirtiéndose que las pruebas allegadas al proceso mantendrán su validez y se ORDENARÁ al JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA que proceda a ordenar la vinculación de esa entidad, su notificación y

² Ver <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1230496>

³ Ver <https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/>

continúe el proceso una vez materializada adecuadamente la integración del litisconsorcio necesario por pasiva.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR OFICIOSAMENTE LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO a partir de la providencia de fecha 12 de julio de 2021, inclusive, mediante la cual que declaró implícitamente integrado el litigio y convocó a audiencia del artículo 77 del C.P.T.Y.S.S., advirtiéndose que las pruebas allegadas al proceso mantendrán su validez.

SEGUNDO: ORDENAR al JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA que proceda a ordenar la vinculación de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., disponga su notificación y continúe el proceso una vez materializada adecuadamente la integración del litisconsorcio necesario por pasiva, de conformidad con los lineamientos expuestos en la presente providencia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de Diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2020-00247-01
RADICADO INTERNO:	19.512
DEMANDANTE:	EMILIA MARIA GUTIERREZ SANCHEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 15 de septiembre de 2021 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora EMILIA MARIA GUTIERREZ SANCHEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR S.A, solicitando como pretensiones principales que se declare que el día 16 de marzo de 2016, al radicar la solicitud de traslado de régimen cumplía con los requisitos establecidos en el Art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 2° de la Ley 797 de 2003 Literal e, porque contaba con 46 años de edad, estaba a más de 10 años para hacer exigible su derecho a la pensión de vejez y tenía más de 5 años de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo tanto, se ordene a la demanda PORVENIR S.A, efectuar su traslado del RAIS al RPMPD, con la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, y a COLPENSIONES, recibirla como afiliada y una vez reciba sus aportes proceda a corregir y actualizar su historia laboral.

Como pretensiones subsidiarias pidió que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A, por la indebida y nula información que esta última le suministró para convencerla que se trasladara de régimen, y como consecuencia de lo anterior, se le ordene trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, a quien pide se ordene recibirla sin solución de continuidad, así mismo, corregir y actualizar su historia laboral

Como fundamento fáctico de sus pretensiones principales relata:

- Que nació el 29 de septiembre de 1969 y se afilió el 06 de diciembre de 1995 al Régimen de ahorro individual con solidaridad en el fondo de pensiones COLMENA y posteriormente, el día 07 de junio de 2004, se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida administrado por el ISS (hoy COLPENSIONES), en donde cotizó un total de 327 semanas por medio de diversos empleadores.
- Que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1. ° de enero de 2011 mediante afiliación al fondo de Pensiones y cesantías

PORVENIR, en donde ha cotizado más de 402; y que ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes más de 729 semanas.

- Que el 16 de marzo de 2016, momento en que contaba con 46 años 5 meses y 16 días, estaba a más de 10 años para tener derecho a su pensión de vejez y había cumplido 5 años de permanencia en el RAIS, solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, lo cual era procedente, pero las demandas negaron el mismo, incurriendo en error.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones subsidiarias relata:

- Que al momento del traslado de régimen mediante afiliación a PORVENIR, la aparente decisión libre y voluntaria, que se materializó con la suscripción del correspondiente formulario de vinculación, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, por lo que no puede considerarse que existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad, pues no recibió una información clara, precisa, completa, suficiente de las características, diferencias y consecuencias que podía traer el cambio de régimen.
- Que el día 19 de noviembre de 2019 elevó petición a PORVENIR S.A, solicitando la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen, y en la misma fecha solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y que procediera a afiliarla sin dilaciones.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía las fechas de nacimiento de la demandante y la de afiliación al RPMPD, así como las semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, e igualmente, que el 16 de marzo de 2016 y el 19 de noviembre de 2019, la actora le solicitó el traslado, pero aclaró que la negativa de la entidad a la primera solicitud obedeció a que la demandante presentaba multiafiliación explícita y la actora debía corregir esa inconsistencia. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan.
- Indicó que se opone a que se ordene el traslado de la actora al régimen que administra, teniendo en cuenta que el día 16 de marzo de 2016, la actora no cumplía los requisitos legales para acceder a un traslado de régimen pensional como lo solicitó en sede administrativa, por los impedimentos normativos establecidos en Ley 797 de 2003, al existir multiafiliación.
- Expresó oponerse a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al RAIS, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse.
- Manifestó que esa entidad no intervino en el acto jurídico de afiliación de la demandante al RAIS, que la actora hizo de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, firmando formulario de afiliación al fondo privado. Así mismo, que no pueden desconocerse los preceptos legales, sacrificando la estabilidad financiera del sistema pensional que administra, sin que se demuestre total y contundentemente que existió un real y evidente vicio en el consentimiento.
- También señaló que reconocer la nulidad del traslado solicitada y trasladar la totalidad de los aportes a esa entidad, atenta contra la estabilidad del sistema pensional colombiano, pues al permitírsele dicho traslado al demandante después de vencida la oportunidad legal para ello, transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la precitada norma. Así mismo, que a pesar de que los fondos privados trasladen la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que este permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional y según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

- Expuso que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.
- Manifestó que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social y se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros, pues se ocasionaría un déficit económico entre los actores del Sistema que han confluído en la gestión de los recursos a través de relaciones jurídicas válidamente suscitadas, en cumplimiento de obligaciones y deberes contractuales que ya se encuentran consumados y perfeccionados con las consecuencias de orden legal y financiero que ello acarrea.
- Propuso las excepciones de mérito de: 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 tienen una situación jurídica consolidada o adquirió el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada AFP PORVENIR no contesto la demanda en el término procesal oportuno.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 15 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: *Negar las pretensiones principales conforme a lo considerado.*

SEGUNDO.- DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante EMILIA MARIA GUTIERREZ SANCHEZ C.C. 32.723.131, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., FECHA 2011-01-01, FECHA PROCESO 2011-02-22, CONFORME A LO CONSIDERADO.

TERCERO.- CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A., donde se encuentran los recursos aportados por la parte demandante, Y QUIEN DETERMINO EL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido desde el TRASLADO Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA SENTENCIA, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos

que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), precisando que son de cargo del fondo pensional PORVENIR S.A, la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A, por haber sido el determinador del traslado de régimen, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

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

QUINTO. -Declarar no probada la excepción de prescripción por la pasiva COLPENSIONES S.A, y sobre las demás propuestas hay declaración ínsita conforme a lo considerado.

SEXTO: Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A., a favor de la parte demandante, INCLUYENDO LOS DESCUENTOS HECHOS, DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

SEPTIMO. -Condena en costas a favor de la parte demandante y a cargo de COLPENSIONES S.A., por haberse opuesto a las pretensiones de la demandante, se fijan las agencias en 1 s.m.l.m.v el cual asciende hoy a la suma de \$908.526, decreto 1785 de 2020, SIN COSTAS FRENTE A PORVENIR S.A, AL NO HABER CONTESTADO LA DEMANDA NO PLANTEO CONTROVERSIA, fundamento legal artículo 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. Las agencias fijadas se tendrán en cuenta en su momento procesal oportuno para liquidar las costas.

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

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el litigio se fijó según la pretensión principal, en declarar que la actora el 16 de marzo de 2016 cumplía con los requisitos establecidos en la ley para solicitar el traslado, y como pretensión subsidiaria, declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, con la consecuencia del traslado total al Régimen de Prima Media de los recursos aportados al RAIS, sin ningún descuento.

- Expuso de manera preliminar, como síntesis de los hechos que la demandante nació el 29 de septiembre de 1969, se afilió al RAIS el 06 de diciembre de 1995, posteriormente se afilió al RPMPD el 07 de junio de 2004, así mismo, que el 01 de enero de 2011 se trasladó nuevamente al RAIS, y al 16 de marzo de 2016 había cumplido 5 años en este régimen y solicitó ante COLPENSIONES S.A. el traslado de régimen pensional. Que respecto a esta solicitud de traslado las demandadas manifiestan que a esa fecha la actora ya estaba inmersa en la prohibición legal referente a contar con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, pero teniendo en cuenta la fecha de nacimiento y la prueba respectiva, se concluye que la demandante nació el 29 de septiembre de 1969, por lo que es cierto para el Despacho que tenía menos de 47 años.

- Que para las pretensiones subsidiarias la fundamentación fáctica relevante es que para el traslado al RAIS, la afiliación a PORVENIR S.A. del 1.º de enero de 2011 no estuvo precedida de suficiente ilustración y por lo tanto no puede decirse que existió libertad y voluntariedad.

- Indicó que como PORVENIR S.A. no contestó la demanda se genera como consecuencia un indicio grave en su contra de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 parágrafo 2. ° del C.P.T.S.S.

- Sobre la multifiliación mencionó que a través de sentencia de tutela 202A del 25 de mayo de 2018, la Sala Quinta de revisión de la Corte Constitucional aseguró que cuando se presenta el fenómeno de multifiliación de un trabajador al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, le corresponde a las Administradoras Pensionales involucradas realizar las gestiones correspondientes para dirimir dichos conflictos, lo anterior, como quiera que estas sociedades cuentan con la posibilidad de establecer los mecanismos de resolución de dicha irregularidad, así mismo, que la providencia recordó que este sistema contempla dos regímenes excluyentes entre sí, en el sentido de que un afiliado no puede realizar cotizaciones simultáneas a las dos o distribuirlas entre las mismas, prohibición establecida en la Ley 100 del 93 y reiterada en el Decreto 3995 de 2008.

