

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 6 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-001-2019-00271-00, promovido por **Adrián Gamez Peñaloza** contra **Félix Andrés Trujillo Amaya** y **Construcciones Viur S.A.S.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 84 al 96): Depreca el actor se declare que sostuvo con el Consorcio La Milagrosa, integrado por los codemandados, una relación laboral regida por contrato verbal entre el 17 de junio de 2016 y agosto 22 de 2017, ocupando el cargo de obrero de construcción, y que el 24 de junio de 2016 sufrió accidente de trabajo que le generó lesiones severas en la columna y una pérdida de capacidad laboral achacable al empleador. En consecuencia, pide sean condenados a pagarle indemnización plena de perjuicios materiales correspondientes al lucro cesante consolidado, lucro cesante futuro, daño moral y a la salud; indexación de las sumas reconocidas más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** fue vinculado mediante un contrato a término indefinido que inició el 17 de junio de 2016, para desempeñar el cargo de obrero de la construcción dentro de una obra de pavimentación en la que debía realizar oficios varios y el vaciado de concreto rígido en una jornada de 44 horas semanales de lunes a viernes de 7:00 am a 12:00 m y de 13:00 pm a 17:00 pm, y los sábados de 7:00 am a 12:00 m. **2) Que** durante el vínculo laboral fue afiliado a la seguridad social integral en salud, pensiones y riesgos profesionales. **3) Que** dentro de las funciones que desempeñaba se encontraba la de cargar herramientas, equipos de trabajo, operar máquinas pesadas en rodamiento (rana compactadora), apoyo a las actividades de colocación de concreto, guardado de equipos y máquinas en el almacén de obra y las propias de todo obrero. **4) Que** en cumplimiento de sus funciones laborales, el 24 de junio de 2016 recibió orden del maestro de obra consistente en levantar una herramienta con motor denominada “rana compactadora” para ser guardada en el almacén (bodega), lo que realizó con ayuda de otro compañero cuando el peso del instrumento requería de la intervención como mínimo de cuatro personas. Actividad que aduce, configuró un accidente que afectó su estado de salud de cara a la contractura en el nivel lumbar. **5) Que** el 22 de agosto de 2017 fue terminada la relación laboral sin justa causa. **6) Que** el día del accidente no contaba con las condiciones mínimas de seguridad para realizar la actividad del levantamiento de la rana compactadora, elemento que por su naturaleza tiene un peso superior a 60 kilos. **7) Que** según el informe médico el 30 de octubre de 2017 se determinó “*Vertebra transicional lumbosacra que en el presente estudio se llama L6. En T11- T12 hay hernia discal no comprensiva. Discopatía L5-L6, abombamiento asimétrico izquierdo del disco intervertebral que inserta el saco dural con disminución parcial de la amplitud del agujero en conjunción izquierdo. Laminectomía parcial de la amplitud del agujero de conjunción izquierdo. Laminetomía izquierda con cambios quirúrgicos y/o fibróticos rodeando y probablemente comprimiendo la raíz S1 izquierda en el receso lateral*”. **8) Que** como consecuencia del diagnóstico se encuentra imposibilitado para