- Que Colpensiones no dio el traslado en razón a que existía multifiliación y se lo informó en el año 2016 a través de oficio a la demandante, en donde le comunicó que el procedimiento de traslado estaba a cargo de la AFP según del concepto 2008026873-001 del 11 de agosto de 2008, subnumeral 3.5, Capítulo Primero, Título Cuarto de la Circular Externa 007 de 1006 (Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia), el cual impartió las instrucciones sobre el procedimiento para el traslado entre regímenes pensionales y entre las diferentes administradoras del Sistema General de Pensiones. Señaló que en este caso no se hizo ninguna solicitud a la AFP, es decir que no se cumplió con el procedimiento debido y para el despacho procedió una lectura equivocada a la respuesta de COLPENSIONES, por lo que no se prueba que se haya hecho el trámite de traslado conforme a lo considerado.

- Que en el 2016 COLPENSIONES informó a la demandante que debía acercarse a PORVENIR solicitando la corrección de la inconsistencia para que se pudiera generar la solicitud de traslado de esa AFP hacia la administradora del RPM, e indicó que la actora cumplía con los requisitos para el traslado si lo hubiera hecho a la entidad indicada, pero lamentablemente contaba con un problema de multifiliación y no pudo hacer el traslado efectivo, pues pidió el traslado a COLPENSIONES y no a la AFP.

- Precisó las fechas así: que la demandante inicia con COLMENA que hace parte del RAIS el 06 de diciembre de 1995, que hubo cesión y fusión de esa entidad el 1. ° de abril de 2000, que pasó el 13 de octubre de 2004 a ING, luego se trasladó de régimen a COLPENSIONES con fecha efectiva el 07 de octubre de 2005 y posteriormente a PORVENIR el 1. ° de enero de 2011.

- Por lo dicho previamente, negó la pretensión principal, pero teniendo en cuenta que se presentó como pretensión subsidiaria la nulidad y/o ineficacia, la orientación del fallo debe ser esta última, que engloba la Litis, como quiera que al decretar a ineficacia se entiende que no ha tenido efectos ese traslado.

- Mencionó lo consagrado en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su texto original y su posterior modificación con el artículo 2.° de la Ley 797 de 2003, con relación al tiempo en que se puede solicitar el traslado entre regímenes, con la prohibición de trasladarse entre estos cuando faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión, indicando que en este caso, no se cumple con los fines de la sentencia SU130 del 13 de marzo de 2013, en concordancia con la C781 DE 2002 y la C1024 de 2004, que establecen la directriz para las personas que siendo parte de la transición se pueden mover entre regímenes en cualquier tiempo, pues la actora sí está sometida a unos parámetros legales para dicho traslado.

- Resaltó la Sentencia SL1452 del 03 de abril del 2019 y que en la hipótesis de estudio de acuerdo a las fechas de traslado, se tienen las directrices del deber de suministrar información necesaria y suficiente por parte de la AFP a la demandante para materializar el traslado de régimen pensional, precisando la libertad de los afiliados de trasladarse de régimen de acuerdo al literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pero contando con un consentimiento libre e informado, es decir conociendo las bondades, ventajas, deficiencias, así como las características de los regímenes, para que tuviera esa información y tomara una decisión.

- Indicó que el artículo 1604 del Código Civil consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplear, por lo tanto, el deber de información está a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones, de quienes emana la responsabilidad de carácter profesional. Que estas tienen el deber de brindar información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar al anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, lo que se fue cualificando a través de la jurisprudencia, y uno de esos primeros pronunciamientos fue en el año 2008 con el radicado 31989 de la Corte Suprema de Justicia, reiterado en muchas providencias, como en la SL12136 del año 2014 y la SL1452 de 2019, en esta última se dice que opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, quien plantea sobre la negativa indefinida de la no información y le corresponde entonces a la parte pasiva, en este caso a los fondos, desvirtuar esa negativa indefinida, lo anterior, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o está próximo a pensionarse, dado que la obligación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado en su momento oportuno, esto, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

- Manifestó que la parte pasiva planteó y se acepta, que en su momento se hablaba que la obligación que tenían los fondos era la prevista en el Decreto 692 del 94 artículo 11 en concordancia con el 3. °, sobre en cuanto a los formularios que tenían que diligenciarse bien para que tuviera validez ese traslado, lo cual es cierto, pero no menos cierto es que la misma Corte desde su génesis ha dicho que a los fondos se les quedó en el tintero el artículo 97 numeral 1. ° del Estatuto Financiero que es el Decreto 663 del 93, que señala que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado.

- Que respecto a los formularios la Corte ha dicho que estos como tales no prueban si los fondos dieron información alguna al potencial afiliado.

- Que, según la SL1452 de 2019, le corresponde a la AFP demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones del cambio de régimen y ello no se cumplió, dado que no puede establecerse en el proceso como lo han dicho las AFP, porque no tienen esa información, pues esta se dio verbalmente y se diligenció un formulario en el cual no dice que asesoría se dio. Que, por lo anterior, no se obro en consonancia con el principio de eficiencia que informa al Sistema de Seguridad Social, al tenor del literal A del artículo 2. ° de la Ley 100 del año 93, pues se manifiesta la absoluta ausencia del fondo pensional en la tarea de información y asesoramiento a la demandante.

- Indicó que el legislador en el campo del actuar de los fondos pensionales para los fines de la transparencia, fue celoso sobre la responsabilidad de los promotores, vinculando por la conducta de ellos a los mismos fondos según el artículo 10 del Decreto 720 del 94, que señala que cualquier infracción, error u omisión, en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las Sociedades Administradores del Sistema General de Pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la Sociedad Administradora respecto de la cual adelante sus labores de promoción o con la cual con relación a su gestión se hubiere realizado la respectiva vinculación, sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a esta.

- Que en este caso bajo la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 del 2010, se trata no solamente de una simple información que tenía que dársele, sino del deber de asesoría y buen consejo, lo que no se cumplió como quiera que no se acreditó en el proceso.

- Que, por lo anterior, se accede a la ineficacia del traslado rogada, el cual se produjo en 2011, lo que implica privar desde su génesis todo efecto práctico al traslado bajo la ficción jurídica de que la demandante nunca se trasladó al RAIS válidamente y siempre estuvo afiliada al RPMPD. Así mismo, que la AFP donde se encuentra afiliada deberá devolver todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la demandante, con los rendimientos producidos, sin efectuar

descuento alguno por gastos de administración o los que se hacían para pagar el seguro previsional a cargo de la AFP determinante del traslado en la que ha estado el afiliado, esto según lo señalado por la jurisprudencia, porque no puede verse favorecida la AFP con dineros que nunca debió percibir, en perjuicio de COLPENSIONES que será la entidad encargada de un eventual reconocimiento prestacional a la demandante, cuidándose en este sentido la sostenibilidad financiera del sistema.

- Preciso que no existe elemento probatorio que informe sobre la presunta afectación financiera con la decisión respecto a COLPENSIONES SA, aunque no es posible descartar de plano como quiera que la misma ley ha fijado un término para que se materialice el traslado y que tiene como fundamento conforme a la equidad, que sea injusto que el afiliado descuidado se lucre de los beneficios de un fondo pensional conformado por otros y del cual ha estado ausente, pero la jurisprudencia acogida por el alto tribunal de cierre de la justicia ordinaria no prevé afectación financiera, pues se está devolviendo absolutamente todo el capital del fondo pensional para que integre el RPMPD.

- Manifestó que no opera la prescripción respecto a la ineficacia del traslado como se señaló en la SL1688 del 19 y en el radicado 68838 del 8 de mayo del 2019, porque la consecuencia de la ineficacia se caracteriza porque desde nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, la sentencia que declara la ineficacia de un acto lo que hace es constatar un estado de cosas, y estos no prescriben.

- Declaró la buena fe propuesta por COLPENSIONES, pero indicó que esto no enerva ninguna pretensión de la parte demandante, así mismo, declaro no probadas las demás excepciones presentadas.

- Por lo anterior, ordenó a COLPENSIONES que reciba los aportes provenientes del fondo pensional correspondientes a la demandante y los traduzca en semanas cotizadas, con el objeto de garantizar a la actora el derecho pensional a su causación.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada demandante:

La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que se revoque el numeral primero de la decisión del a quo en el evento en que no se confirme la sentencia en cuanto a la pretensión subsidiaria sobre la ineficacia de traslado. Esto porque, aunque la decisión resulta favorable, se formuló como pretensión principal que cumplía con los requisitos que contempla el artículo 2. ° de la Ley 797 de 2013 en su numeral e, la cual fue despacha desfavorablemente con fundamento en folios del expediente administrativo de COLPENSIONES que contienen oficios respecto de los cuales no existe constancia de envió por parte de esa entidad o de recibido por parte de la actora, y se tomó como cierto el hecho de que la demandante recibió esas comunicaciones, situación que no acepta. Así mismo, que quedó probado que al elevar la solicitud de traslado de régimen la actora tenía 46 años, más de 5 años de estar afiliada al RAIS y estaba a más de 10 años para hacer exigible su derecho a la pensión de vejez.

3.2 De la parte demandada PORVENIR:

La apoderada de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que la sentencia se debe revocar pues de acuerdo con el artículo 964 del Código Civil, como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir, que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones de acuerdo a la Ley 100 de 1993, pues es la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

- Que, si bien es cierto, con la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos se busca retrotraer los efectos del mismo como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones como son las situaciones jurídicas consolidadas y los

hechos consumados, y para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que ya prestó su servicio, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

- Que de acuerdo a un reciente ejercicio efectuado por ASOFONDOS, los rendimientos en el RAIS corresponden aproximadamente al 74% del capital acumulado por un afiliado, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado a incrementado su capital, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frete los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, porque de mantenerse la decisión se afectaría de manera injustificada su patrimonio y se aumentaría de forma injusta el patrimonio de COLPENSIONES y de sus afiliados, y es deber de la judicatura velar por la protección patrimonial de las instituciones que conforman de seguridad social.

3.3 De la parte demandada COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que se debió fallar totalmente en contra de la demandante, no se debió declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, ni generar la condena de recibirla en el RPMPD, además que se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero para el régimen que administra esa entidad, por lo que solicita ser absuelta de las pretensiones incoadas en la demanda.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

La apoderada de la parte demandante solicita que se considere que la ineficacia del traslado no es procedente, se efectúe el estudio de la pretensión principal esbozada y por consiguiente se modifique la sentencia ordenando el traslado de régimen pensional de la demandante del RPM al RAIS.

Manifestó que llama la atención lo visto a Folios 35 y 55 del expediente digital de COLPENSIONES, los cuales sirvieron como soporte para la negativa de la pretensión principal por parte del despacho, respecto a que ninguno de los oficios donde se le manifestaba a la actora que era el fondo privado el responsable del trámite de traslado de la misma, cuenta con constancia de recibido o firma de recibido por parte de la demandante, ni siquiera cuentan con la guía de envío de la empresa de mensajería que pueda dar fe de que fueron enviados. Señaló que el despacho sin prueba alguna tomó como cierto que la señora EMILIA MARIA GUTIERREZ recibió tales misivas y que fue su negligencia la que no permitió que se efectuara el trámite administrativo pertinente.

Igualmente indicó que no se tuvo en cuenta lo visto a folio 102 del expediente de PORVENIR S.A, en el cual a través de oficio se informó a la demandante que “PARA

EL CAMBIO DE REGIMEN ES INDISPENSABLE EL DILIGENCIAMIENTO DEL FORMULARIO Y POSTERIORMENTE COLPENSIONES DEBE PRESENTAR COPIA DEL DOCUMENTO EN PORVENIR S.A DE ACUERDO CON EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LA CIRCULAR 019 DE 1998". Y que tenían a la demandante de un lado para otro sin solución alguna a su situación pensional.

• PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia señalando que, a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, no se logró demostrar esa indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado del demandante, razón por la cual, no es procedente su declaratoria y que el mismo se realizó bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al demandante. Así mismo, señaló que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional.

Expresó que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

Manifestó que no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que sustenten la declaratoria de la ineficacia o nulidad de traslado pretendida y, por consiguiente, la condena al reconocimiento de pensión de vejez por parte de su representada al demandante, ya que no basta la simple afirmación de "no haber recibido una debida información" al momento de realizarse el traslado.

Que el acto de afiliación al RAIS lo realizó la parte actora en forma libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar Prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

• PARTE DEMANDADA PORVENIR:

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión

de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora EMILIA MARIA GUTIERREZ SANCHEZ del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿Si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

Así mismo, de no ser procedente la declaratoria de nulidad del traslado, ¿Si cumplía la señora EMILIA MARIA GUTIERREZ SANCHEZ con los requisitos establecidos en el Art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 2° de la Ley 797 de 2003 Literal e, el día 16 de marzo de 2016, momento en que radicó solicitud de traslado de régimen?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado de la señora EMILIA MARIA GUTIERREZ SANCHEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el año 2011, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES. Esto porque pese a que la ineficacia del traslado se solicitó como pretensión subsidiaria, de darse la misma, implicaría que la demandante se encuentra actualmente afiliada al RPMPD y por lo tanto no tendría necesidad de cumplir requisitos para trasladarse a dicho régimen.

Al respecto el juez a quo concluyó, que era procedente declarar la ineficacia del traslado dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el mismo, respecto del cual era necesario brindar y demostrar que se entregó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la demandada y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso PORVENIR S.A. alegando que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

Por su parte Colpensiones manifestó que se debió fallar totalmente en contra de la demandante, además que con la decisión se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero para el régimen que administra.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema

general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

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

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

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

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

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

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este

grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber “de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” y por lo tanto “si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”, máxime cuando el deber de información “es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PPORVENIR S.A.; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que se afilió al RAIS el 1.º de octubre de 1995 a través de COLMENA; que el día 07 de junio de 2004, se afilió al RPMPD administrado por el ISS (hoy COLPENSIONES) y el 1.º de enero de 2011 mediante afiliación a PORVENIR S.A. se trasladó nuevamente al RAIS. También informó, que el 16 de marzo de 2016

solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, lo cual era procedente, pero fue negado. Así mismo, que el día 19 de noviembre de 2019 elevó petición a PORVENIR S.A, solicitando la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen, y en la misma fecha solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y que procediera a afiliarla sin dilaciones.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliada RAIS desde 1995 y en 2004 se trasladó al RPMPD, que posteriormente, en el año 2011, retornó al RAIS con afiliación a PORVENIR S.A.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a PORVENIR S.A., no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora EMILIA MARIA GUTIERREZ SANCHEZ no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de una ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para febrero de 2011 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó documento o prueba alguna que lo acreditara, ya que no contestó la demanda en término oportuno y con las pruebas aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a EMILIA MARIA GUTIERREZ SANCHEZ donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados, a que para la fecha del ultimo traslado al RAIS ya estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009, así como el Decreto 2241 de 2010, y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al

régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Sobre la situación de multiafiliación alegada por la demandada COLPENSIONES al momento de contestar, se advierte que el artículo 2° del Decreto 2995 de 2008 determina el procedimiento que debe adelantarse para que se resuelva la problemática de un afiliado indebidamente a los dos regímenes pensionales; sin embargo, este no fue agotado por las administradoras de pensiones para que administrativamente se pudiera determinar cuál de las afiliaciones era la válida. Sin embargo, la jurisprudencia ha indicado que esta situación solo está llamada a enervar la pretensión de ineficacia de traslado cuando se agotó el procedimiento el trámite administrativo resolvió debidamente sobre la validez del traslado, como puede verse en providencia SL149 de 2020 que negó las pretensiones por ya haberse resuelto administrativamente. De allí que, si COLPENSIONES pretendía que la multiafiliación sirviera para desestimar la ineficacia de traslado, debió demostrar que se agotó ese trámite administrativo.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional 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 en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROVENIR S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron de la afiliada, 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. Los cuáles están en custodia de la Administradora y no de la aseguradora, para quien la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.**

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

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

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

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 2011 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal

*declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- **con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Por sustracción de materia esta Sala no entrara a dirimir si al 16 de marzo de 2016 la demandante cumplía con los requisitos establecidos en la ley para solicitar el traslado de régimen.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 15 de septiembre de 2021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha del 15 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

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

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2020-00265-01
RADICADO INTERNO:	19.471
DEMANDANTE:	CLAUDIA INES CALVO OJEDA
DEMANDADO:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

**MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 24 de agosto de 2021 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA INES CALVO OJEDA interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR S.A, solicitando que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del RPMPD al RAIS y que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de dicho traslado. Como consecuencia de lo anterior, solicitó ordenar el traslado del RAIS al RPMPD, así mismo, a la A.F.P. PORVENIR devolver a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que haya recibido producto de las cotizaciones obligatorias realizadas en el tiempo que ha estado ineficazmente afiliada al RAIS, incluyendo bonos pensionales, sumas adicionales, cuotas o comisión de administración ilegalmente descontadas, los valores descontados para los seguros de invalidez y sobrevivencia, así como los rendimientos obtenidos durante todo el tiempo en que sus cotizaciones estuvieron en poder del fondo privado perteneciente al RAIS; que se ordene a COLPENSIONES recibir la totalidad de los aportes que la A.F.P. PORVENIR S.A. le devuelva con ocasión de la ineficacia y/o nulidad del traslado, ajustados a semanas efectivamente cotizadas y reflejarlas a su historia laboral, a fin de que una vez cumpla requisitos pueda solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez.