desempeñarse como obrero o en cualquier actividad relacionada, por cuanto en su historia clínica se encuentra plasmado que cuenta con problemas severos de columna. **9) Que** intentó acción de reintegro, pago de salarios dejados de percibir e indemnización por despido sin autorización del órgano competente, lo cual finalizó con transacción judicial realizada ante el Juzgado Primero de Pequeñas Causas, la que incluyó las cesantías, vacaciones, primas, indemnización durante el transcurso del proceso judicial sin incluir el correspondiente por los perjuicios generados en el accidente de trabajo. **10) Que** tiene 27 años de edad y cuenta con una vida útil de 35 años de acuerdo a las estadísticas emanadas del Dane. **11) Que** hace vida marital con Karina Ninibeth Rangel Rodríguez de cuya relación procrearon a un hijo de 6 años de edad, quienes han sufrido todas las desavenencias derivadas del accidente, en tanto que su estado de salud le impide realizar labores cotidianas de forma independiente como bañarse, trasladarse, mantener su vida marital como lo venía realizando, practicar actividades deportivas y jugar con sus descendientes. **12) Que** para el momento del accidente sus empleadores no contaban con programa de salud ocupacional hoy Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST. Y la obra en la que laboraba carecía de comité paritario de salud ocupacional en funcionamiento, diseño y aplicación de los sistemas de vigilancia ergonómica, programa de medicina preventiva y del trabajo. **13) Que** no le fue realizado examen de retiro, exámenes de pos-incapacidad, reubicación, readaptación laboral, valoraciones médico-laborales que se solicitan luego de una incapacidad médica, programas de control sobre los trabajadores que incluyera un análisis de puesto de trabajo o reubicación si es necesario y no había perfil biomédico por cargos. **14) Que** fue calificado con el 24,4% de pérdida de capacidad laboral por trastorno de disco lumbar de origen laboral y con fecha de estructuración del 27 de julio de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: (Fls 119 al 132) **Félix Andrés Trujillo Amaya y Construcciones Viur SAS** se resistieron a las pretensiones. Explicaron que el actor fue vinculado mediante un contrato de obra o labor y se encontraba supeditado a la duración de la obra pública por la cual fue contratado. Expresan que durante el escaso tiempo que trabajó (4 días) nunca operó máquinas pesadas pues solo realizó las funciones de obrero raso, debiendo manipular herramientas sin que fuera necesario las de gran envergadura y pesaje. Preciso que era normal la manipulación de equipos como la rana compactadora, que para el presente caso se realizó entre 4 personas y con los debidos cuidados de seguridad en el trabajo conforme a las capacitaciones que les fueron brindadas. Exponen que cuando el demandante fue vinculado se cumplió con los procesos médicos de inicio y a la finalización del mismo con los de rehabilitación conforme a la patología y contingencia sufrida. Aducen que el actor fue desvinculado laboralmente cuando la autoridad ocupacional dio por terminado el proceso de calificación y se encontraba en condiciones para trabajar. Discuten que para la configuración de la indemnización solicitada no es suficiente la apreciación de carácter subjetivo del daño porque también se requiere acreditar un nexo causal, perjuicios y daño en la vida en relación, demostrados con los medios legales dispuestos para ello, lo que aseveran, no acontece en el sub iudice dado que no es posible comprender que la patología padecida por el incoante le produce una pérdida de capacidad laboral del 22% por afecciones de columna y a la vez le genera afectaciones en sus piernas o de impedimentos para caminar, contradicciones que dicen, han de probarse en el trámite procesal. Concluyen que sí cumplieron con la totalidad de exigencias legales en el ámbito de seguridad ocupacional, pues efectuaron actividades y socializaciones de sistemas de prevención en las cuales hizo presencia activa el actor, quien además, precisan, fue dotado con los implementos de seguridad industrial. Añaden que el actor ya había impetrado una demanda laboral ordinaria de única instancia de

conocimiento del Juzgado Segundo Laboral de pequeñas Causas con rad 116 de 2018 que finalizó por acuerdo conciliatorio de acuerdo al acta de diligencia del 28 de marzo de 2019.

Esgrimieron como excepciones previas las de: prescripción, inepta demanda y cosa juzgada, y las de mérito que denominaron: prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y mala fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, el 6 de julio de 2021, aun cuando declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes entre el 17 y 24 de junio de 2016, encontró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido formuladas por las encartadas, a quienes absolvió de las pretensiones de condena.

Consideró cumplidos por el empleador los protocolos de seguridad y salud en el trabajo en tanto la obra contaba con interventor, supervisor, director y comité de salud ocupacional. Precisó, además, que todos los comités estaban aprobados por los reglamentos pues de no ser así, se impedía la apertura de la obra. Halló acreditado, por conducto de la testimonial practicada, que el desarrollo de la construcción donde laboró el demandante guardó respeto por las exigencias legales previstas en el ordenamiento jurídico, porque además de suministrarse elementos de protección general, se ejecutó un plan integral, hubo asistencia de profesionales de seguridad y salud en el trabajo, tanto que acotó, la ordenada al trabajador de maniobrar una rana compactadora se materializó la con ayuda de tres personas más.