Presentó reforma a la demanda y en esta como fundamento fáctico de sus pretensiones relató:

- Que estuvo afiliada al RPMPD administrado por el entonces ISS (hoy COLPENSIONES), desde el 18 de diciembre de 1989.
- Que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. la trasladó al RAIS a través de la firma de formulario de vinculación realizada el 07 de diciembre de 2006.
- Que de la AFP demandada a la que fue engañosamente convencida a trasladarse, no recibió información o explicación cierta, veraz, clara, completa, comprensible y suficiente sobre las implicaciones, consecuencias ventajas o desventajas que estaba asumiendo al efectuar su traslado de régimen, ni sobre la incidencia futura que ello podría llegar a tener en su pensión de vejez, tampoco le informó cuales eran las diferencia existentes entre ambos regímenes pensionales, ni las diferentes modalidades de pensión

que podría llegar a escoger o que le podrían llegar a convenir en el RAIS. Manifiesta que tampoco le explicó que una eventual mesada en el RAIS dependería del saldo de capital ahorrado a lo largo de su vida y de las fluctuaciones del mercado accionario o de valores donde se transan los activos del respectivo fondo, entre otros aspectos que podrían variar de manera favorable o desfavorable el monto de la pensión de vejez, ni le informó sobre la posibilidad de trasladarse por última vez al RPMPD antes de cumplir 10 años para pensionarse

- Que presentó reclamación administrativa ante COLPENISIONES el 29 de septiembre de 2020, tendiente a obtener la posibilidad de devolverse al RPMPD y esa entidad respondió negativamente. Que en la misma fecha presentó reclamación administrativa solicitando lo mismo a la AFP PORVENIR S.A., entidad que el 23 de octubre de 2020 dio respuesta adjuntando copia del formulario de traslado y la relación histórica de los aportes efectuados, e igualmente hizo la proyección del valor de la mesada que recibiría en suma igual a un salario mínimo legal mensual vigente.
- Que en los últimos diez años ha cotizado con un ingreso base promedio de \$2.500.000 y en el RPMPD se pensionaría con el promedio de los últimos diez años cotizados, con una mesada no inferior a \$1.625.000.

La demandada AFP PORVENIR al contestar la demanda y su reforma, a través de apoderado judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos, que los mismos deben probarse y las pretensiones de la demanda deben negarse. Que la parte demandante se limitó en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad sin sustento probatorio alguno.
- Que no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial y no es lícito desconocerlo por medio de decisiones judiciales. Igualmente indicó que tan consiente y válida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección, y no lo hizo.
- Que informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; a través de los canales dispuestos por la Administradora, los extractos trimestrales y en el año 2004 realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, informando la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en la normas y la demandante no hizo uso de esa legítimo derecho.
- Que las pruebas documentales que se aportan, en particular el formulario de vinculación o traslado, suscrito por el demandante, bajo la gravedad del juramento, da constancia de que hubo una debida asesoría y su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la posible ocurrencia de un vicio de la voluntad, y hace necesaria su absolución.
- Que al momento de realizarse la afiliación o traslado a esa A.F.P., no existía disposición en la ley 100 de 1993, que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen. Asunto que vino a ser regulado con la expedición de la Ley 1328/2009, que en su artículo 48 modificatorio de la Ley 100 de 1993 estableció que *“la Administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permita la adopción de decisiones informadas”*.
- Que debe considerar el despacho que la demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le

ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.

- Que la H. Corte Constitucional ha trazado una clara línea jurisprudencial en las sentencias SU-062/2010, C-1024/2004 y SU-130/2013 en los eventos en los cuales le es permitido a los afiliados trasladarse de regímenes en cualquier tiempo, sin estar sujetos a la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, estableciéndose que los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994 fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para trabajadores del sector privado o 30 de junio de 1995 para el caso de servidores públicos departamentales, municipales y distritales, pueden trasladarse “*en cualquier tiempo*” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, sin importar que les falte menos de 10 años para cumplir con la edad exigida para acceder a pensión de vejez, lo que no está acreditado en este caso.
- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.
- Que en el remoto e improbable evento de acceder a las suplicas de la demanda, se debe considerar que de conformidad con la sentencia SU-62/2010 y el Decreto 3995/2008 es requisito *sine qua non* para que se produzca el traslado de regímenes que exista equivalencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media y de existir *diferencia* debe ser asumida por el afiliado. Lo anterior en consonancia con el art. 1746 del CC que contiene los efectos de la declaración de nulidad, donde se expresa que la declaratoria de nulidad da derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; y en el caso de las restituciones mutuas que hayan de hacerse, “*será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses o los frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes..*”.
- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía la fecha de afiliación de la demandante al RPMPD, así como que la actora presentó reclamación administrativa y se le dio respuesta. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan.
- Indicó que se opone porque no existe fundamento que permita la declaratoria de ineficacia y/o nulidad del acto que dio origen al traslado de régimen pensional al RAIS, puesto que, por una parte, es un acto libre y voluntario del afiliado y por otra parte existe una imposibilidad legal que impide realizar el traslado de régimen faltando menos de 10 años para pensionarse.
- Expresó oponerse a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al RAIS, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.

- Manifestó que esa entidad no intervino en el acto jurídico de afiliación de la demandante al RAIS, que la actora hizo de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, firmando formulario de afiliación al fondo privado. Así mismo, que no pueden desconocerse los preceptos legales, sacrificando la estabilidad financiera del sistema pensional que administra, sin que se demuestre total y contundentemente que existió un real y evidente vicio en el consentimiento.
- Señaló no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- Así mismo, que a pesar de que los fondos privados trasladen la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que este permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas, y según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.
- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.
- Propuso las excepciones de mérito de: 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 innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 24 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante CLAUDIA INES CLAVO OJEDA, c.c. 60.319.253 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A., al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **AFP PORVENIR S.A., en FECHA DE EFECTIVIDAD 01-02-2007**, conforme a lo considerado.

SEGUNDO.- CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A., donde se encuentran los recursos aportados por la parte demandante, devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A.,** por cuenta de la demandada, entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido desde el TRASLADO 01-02-2007, Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA SENTENCIA, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, con todos sus frutos e

intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales por ejemplo (**artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b)** artículo 60 ley 100 de 1993), precisando que son de cargo del fondo pensional PORVENIR S.A., NO HAY OTRO, la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

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

CUARTO. - DECLARAR probada la excepción de mérito de buena fe, propuesta por PORVENIR S.A, Y COLPENSIONES S.A, la que por sí sola no enerva lo pretendido por la parte demandante.

QUINTO. - Declarar no probada la excepción de prescripción por las pasivas, y sobre las demás propuestas hay declaración ínsita conforme a lo considerado.

SEXTO: Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A., por la cuenta de la aquí demandante, Y DESCUENTOS HECHOS, DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN, por parte de PORVENIR S.A, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizó, todo conforme a lo considerado.

SEPTIMO. -Condena en costas a favor de la parte demandante y a cargo de COLPENSIONES S.A., por haberse opuesto a las pretensiones de la demandante, se fijan las agencias en 1 s.m.l.m.v el cual asciende hoy a la suma de \$908.526, decreto 1785 de 2020, agencias frente a PORVENIR S.A., se fijan en 2 s.m.l.m.v., ascienden a \$ 1.817.052, Fundamento legal artículo 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. Las agencias fijadas, en su momento procesal oportuno SE TENDRÁN EN CUENTA para liquidar las costas.

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

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el litigio se fijó en declarar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS, para que sean devueltos todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses sin descuento alguno, y sean enviados a COLPENSIONES S.A.
- Expuso de manera preliminar, como síntesis de los hechos relevantes que la demandante estuvo afiliada al RPMPD desde el 18 de diciembre de 1989 y se trasladó al RAIS el 07 de diciembre de 2006 a través de PORVENIR S.A., que manifestó que se le brindo información engañosa y no recibió información o explicación cierta, veraz, clara, completa, comprensible y suficiente sobre las implicaciones, consecuencias ventajas o desventajas que estaba asumiendo al efectuar su traslado de régimen, ni sobre la posibilidad de trasladarse. Así mismo, que presentó reclamaciones administrativas solicitando cambio de régimen y fueron negadas.
- Preciso que la demandante se trasladó al RAIS mediante PORVENIR, en fecha de diligenciamiento de formulario el 12-12-06, y su traslado aprobado fue el 1. ° de febrero de 2006

- Manifestó que según lo señalado por la jurisprudencia en forma reiterada abordaría la problemática como ineficacia del traslado de régimen pensional, como quiera que el tema de la nulidad es más complejo, pues la carga procesal es de la parte demandante que debe acreditar las falencias que genera la nulidad.
- Mencionó lo consagrado en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su texto original y su posterior modificación con el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, con relación al tiempo en que se puede solicitar el traslado entre regímenes, con la prohibición de trasladarse entre estos cuando faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión, indicando que la demandante no se puede movilizar de un régimen a otro porque es del régimen de transición que le permita moverse libremente entre regímenes, como lo señaló la sentencia SU130 del 13 de marzo de 2013, en concordancia con la C789 DE 2002 y la C1024 de 2004, que establecen la directriz para las personas que siendo parte de la transición se pueden mover entre regímenes en cualquier tiempo.
- Resaltó la Sentencia SL1452 del 03 de abril del 2019 y que en la hipótesis de estudio de acuerdo a las fechas de traslado, se tienen las directrices del deber de suministrar información necesaria y transparente por parte de la AFP a la demandante para materializar el traslado de régimen pensional, precisando la fundamentación legal del literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 para formar un consentimiento libre e informado, necesario en todo usuario para los fines de un traslado de régimen pensional. Que cuando se vea truncado ese consentimiento libre e informado, bien sea por la inexistencia del mismo o por la existencia de un vicio en su producción, o por la indebida información o su ausencia, será susceptible declarar la ineficacia de tal escogencia según la directriz jurisprudencial.
- Indicó que el artículo 1604 del Código Civil consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplear, por lo tanto, el deber de información está a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones, de quienes emana la responsabilidad de carácter profesional. Que estas tienen el deber de brindar información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar al anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que uno de los primeros pronunciamientos sobre este delicado tema se ubica en el año 2008 con el radicado 31989 de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Eduardo Lopez Villegas, donde se señaló el deber de información para que se pueda materializar el traslado, la cual debe ser completa y comprensible, a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocerlas diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.
- Que esa directriz jurisprudencial del año 2008 se viene replicando y citó al respecto la SL4964 del 18, SL 4989 del 18, la SL1452 de 2019, en donde se estableció además que en estos procesos hay una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, tesis que no es novedosa cuando se plante una negativa indefinida, lo que se ve en el artículo 167 del C.G.P., por lo que en este caso le correspondía a la parte contraria desvirtuarla aportando la prueba de la información rendida, lo que no se hizo.
- Expuso sobre el simple consentimiento vertido en formulario de afiliación al que se han referido las demandadas que la Corte que es insuficiente y surge la necesidad de un consentimiento informado, y se precisa que en el formato nada se dice sobre la información recibida por la demandante y ofrecida por la AFP para garantizar un consentimiento informado al potencial afiliado.
- Manifestó que la parte pasiva planteó y se acepta, que en su momento se hablaba que la obligación que tenían los fondos era la prevista en el Decreto 692 del 94 artículo 11 en concordancia con el 3.º, sobre en cuanto a los