Bajo tal égida, concluyó que el protagonista procesal no logró probar la existencia una culpa subjetiva por parte del empleador, como tampoco la existencia de nexo causal entre su patología con el insuceso de origen laboral.

RECURSO DE APELACIÓN: El demandante aspira a que se revoque la decisión y en su lugar se concedan la totalidad de súplicas de la demanda. Discute que sí acaecen los 3 elementos configurantes de la culpa patronal, pues se probó que luego de acatar orden emanada de su superior inmediato, sufrió el accidente laboral porque, tan pronto hizo el esfuerzo, sintió dolor y quedó tendido en el piso, sin que hubiera recibido la atención necesaria por parte de su empleador, pues ni siquiera fue transportado al hospital regional, debiendo hacerlo por cuenta propia como se colige del contenido de la historia clínica aportada.

Afirmó que ninguna prueba existe sobre que se hubiere realizado la investigación del siniestro laboral para determinar sus causas, hechos que a su juicio prueban la negligencia, descuido y ausencia de precaución debido por parte de la pasiva, que ni siquiera contaba con comité paritario que garantizara la atención y asistencia requeridas el día del accidente, que dice, fue reportado en fecha posterior.

Arguye que el nexo de causalidad está suficientemente probado, pues la ARL la reconoció y pagó la indemnización objetiva por el accidente acaecido, configurándose así dicho elemento.

Atacó la credibilidad de las pruebas aportadas por la encartada discutiendo que no coinciden con la realidad de los hechos, porque las constancias de capacitación aportadas donde aparece su firma, datan del 15 de junio de 2016 cuando inició labores el día 17 del mismo mes y año, e igualmente el 25 de junio, a sabiendas que en dicha fecha se encontraba hospitalizado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: No fueron presentados.

3o. CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que no comporta escenario de discusión el que (i) Adrián Gámez Peñaloza vinculó su fuerza de trabajo a la pasiva mediante un contrato de trabajo por obra o labor gestado el 15 de junio

de 2016, **(ii)** 10 días después, el 25 del mismo mes y año, el actor sufrió un accidente laboral que produjo su ingreso por urgencias, siendo diagnosticado con lumbago no especificado, y que **(iii)** tal siniestro fue reportado hasta el 30 de junio de 2016, en los siguientes términos *“trabajador se encontraba laborando y como ya estaba finalizando el día procedió a guardar la maquinaria y equipos y cargando una de ellas siente un dolor fuerte en la espalda que continua latente”*. Tampoco existe discrepancia respecto a que fue dictaminado con una pérdida de capacidad laboral del 22,40% emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con fecha de estructuración del 27 de julio de 2017.

En ese orden, atendiendo a los argumentos esbozados en la alzada, el problema jurídico consiste en determinar si el accidente de trabajo ocurrió por culpa o no del empleador y si hay lugar o no a ordenar la indemnización plena de perjuicios.

El artículo 216 del CST prevé que cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional del trabajador, aquél está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios.

Como es lógico, para la prosperidad de las pretensiones fundadas en esa norma, deben probarse la ocurrencia del accidente o enfermedad laboral, la culpa del empleador y los perjuicios causados.

Con respecto al segundo elemento, valga la decir, la culpa del dador de laborío, es del caso indicar que su naturaleza es eminentemente subjetiva e implica que se demuestre el incumplimiento de sus deberes de protección y seguridad establecidos en los artículos 56 y 57 inciso único numeral 2 del CST, que le exigen tomar las medidas adecuadas en atención a las condiciones generales y especiales del trabajo, para evitar que el empleado sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos propios de la labor.