formularios que tenían que diligenciarse bien para que tuviera validez ese traslado, lo cual es cierto, pero no menos cierto es que el artículo 97 en su numeral 1. ° del Estatuto Financiero que es el Decreto 663 del 93 establecía una información a los usuarios y en concreto la norma señala que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado, y de esa transparencia se remite al artículo 272 de la Ley 100 del año 93, entonces no se obró en consonancia con el principio de eficiencia que informa al Sistema de Seguridad Social al tenor del literal a del artículo 2 de la Ley 100 del año 93, pues no se probó que hubo la información debida al potencial afiliado para que tomara a determinación del traslado.

- Indicó que el legislador en el campo del actuar de los fondos pensionales para los fines de la transparencia, fue celoso sobre la responsabilidad de los promotores, vinculando por la conducta de ellos a los mismos fondos según el artículo 10 del Decreto 720 del 94, que señala que cualquier infracción, error u omisión, en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las Sociedades Administradores del Sistema General de Pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la Sociedad Administradora respecto de la cual adelante sus labores de promoción o con la cual con relación a su gestión se hubiere realizado la respectiva vinculación, sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a esta.
- Señaló que la pasiva no desvirtuó a negativa indefinida que planteo la parte demandante, por lo anterior, se accede a las pretensiones de la demanda y por lo tanto se declara la ineficacia del traslado efectuada por la demandante del RPMPD al RAIS a partir del diligenciamiento del formulario fecha 12-12-07, efectivo por aprobación en fecha 01-01-2007. Que la ineficacia implica privar desde su génesis todo efecto práctico al traslado bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o siempre estuvo afiliado al RPMPD. Así mismo, que la AFP donde se encuentra afiliada deberá devolver todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la demandante, con los rendimientos producidos, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración o los que se hacían para pagar el seguro previsional a cargo de la AFP determinante del traslado en la que ha estado el afiliado, esto según lo señalado por la jurisprudencia, porque no puede verse favorecida la AFP con dineros que nunca debió percibir, en perjuicio de COLPENSIONES que será la entidad encargada de un eventual reconocimiento prestacional a la demandante, cuidándose en este sentido la sostenibilidad financiera del sistema.
- Mencionó que es posible la hipótesis de que hubo incurría, teniendo en cuenta que en un mundo globalizado es difícil no tener información, pero como son temas especializados, las personas convencidas de la bondad del sistema con la Ley 100 del año 93 hasta que se empezaron a dar los resultados y ya es un despertar tardío porque no estaban en tiempo permitido por la ley para trasladarse.
- Manifestó que, si bien es cierto no está en riesgo el tema pensional o la prestación como tal, se pretermitió la información debida.
- Manifestó que no opera la prescripción respecto a la ineficacia del traslado como se señaló en la SL1688 del 19 y en el radicado 68838 del 8 de mayo del 2019, porque la consecuencia de la ineficacia se caracteriza porque desde nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, la sentencia que declara la ineficacia de un acto lo que hace es constatar un estado de cosas, y estos no prescriben.
- Declaró la buena fe propuesta por PORVENIR, pero indicó que esto no enerva ninguna pretensión de la parte demandante, así mismo, declaro no probadas las demás excepciones presentadas.

- Por lo anterior, ordenó a COLPENSIONES que reciba los aportes provenientes del fondo pensional correspondientes a la demandante y los traduzca en semanas cotizadas, con el objeto de garantizar a la actora el derecho pensional a su causación.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PORVENIR:

El apoderado de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no puede darse la ineficacia porque PORVENIR dio la debida asesoría de carácter verbal, la cual consta en el formulario de afiliación que reposa en el expediente y se hizo conforme a las disposiciones legales vigentes de la época, Decreto 692 del 94 artículo 11, artículo 1. ° del Decreto 1161 de 1994, artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y artículo 27 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su numeral 1. °, que decían que se debía dar información a los afiliados de los fondos para que tomaran determinaciones respecto a los servicios prestados por los fondos y se debía dejar constancia o prueba pertinente de dicho suministro de información conservando el formulario de afiliación, y esa entidad así lo hizo, pero por las directrices dadas por la Corte, a partir del año 2008 se considera que no es suficiente dicha prueba, lo que no comparte porque es imposible para los fondos cumplir con unas cargas informativas que surgen posteriormente.
- Que no está de acuerdo con la orden de restituir los gastos de administración y lo pagado por seguro de previsional, por considerar que dicha determinación resulta en contravía del inciso final del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, según los cuales se deben reconocer a los fondos de pensiones por los servicios prestados en la obtención de los rendimientos. Así mismo, que la prima del seguro previsional ya se pagó por ser una obligación de carácter legal, por lo que resulta injusta la restitución de estos pagos, pues son situaciones jurídicas ya consolidadas, pues las aseguradoras que son terceros ajenos al proceso ya prestaron ese servicio por lo que resulta imposible retrotraer los efectos de la ineficacia en este caso. También manifestó que dichas sumas no van a afectar el patrimonio de COLPENSIONES, debido a que los rendimientos causados en el RAIS siempre serán mayores que los causados en dicha entidad

3.2 De la parte demandada COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado de la demandante porque cuenta con plena capacidad para celebrar actos jurídicos, no se observó vicios del consentimiento y respecto de la falta de información alegada por la actora, como parte de un acto jurídico como lo es la afiliación adquiere una obligación de buena diligencia y cuidado que no tuvo por aproximadamente por 20 años en que ha permanecido en el RAIS, situación que tiene que ser determinante al momento de decidir.
- Que la demandante pudo comprobar que realizó todos los actos tendientes a mejorar o cambiar su situación pensional, pero del trámite probatorio se observó respecto a esto una respuesta negativa.
- Que genera para COLPENSIONES y para el RPMPD, una descapitalización y un desequilibrio financiero la declaratoria de la ineficacia del traslado de las personas a las que les falta menos de 10 años para pensionarse, lo que corresponde a que el valor ahorrado por las personas al RAIS no pasa a ser suficiente al momento del reconocimiento de unas mesadas pensionales por parte de la entidad que representa, por lo que solicita se revoque la sentencia y se absuelva a esa entidad.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte demandante solicitó que se confirme en su totalidad lo decidido por el juez de primera instancia en torno a la ineficacia de traslado declarada a favor de su prohijsada, por estar ajustado a derecho y por corresponder al precedente que ha venido aplicando sabiamente la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social en torno al tema debatido.

Manifestó que su poderdante siempre ha sido una persona inexperta e ignorante en temas pensionales, que nunca recibió de ningún fondo privado explicación o información cierta, veraz, clara, completa, comprensible y suficiente sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y/o desventajas asumidas en su traslado de régimen pensional, ni de la posibilidad que tuvo de trasladarse o devolver al régimen de prima media y, menos aún, de la doble asesoría con la que hubiese podido sopesar desde su ignorancia y/o desconocimiento sobre lo que mejor le convenía al respecto, ni de los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección la hubiese podido realizar después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

Señaló que el fondo privado no desvirtuó haber cumplido con el deber de asesoría e información y buen consejo que le asistía para convencer de manera cierta y clara a su prohijsada en abandonar el régimen de prima media a costa de su derecho pensional, que predique llegar a considerar válida su decisión de afiliarse conscientemente al régimen de ahorro individual, teniendo la carga probatoria para tal efecto, sin que la hayan cumplido, y que tampoco demostró que le hubiese ofrecido o dado a su mandante la doble asesoría que le exige la Ley 1328 de 2009, el artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Expresó que el hecho de que su mandante haya permanecido afiliada varios años al régimen de ahorro individual no significa de ninguna manera que hubiese tenido conocimiento de los beneficios, ventajas o desventajas de su permanencia en dicho régimen, ni puede servir como patente de curso para suplir la obligación legal del fondo privado en demostrar o desvirtuar que recibió toda la información necesaria para adoptar una decisión voluntaria e informada al respecto.

• PARTE DEMANDADA PORVENIR:

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato.

• PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia señalando que, a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, no se logró demostrar esa indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado del demandante, razón por la cual, no es procedente su declaratoria y que el mismo se realizó bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al demandante. Así mismo, señaló que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional.

Expresó que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

Manifestó que no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que sustenten la declaratoria de la ineficacia o nulidad de traslado pretendida y, por consiguiente, la condena al reconocimiento de pensión de vejez por parte de su representada al demandante, ya que no basta la simple afirmación de “no haber recibido una debida información” al momento de realizarse el traslado.