Importa agregar que por ser el contrato de trabajo una relación para beneficio recíproco de las partes, la culpa comprobada del empleador a la que se refiere el artículo 216 del CST es en el grado de leve, conforme al artículo 1604 del CC. En tal sentido, siguiendo el artículo 63 ibídem, se trata de la *“falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios... el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia”*.

En lo que atañe al ejercicio de la carga de la prueba la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha dicho reiteradamente en su jurisprudencia, verbigracia en la sentencia SL2206 de mayo 22 de 2019, que la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización de marras, concretando la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes, de manera que una vez acreditada la misma, pueda desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en la realización del trabajo. No basta con afirmaciones genéricas de falta de vigilancia y control, sino que, el actor debe delimitar en qué consistió el incumplimiento del empleador en sus respectivas obligaciones, para que sea posible analizar el nexo de causalidad con las circunstancias que rodearon el accidente de trabajo generador de los perjuicios, las que igualmente deben ser precisadas en el libelo (SL 4350-2015).

En otros términos, en los procesos en los que se pretende la condena a la indemnización plena consagrada en el artículo 216 del CST, concretamente en relación con la exigencia del legislador referida a que debe existir *“culpa suficientemente comprobada del patrono en la ocurrencia del accidente del trabajo”*, a la parte actora le corresponde demostrar en qué consistió el incumplimiento del empleador delimitando en concreto el hecho generador y la relación de causalidad. Ello significa que, demostrados estos aspectos, se invierte la carga probatoria y es al accionado a quien le corresponde probar que no incurrió en la negligencia que se le endilga. Esto, aportando las pruebas de que sí

adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores.

Cabe recordar que cuando se alega la culpa patronal en actividades relacionadas con labores de construcción, existe norma expresa que regula los temas de seguridad y salud en el trabajo. El cuerpo legal concreto que controla esta actividad es la **Resolución No. 2413 de 1979** (*vigente para el momento de ocurrencia del accidente de trabajo*), que establece en su **artículo 2º**, que “*Todo patrono de una obra de construcción tendrá la obligación de dictar un curso específico a las personas dedicadas a la inspección y vigilancia de la seguridad de las obras*”; así como “*deberá exigir por medio de sus delegados encargados de la seguridad, el cumplimiento estricto de las instrucciones sobre manejo de herramientas, y otras medidas preventivas que deberán observar los trabajadores de la obra*”.

Igualmente el artículo 10 del referido cuerpo legal, entre las obligaciones que impone al dador del laborío, están la del cumplimiento de los reglamentos de seguridad e higiene, la organización de un programa permanente en esta materia destinado a la prevención de riesgos profesionales, que permita adoptar las medidas necesarias de control; así mismo, el deber de realizar visitas a los sitios de trabajo para determinar riesgos, permitir las inspecciones de autoridades competentes, facilitar la instrucción adecuada al personal y cumplir las recomendaciones del Ministerio del Trabajo.

Como queda visto, la normatividad concreta que regula la **seguridad** en labores de construcción es enfática en señalar que el empleador es el responsable directo de la aplicación y cumplimiento del reglamento, y, está en la obligación de contar con personas especializadas para que la ejecución de estos trabajos se de en condiciones de higiene y seguridad, propiciando las actividades de prevención de riesgos.

Por manera que, cuando al cobijo de las anteriores premisas legales y jurisprudenciales se llega al caso presente encontrando que el extremo

activo se limita a afirmar que el accidente de trabajo se presentó por que la empleadora no garantizó “*las condiciones mínimas de seguridad para realizar la actividad del levantamiento de la rana compactadora*”, sin especificar concretamente en qué consistió dicha desidia, al romperse se colige que el actor incumple con su obligación, tal y como se ha dicho jurisprudencialmente (ver sentencia SL 2206-2019) de concretar la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes, pues, se limitó a enunciar en el libelo genitor la ausencia de observación de estándares normativos en materia de seguridad, higiene y salud ocupacional por parte de la enjuiciada, sin llegar a identificar un hecho concreto imputable a ésta y su respectivo nexo causal, para que así la susodicha sociedad, tenga la oportunidad de desligarse demostrando diligencia y cuidado en la realización del trabajo.

Ahora bien, a pesar de lo hasta aquí concluido, se hace necesario auscultar el material probatorio existente, para dilucidar si la pasiva observó el deber de cuidado que le correspondía. De esta manera, imperioso resulta el análisis de los medios de convicción constituidos por testimonios, declaraciones de parte, documentos y los indicios que puedan deducirse.

Por su pertinencia se destacan las siguientes pruebas documentales que reposan en el expediente digital:

- Reporte de ingreso de atención en urgencias del 25 de junio de 2016 con diagnóstico de “*lumbago no especificado*” (fls. 25 y 26).
- Resultado de examen de columna lumbosacra fechado del 28 de julio de 2016 (fl. 29).
- Reintegro del 2 de agosto 2016 con recomendaciones médicas (fl. 30).
- Conceptos médicos de especialista en salud ocupacional, fechados del 2 de agosto de 2016 y 12 de junio de 2017 (fls. 31 y 36-37).
- Incapacidad de 10 días: del 7 al 16 de agosto de 2017 (fl. 40).

- Incapacidad de 10 días: del 17 al 21 de agosto de 2017 (fl. 42).
- Carta de despido del 22 de agosto de 2017 (fl. 44).
- Control de evaluación funcional del 23 de agosto de 2017 a través del cual se remite al actor a *“control con fisioterapia”* (fl. 45).
- Dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor (fls. 88 a 92).
- Contrato de mano de obra a todo costo (fls. 14 a 16, anexo 1).
- Examen de ingreso previo al inicio de labores (fl. 24 del anexo 1).
- Informe de accidente de trabajo reportado por el empleador el 30 de junio de 2016, en donde se describe el suceso como *“el trabajador se encontraba laborando y como ya estaba finalizando el día procedió a guardar las maquinarias y equipos y levantando una de ellas siente un dolor fuerte en la espalda que continúa latente”* (fls. 28 y 29 del anexo 1).
- Entrega de dotación fechada del 21 de noviembre de 2016 (fl. 52 del anexo 1).
- Recomendaciones médicas expedidas el 16 de agosto de 2017 (fl. 53 del anexo 1).
- Historial de capacitaciones brindadas al trabajador (fls. 94 a 96 del anexo 1).
- Plan de gestión integral de obra diseñado por la empresa (fls. 97 a 121 del anexo 1).
- Constancia de entrega al actor de elementos especiales de protección (fl. 376 del anexo 1).

La testifical recaudada al interior del proceso se compone de tres testimonios y tres interrogatorios de parte:

Luis Armando Hernández Vera, dijo residir en la Calle 2 N° 2 E-63, Barrio Minuto de Dios, de profesión maestro general de obra. Afirmó conocer al actor como empleado de la obra *“La Milagrosa”* que se realizó en el Municipio del Zulia en el año 2016; explicando que lo contrató verbalmente -en fecha que no recuerda- porque como maestro de obra, se encargaba de ingresar y excluir personal de la obra, pero se afilió a la

seguridad social a través del Consorcio porque él no podía hacerlo directamente en tanto no contaba con documentación de cámara y comercio. Contó que él le pagaba el salario al demandante, pero no recordar su valor, y que la seguridad social la asumía el Consorcio, descontándola del valor final del contrato. Narró que Adrián se desempeñó como obrero y tenía como funciones: la extracción de materiales del campamento a la obra, junto con otros empleados, con la prohibición de levantar más de 25 kilos de peso, por lo que *“si tocaba levantar una paca de cemento se usaba carreta que se movía entre dos”*, con la finalidad de que *“no se fueran a joder”*. Refirió que dichas sugerencias las daba la SISO, cuyas charlas diarias hacían énfasis en la forma de levantar y los pesos permitidos. Aseveró que la herramienta denominada *“rana”* res utilizaba para *“echar y nivelar pisos”*, que no tiene más de 60 kilos de pesos y siempre es movida entre 4 o 5 personas, nunca por una sola porque se le dificulta para hacerlo o seguramente, no es capaz a menos que sea un *“súper humano”*. Indicó que nunca le ordenó al actor mover la referida máquina, sino a Manuel que llevaba más tiempo laborado con él y conocía perfectamente que se alzaba entre varios, pidiéndole que los escogiera para tal fin. Dijo desconocer sobre accidentes de trabajo en la obra en el día referenciado por el demandante, precisando que fue al día siguiente cuando éste le manifestó que tenía dolencias. Acotó ignorar la fecha de terminación del contrato del accionante pero que la desvinculación de todo el personal -no solo del actor- obedeció a la terminación de la obra que duró como máximo, un mes, en pocas palabras *“un contrato relámpago”*. Preciso desconocer si aquel fue calificado porque nunca más volvió a hablar con él.