Que el acto de afiliación al RAIS lo realizó la parte actora en forma libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar Prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora CLAUDIA INES CALVO OJEDA del RPMPD al RAIS a través de la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES:

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado de la señora CLAUDIA INES CALVO OJEDA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el año 2007, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia del traslado dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el mismo, respecto del cual era necesario brindar y demostrar que se entregó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la demandada y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso PORVENIR S.A. alegando que dio la debida asesoría de carácter verbal, la cual consta en el formulario de afiliación que reposa en el expediente y se hizo conforme a las disposiciones legales vigentes de la época, y que no está de acuerdo con la orden de restituir los gastos de administración y lo pagado por seguro de previsional, por considerar que dicha determinación resulta en contravía del inciso final del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993.

Por su parte Colpensiones manifestó que no es procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado de la demandante porque se evidencia una falta de diligencia y cuidado de su parte y no se observan vicios en el consentimiento en su afiliación, además que se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero en el mismo.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de

información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

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

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

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

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante

satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PPORVENIR S.A.; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que estuvo afiliada al RPMPD administrado por el entonces ISS (hoy COLPENSIONES), desde el 18 de diciembre de 1989 y se trasladó al RAIS el 07 de diciembre de 2006 a través de la firma de formulario de vinculación del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. Así mismo, que el 29 de septiembre de 2020 solicitó a las demandadas el traslado de régimen y fue negado.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliada RPMPD desde 1994 y en 2007 se trasladó al RAIS con afiliación a la A.F.P. HORIZONTE S.A. Lo primero a destacar, es que las administradora de fondos de pensiones HORIZONTE S.A. conforma hoy la AFP PORVENIR S.A.¹; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación de la actora a la aquí demandada, entidad a la que se encontraba afiliada la actora al presentar la demanda.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A.), no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora CLAUDIA INES CALVO OJEDA no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

¹ Ver reportes en prensa:

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13328644>

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A.) brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 07 de diciembre de 2006, momento en que firmo el formulario de solicitud de vinculación o traslado, se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A.), no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó documento o prueba alguna que lo acreditara, ya que no contestó la demanda en término oportuno y con las pruebas aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a CLAUDIA INES CALVO OJEDA donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados, a que para la fecha del ultimo traslado al RAIS ya estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009, así como el Decreto 2241 de 2010, y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la actora, se ha concluido que HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A.), incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional 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 en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron de la afiliada, 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. Los cuáles están en custodia de la Administradora y no de la aseguradora, para quien la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

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

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si

*participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que PROTECCIÓN S.A. y PROTECCIÓN S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar **los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.***”

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 2011 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “*a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- **con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 24 de agosto de 2021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha del 24 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

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

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Primero (01) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2020-00305-01
RADICADO INTERNO:	19.513
DEMANDANTE:	LORENCITA RODRIGUEZ GALEZO
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 15 de septiembre de 2021 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

La señora LORENCITA RODRIGUEZ GALEZO interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las A.F.P. PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A., solicitando como pretensiones principales que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A y la nulidad del traslado que realizó posteriormente a PORVENIR S.A., ordenando el retorno al RPMPD con la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, para que COLPENSIONES la reciba sin solución de continuidad y proceda a corregir y actualizar su historia laboral.

Como pretensiones subsidiarias pidió que se condenara a las A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a reconocer su pensión de vejez en las mismas condiciones y circunstancias a que tendría derecho si se hubiese pensionado en el RPMPD, esto a manera de indemnización por perjuicios que deben ser reparados con ocasión a la indebida y nula información suministrada al momento del traslado, o en su defecto, a reconocer la diferencia entre el valor de la pensión por vejez que deba ser reconocida en el RAIS y la mesada pensional que le correspondería en el RPMPD.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el 28 de junio de 1962 y en el año 2019 cumplió la edad mínima requerida dentro del Régimen de Prima Media para acceder a la Pensión de Vejez.
- Que se afilió al RPMPD el 07 de julio de 1988, en donde cotizó un total de 222 semanas por medio de diversos empleadores.
- Que se trasladó del régimen mencionado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 01 de agosto de 1994, mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A. y posteriormente, el 01 de octubre de 1997, se trasladó dentro del RAIS a COLPATRIA (hoy PORVENIR), y que en este último régimen ha cotizado más de 1003 semanas. Advirtiendo, que esa aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por

parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario.

- Que ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes más de 1225 semanas.
- Que la A.F.P. PORVENIR S.A. el 27 de octubre de 2020 le entregó la simulación de su pensión de vejez, la cual arroja como garantía de pensión mínima un valor de ochocientos setenta y siete mil ochocientos tres pesos m/cte. (\$877.803) como mesada pensional a la edad de 58 años y el mismo día le argumentó que en ese momento esa Sociedad Administradora se abstenía a emitir un pronunciamiento en dicho sentido, puesto que tal determinación es propia del Régimen de Prima Media.
- Que, realizada la simulación pensional, su IBL del promedio de los últimos 10 años cotizados es de \$4.490.842, suma que aplicándole una tasa de reemplazo del 63.13% arroja para esa anualidad una mesada pensional en Colpensiones de aproximadamente dos millones ochocientos treinta y cinco mil ciento noventa y cinco pesos m/cte. (\$2.835.195).
- Finalmente indicó, que el 24 de julio de 2020 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y que procediera a afiliarla sin dilaciones, petición a la que le correspondió el radicado 2020_6107164. Así mismo, que el 03 de octubre de 2020 elevó derecho de Petición al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. solicitando la nulidad del traslado de régimen y el 24 de septiembre del mismo año, elevó petición al Fondo de Pensiones PROTECCION S.A en el mismo sentido.

El Procurador 10 Judicial I para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, presento concepto en los siguientes términos:

- Que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha señalado que desde el inicio de sus operaciones a los fondos privados de pensiones les era exigible el cumplimiento de un deber de información para con el afiliado y les corresponde a estos dar cuenta de que lo documentaron clara y suficientemente de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito; no siendo suficiente la simple expresión impresa en el formulario de tratarse de una afiliación “libre”, “voluntaria” y “sin presiones”. Que la información que proporcione el fondo de pensiones al afiliado debe ser oportuna, y ante la manifestación del accionante de no haber recibido la debida información por parte del fondo de pensiones, por tratarse de una negación indefinida, se invierte la carga de la prueba.
- Señaló que existe preocupación por parte de la jurisprudencia de mantener indemne el capital acumulado por concepto de las cotizaciones del afiliado; sin embargo, considera que la orden por parte del juez no debe limitarse a los gastos de administración, como quiera que el ordenamiento jurídico prevé otros descuentos de las cotizaciones que también implican una merma en el capital y deben ser asumidas por parte del fondo de pensiones con cargo a su propio patrimonio a fin de garantizar la indemnidad del bien administrado.
- Solicitó que en caso de proferir sentencia accediendo a las pretensiones de la demanda, se condenara al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., a asumir con cargo a su propio patrimonio la totalidad de las mermas sufridas por las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS.

La demandada A.F.P. PROTECCIÓN S.A. a través de apoderado judicial manifestó:

- Que es cierto el hecho relacionado a la fecha de nacimiento y que los demás debían probarse e indicó oponerse a que se acojan las declaraciones y condenas solicitadas por el demandante porque carecen totalmente de sustento factico y jurídico.

- Que como Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías está sometida al imperio de la ley y solo reconoce las prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos previamente establecidos por el legislador.
- Que previo a realizar cualquier tipo de afiliación ofrece siempre una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, que están orientadas a un estudio profundo del Sistema General de Pensiones y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación.
- Que se opone a las pretensiones subsidiarias porque la demandante no acreditó perjuicios. Así mismo, que la decisión de trasladarse al RAIS es imputable a la actora, sin que de ello derive ningún perjuicio y que con esto no pierde su derecho a obtener una pensión en el RAIS al momento de cumplir con los requisitos. Así mismo, que las figuras de las pretensiones de invalidez, vejez y muerte, así como la indemnización de perjuicios son disyuntivas jurídicamente y que la legislación del RAIS y del RPM son excluyentes. E indicó que el funcionamiento del RAIS esta reglado en la ley y no puede alegarse su desconocimiento.
- Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2008, solo la suscripción del formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 en concordancia con el artículo 3 de esta norma; aunado a que el término para ejercer la nulidad se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del Código Civil modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, norma aplicable por analogía al procedimiento laboral, porque la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de 10 años.
- Propuso las excepciones de mérito 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 previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía las fechas de nacimiento de la demandante y la de afiliación al RPMPD, igualmente, que el 24 de julio de 2020 la actora solicitó a esa entidad el traslado de régimen, pero no admitió las semanas que esta manifestó haber cotizado en dicho régimen, alegando que según la información que reposa en la historia laboral de la demandante, cotizó 111,71 semanas en el régimen de prima media. Respecto a los demás hechos indicó que no le constan.
- Indicó que se opone a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al RAIS, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.
- Manifestó que esa entidad no intervino en el acto jurídico de afiliación de la demandante al RAIS, que la actora hizo de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, firmando formulario de afiliación al fondo privado. Así mismo, que no pueden desconocerse los preceptos legales, sacrificando la estabilidad financiera del sistema pensional que administra, sin que se demuestre total y contundentemente que existió un real y evidente vicio en el consentimiento.
- También señaló oponerse a que se ordene a las A.F.P. demandadas trasladar al RPMPD la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la

Cuenta de Ahorro Individual de la demandante porque generar un retorno al régimen que administra produce una desfinanciación a ese sistema, trasgrediendo lo ordenado por la ley.

- Expuso que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.
- Propuso las excepciones de mérito de: 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 tienen una situación jurídica consolidada o adquirió el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada AFP PORVENIR al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos, que los mismos deben probarse y las pretensiones de la demanda deben negarse.
- Que el traslado inicial del RPM al RAIS, fue realizado a través de PROTECCION S.A. y los formularios suscritos con la AFP mencionada y con esa entidad, dan fe con firma manuscrita de la demandante que los traslados fueron libres y espontáneos, y que se recibió la información pertinente.
- Que informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; a través de los canales dispuestos por la Administradora, los extractos trimestrales, en el año 2004 realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, informando la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en la normas y la demandante no hizo uso de esa legítimo derecho.
- Que no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial y no es lícito desconocerlo por medio de decisiones judiciales. Igualmente indicó que tan consiente y válida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección, y no lo hizo.
- Respecto a las pretensiones subsidiarias manifestó oponerse por lo expresado acerca del traslado efectuado por PROTECCIÓN, y por cuanto no es cierto que la información suministrada sea nula o indebida, y porque es improcedente que una AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad reconozca una pensión en las mismas condiciones que en el régimen de prima media con prestación definida, por ser dos regímenes, excluyentes y contar cada uno con legislación propia y exclusiva que establece las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, siendo estas normas de orden público y de obligatoria observancia.

- Que, en el remoto e improbable evento de una sentencia adversa, la AFP PROTECCIÓN SA, por haber realizado el traslado del RPM al RAIS es quien pudo incurrir en las presuntas faltas de información y es la llamada a responder por las suplicas de la demanda.
- Que debe considerar el despacho que la demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.
- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.
- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 15 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante LORENCITA RODRIGUEZ GALEZO c.c. 51.644.512 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A., desde 1 agosto de 1994 siendo determinante del traslado de régimen, con efectos respecto del traslado subsiguiente a COLPATRIA HOY PORVENIR S.A, dentro del mismo RAIS, todo conforme a lo considerado.

SEGUNDO.- CONDENAR al fondo pensional PROTECCION S.A, Y PORVENIR S.A., donde se encuentran los recursos aportados por la parte demandante, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., y a favor de la demandante, fondo pensional COLPENSIONES S.A., representa el régimen de prima media con prestación definida, SE DEVOLVERÁN SE REITERA, todos los valores que hubiere recibido desde el TRASLADO de régimen pensional 1 de agosto de 1994, Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA SENTENCIA, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales, artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993, precisando que son de cargo del fondo pensional PROTECCION S.A, DETERMINANTE DEL TRASLADO DE REGIMEN, la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO.-DECLARAR que la parte demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

CUARTO.- DECLARAR probada la excepción de mérito de buena fe, propuesta por PORVENIR S.A, y PROTECCIÓN S.A., la que por sí sola no enerva lo pretendido por la actora.

QUINTO.- Declarar no probada la excepción de prescripción por las pasivas, y sobre las demás propuestas hay declaración ínsita conforme a lo considerado.

SEXTO: Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A, por la cuenta de la aquí demandante, Y ADEMÁS CON LOS DESCUENTOS HECHOS, DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN, por parte de PROTECICON S.A, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizó, todo conforme a lo considerado.

SEPTIMO.-Condena en costas a favor de la parte demandante y a cargo de COLPENSIONES S.A., por haberse opuesto a las pretensiones de la demandante, se fijan las agencias en 1 s.m.l.m.v el cual asciende hoy a la suma de \$908.526, decreto 1785 de 2020, agencias frente a PROTECCION S.A., se fijan en 2 s.m.l.m.v., \$1.817.052 por haber sido la determinante del traslado, y 1 s.m.l.m.v respecto de PORVENIR S.A, cada salario asciende a \$ 908.526, Fundamento legal artículo 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. Las agencias fijadas, en su momento procesal oportuno SE TENDRÁN EN CUENTA para liquidar las costas.

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

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el litigio se fijó en declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, con la consecuencia del traslado total al Régimen de Prima Media de los recursos aportados al RAIS, sin ningún descuento.

- Expuso de manera preliminar, que la demandante cumplió la edad pensional el 28 de junio de 2019; se afilió al RPMPD el 07 de julio del 1988; se traslado al RAIS en fecha 01 de agosto de 1994 y posteriormente, el 1. ° de octubre de 1997 se traslada dentro del RAIS de PROTECCION S.A. a COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.).

- Mencionó lo consagrado en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su texto original y su posterior modificación con el artículo 2.° de la Ley 797 de 2003, con relación al tiempo en que se puede solicitar el traslado entre regímenes, con la prohibición de trasladare entre estos cuando faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión, indicando que en este caso, no se cumple con los fines de la sentencia SU130 del 13 de marzo de 2013, en concordancia con la C781 DE 2002 y la C1024 de 2004, que establecen la directriz para las personas que siendo parte de la transición se pueden mover entre regímenes en cualquier tiempo, pues la actora sí está sometida a unos parámetros legales para dicho traslado.

- Resaltó la Sentencia SL1452 del 03 de abril del 2019 y que en la hipótesis de estudio de acuerdo a las fechas de traslado, se tienen las directrices del deber de suministrar información necesaria y suficiente por parte de la AFP a la demandante para materializar el traslado de régimen pensional, precisando la libertad de los afiliados de trasladarse de régimen de acuerdo al literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pero contando con un consentimiento libre e informado, es decir conociendo las bondades, ventajas, deficiencias, así como las características de los regímenes, para que tuviera esa información y tomara una decisión.

- Indicó que el artículo 1604 del Código Civil consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplear, por lo tanto, el deber de información está a cargo de la Administradora del

Fondo de Pensiones, de quienes emana la responsabilidad de carácter profesional. Que estas tienen el deber de brindar información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar al anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, lo que se fue cualificando a través de la jurisprudencia, y uno de esos primeros pronunciamientos fue en el año 2008 con el radicado 31989 de la Corte Suprema de Justicia, reiterado en muchas providencias, como en la SL12136 del año 2014 y la SL1452 de 2019, en esta última se dice que opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, quien plantea sobre la negativa indefinida de la no información y le corresponde entonces a la parte pasiva, en este caso a los fondos, desvirtuar esa negativa indefinida, lo anterior, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o está próximo a pensionarse, dado que la obligación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado en su momento oportuno, esto, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

- Manifestó que la parte pasiva planteó y se acepta, que en su momento se hablaba que la obligación que tenían los fondos era la prevista en el Decreto 692 del 94 artículo 11 en concordancia con el 3. °, sobre en cuanto a los formularios que tenían que diligenciarse bien para que tuviera validez ese traslado, lo cual es cierto, pero no menos cierto es que la misma Corte desde su génesis ha dicho que a los fondos se les quedó en el tintero el artículo 97 numeral 1. ° del Estatuto Financiero que es el Decreto 663 del 93, que señala que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado.

- Que respecto a los formularios la Corte ha dicho que estos como tales no prueban si los fondos dieron información alguna al potencial afiliado.

- Que, según la SL1452 de 2019, le corresponde a la AFP demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones del cambio de régimen y ello no se cumplió, dado que no puede establecerse en el proceso como lo han dicho las AFP, porque no tienen esa información, pues esta se dio verbalmente y se diligenció un formulario en el cual no dice que asesoría se dio. Que, por lo anterior, no se obro en consonancia con el principio de eficiencia que informa al Sistema de Seguridad Social, al tenor del literal A del artículo 2. ° de la Ley 100 del año 93, pues se manifiesta la absoluta ausencia del fondo pensional en la tarea de información y asesoramiento a la demandante. Que la AFP que determinó ese traslado inicial del RPMPD al RAIS, será la encargada de devolver todo lo que se descontó del ahorro a la demandante, para que se pueda cumplir la orden de devolución total por parte de la AFP en donde se encuentran situados los aportes.

- Indicó que el legislador en el campo del actuar de los fondos pensionales para los fines de la transparencia, fue celoso sobre la responsabilidad de los promotores, vinculando por la conducta de ellos a los mismos fondos según el artículo 10 del Decreto 720 del 94, que señala que cualquier infracción, error u omisión, en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las Sociedades Administradores del Sistema General de Pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la Sociedad Administradora respecto de la cual adelante sus labores de promoción o con la cual con relación a su gestión se hubiere realizado la respectiva vinculación, sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a esta.

- Que, por lo anterior, se accede a la ineficacia del traslado rogada, lo que implica privar desde su génesis todo efecto práctico al traslado bajo la ficción jurídica de que la demandante nunca se trasladó al RAIS válidamente y siempre estuvo afiliada al RPMPD. Así mismo, que la AFP donde se encuentra afiliada deberá devolver todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la demandante, con los rendimientos producidos, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración o los que se hacían para pagar el seguro previsional a cargo de la AFP determinante del traslado en la que ha estado el afiliado, esto según lo señalado por la jurisprudencia, porque no puede verse favorecida la AFP con dineros que nunca debió percibir, en perjuicio de COLPENSIONES que será la entidad encargada de un eventual reconocimiento prestacional a la demandante, cuidándose en este sentido la sostenibilidad financiera del sistema.

- Preciso que no existe elemento probatorio que informe sobre la presunta afectación financiera con la decisión respecto a COLPENSIONES SA, aunque no es posible descartar de plano como quiera que la misma ley ha fijado un término para que se materialice el traslado y que tiene como fundamento conforme a la equidad, que sea injusto que el afiliado descuidado se lucre de los beneficios de un fondo pensional conformado por otros y del cual ha estado ausente, pero la jurisprudencia acogida por el alto tribunal de cierre de la justicia ordinaria no prevé afectación financiera, pues se está devolviendo absolutamente todo el capital del fondo pensional para que integre el RPMPD.

- Manifestó que no opera la prescripción respecto a la ineficacia del traslado como se señaló en la SL1688 del 19 y en el radicado 68838 del 8 de mayo del 2019, porque la consecuencia de la ineficacia se caracteriza porque desde nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, la sentencia que declara la ineficacia de un acto lo que hace es constatar un estado de cosas, y estos no prescriben.

- Declaró la buena fe propuesta por las demandas, pero indicó que esto no enerva ninguna pretensión de la parte demandante, así mismo, declaro no probadas las demás excepciones presentadas.

- Por lo anterior, ordenó a COLPENSIONES que reciba los aportes pensionales provenientes del RAIS que corresponden a la demandante y los traduzca en semanas cotizadas, con el objeto de garantizar a la actora el derecho pensional a su causación.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PROTECCIÓN S.A.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Considera que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración por tratarse de prestaciones acaecidas, por lo que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a las buenas gestiones de la AFP que serían los frutos y mejoras del afiliado, la cual a su vez cobro una comisión por dichos dineros que vendrían a ser los frutos y mejoras de la AFP, por lo que son conceptos excluyentes, no hay causa fáctica ni jurídica para hacerlo, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado la administradora durante varios años, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas con frutos y la igualdad de trato en la relación contractual presidida de la buena fe.

- Igualmente considera que no es procedente devolver lo que se pagó por seguro previsional, toda vez que ese porcentaje fue descontado con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio quien fue un tercero de buena fe.

3.2 De la parte demandada PORVENIR

La apoderada de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que la sentencia se debe revocar pues de acuerdo con el artículo 964 del Código Civil, como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir, que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones de acuerdo a la Ley 100 de 1993, pues es la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

- Que, si bien es cierto, con la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos se busca retrotraer los efectos del mismo como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones como son las situaciones jurídicas consolidadas y los hechos consumados, y para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los

mismo sucede con el seguro previsional debido a que ya prestó su servicio, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

- Que de acuerdo a un reciente ejercicio efectuado por ASOFONDOS, los rendimientos en el RAIS corresponden aproximadamente al 74% del capital acumulado por un afiliado, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado a incrementado su capital, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frete los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, porque de mantenerse la decisión se afectaría de manera injustificada su patrimonio y se aumentaría de forma injusta el patrimonio de COLPENSIONES y de sus afiliados, y es deber de la judicatura velar por la protección patrimonial de las instituciones que conforman de seguridad social.

3.3 De la parte demandada COLPENSIONES

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que se evidencia una falta de diligencia y cuidado por parte de la demandante, no se observan vicios en el consentimiento en su afiliación y estos puntos determinantes hubieran podido cambiar los resultados de la sentencia, además que se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero para el régimen que administra esa entidad, por lo que solicita ser absuelta de las pretensiones incoadas en la demanda.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

La apoderada de la parte demandante solicita que se confirme en su totalidad la sentencia de primera instancia, manifestando que el traslado de su poderdante al RAIS se dio sin consentimiento informado, el cual efectivamente debe estar presente ante una decisión tan trascendental como es el futuro pensional.

Resaltó que respecto a la falta de información hay importante jurisprudencia en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia desde el 2008 y hasta 2020, donde se ha ampliado y reiterado que la suscripción del formulario de afiliación por parte del afiliado, por sí solo no es prueba de que se realizó una debida asesoría; que es posible declarar la ineficacia estando o no consolidado un derecho; que es posible declarar la ineficacia estando o no en transición y el traslado de la carga de la prueba a las AFP en favor del afiliado.

Hizo referencia a que, en estos casos, al hacer la parte demandante una negación indefinida, la carga de la prueba recae en la AFP y que la Corte ha establecido esto teniendo en cuenta la profesionalización de los fondos en estos temas.

Señaló que, desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al

afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

• PARTE DEMANDADA COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia señalando que, a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, no se logró demostrar esa indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado del demandante, razón por la cual, no es procedente su declaratoria y que el mismo se realizó bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al demandante. Así mismo, señaló que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional.

Expresó que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.

Manifestó que no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que sustenten la declaratoria de la ineficacia o nulidad de traslado pretendida y, por consiguiente, la condena al reconocimiento de pensión de vejez por parte de su representada al demandante, ya que no basta la simple afirmación de “no haber recibido una debida información” al momento de realizarse el traslado.

Que el acto de afiliación al RAIS lo realizó la parte actora en forma libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar Prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

• PARTE DEMANDADA PORVENIR:

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de

administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora LORENCITA RODRIGUEZ GALEZO del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PROTECCIÓN S.A.?, asimismo, si esto a su vez deja sin efecto la afiliación que la actora hizo dentro del RAIS a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados.

8. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora LORENCITA RODRIGUEZ GALEZO, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el traslado, respecto del cual era necesario brindar y demostrar que se entregó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la demandada y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso PROTECCION S.A. por considerar que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración por tratarse de prestaciones acaecidas y se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado durante varios años, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas con frutos y la igualdad de trato en la relación contractual presidida de la buena fe y tampoco debe devolver lo que se pagó por seguro previsional pues fue descontado con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio.

Por su parte PORVENIR S.A. alego que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

Colpensiones manifestó que se evidencia una falta de diligencia y cuidado por parte de la demandante y no se observan vicios en el consentimiento en su afiliación, además que se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero para el régimen que administra.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema

general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

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

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

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

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

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

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este

grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber “de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” y por lo tanto “si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”, máxime cuando el deber de información “es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PROTECCIÓN; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que se afilió al RPMPD el 07 de julio de 1988; que se trasladó del régimen mencionado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 01 de agosto de 1994, mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A. y posteriormente, el 01 de octubre de 1997, se trasladó dentro del RAIS a COLPATRIA

(hoy PORVENIR); y que esa aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario. También informó, que el 24 de julio de 2020 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y que procediera a afiliarla sin dilaciones, petición a la que le correspondió el radicado 2020_6107164. Así mismo, que el 03 de octubre de 2020 elevó derecho de Petición al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. solicitando la nulidad del traslado de régimen y el 24 de septiembre del mismo año, elevó petición al Fondo de Pensiones PROTECCION S.A en el mismo sentido.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde julio de 1988 y en agosto de 1994 se afilió a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., que posteriormente se afilio dentro del RAIS a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.

Lo primero a destacar, es que las administradora de fondos de pensiones COLPATRIA S.A. conforma hoy la AFP PORVENIR S.A.¹; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación de la actora a la aquí demandada, entidad a la que se encontraba afiliada la actora al presentar la demanda

Se resalta que no se aportó al expediente el formulario por medio del cual la demandante se afilió al primera AFP previamente mencionada y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado. Es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora LORENCITA RODRIGUEZ GALEZO para alcanzar sus pretensiones no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional y afilió a la demandada PROTECCIÓN S.A.; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de una ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para agosto de 1994 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PROTECCIÓN S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó documento o prueba alguna que lo acreditara, ya que ni siquiera presentó el formato de vinculación suscrito por la demandante y con las pruebas aportadas no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a LORENCITA RODRIGUEZ GALEZO donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

¹ Ver reportes en prensa:

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961>;

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

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

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PROTECCIÓN S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional 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 en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*, por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. y PROVENIR S.A., deberán devolver completamente todas las prestaciones que recibieron de la afiliada, 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. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y***

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

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

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

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

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1994 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sane la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de lo señalado en la parte resolutive sobre que corresponde a PROTECCIÓN S.A., devolver la totalidad de los descuentos realizados a la actora por concepto de gastos de administración y seguro previsional; pues la jurisprudencia ha sido enfática al indicar que estos deben ser asumidos por **todas** las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, dado que al momento de configurar cada afiliación les asistía el deber de

información. Así se ha indicado por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

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

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

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

Siguiendo este precedente, es posible establecer que la A.F.P. PORVENIR también debe asumir los descuentos efectuados durante la época que duró su afiliación, por ser el receptor de todos los aportes del afiliado; de manera que el A quo, no podía adoptar una decisión diferente en este sentido, dado que, la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

En consecuencia, se modificará lo resuelto en el numeral segundo de la providencia apelada y se condenará a las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN la devolución de todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y otros conceptos, efectuados en el régimen de AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD DE CADA COTIZACIÓN APORTADA A NOMBRE DE LA DEMANDANTE, por el tiempo que estuvo afiliada la actora a cada entidad.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- **con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de*

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 15 de septiembre de 2021, con la modificación señalada; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la providencia apelada, en el sentido de condenar a A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN a la devolución de todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y otros conceptos, efectuados en el régimen de AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD DE CADA COTIZACIÓN APORTADA A NOMBRE DE LA DEMANDANTE, por el tiempo que estuvo afiliada la actora a cada entidad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia de fecha del 15 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

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

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 122, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 2 de diciembre de 2021.



Secretario