Jorge Alberto García Rangel, ingeniero civil de profesión, refirió distinguir al demandante desde hace cinco años, cuando trabajó en la obra de pavimentación de una cancha en el barrio *“La Milagrosa”* del Municipio del Zulia; dado que fungió como director de la obra, vinculado con el *“Consorcio La Milagrosa”* y debía hacer presencia en el

lugar. Afirmó que el precitado fue contratado como obrero raso por el maestro Armando, que dirigía la cuadrilla de la mano de obra con quien se pacta un negocio de préstamo de mano de obra y realiza las actividades guiadas por el Consorcio. Narra que las funciones del actor eran varias, por ejemplo, limpieza, aseo y todo lo que necesite de apoyo el oficial -cargo superior al del obrero raso-. Indicó que días después del supuesto accidente fue cuando Adrián puso en conocimiento que cuando estaban recogiendo una herramienta sintió un dolor, y que en ese momento se hizo el levantamiento del acta correspondiente. Adujo que quien se encargaba de cancelar los salarios al trabajador era el maestro de obra porque el contrato suscrito con éste se regía por unos precios unitarios en relación con la mano de obra. Acotó que la obra contaba con una organización que incluía una profesional en el PGIO - plan de gestión integral de obra-, quien a su vez contaba con asistente que permanecía en la obra para realizar inducción al empleado nuevo y constantes capacitaciones de acuerdo a la actividad que se estuviera realizando y con enfoque a la seguridad en el trabajo y uso de elementos especiales de protección. Manifestó que el Consorcio se encargó de la afiliación a la seguridad social del demandante porque en ese entonces, el maestro no podía afiliarse a sus trabajadores porque le hacía falta un documento que exigía el sistema. Resaltó que el bodegaje de la obra estaba sobre la misma vía, por tanto, en las horas de la mañana los empleados sacaban los implementos en carreta, y concluida la jornada, dependiendo de la distancia se regresaban en carretas o en las manos, esto es, las palas, picas, ect.; pero la rana generalmente se alza entre cuatro o cinco empleados, se sube a la carreta y entre dos o tres dirigen la carretera, precisando que dicho procedimiento resulta necesario, no por el peso del aparato, sino por su forma, pues de lo contrario se sale de la carreta. Aclaró que se trata de una plancha rectangular que encima tiene un motor y un manubrio que sube desde la plancha y más o menos hasta la cintura del trabajador, y que al ejecutarse emite una vibración, debiendo el empleado guiarla para que pise sobre lo que se quiere.

Consideró imposible que una sola persona o incluso dos, pudieran levantar la “rana”, no solo por su peso sino por la forma, que demanda la intervención de cuatro o cinco personas a la hora del movimiento. Insistió en que el tipo de contrato que precedía la obra, los obligaba a dictar constantes charlas sobre seguridad y salud en el trabajo, por demás obligatorias, por lo que se contaba con un personal calificado y destinado y entregar los elementos de protección personal, pues de lo contrario se suspendía la obra y frenaban pagos. Preciso que el reporte del accidente se hizo a través del personal de oficina y ante la ARL. Adujo ignorar las situaciones particulares que rodearon el accidente, acotando que se dio en condiciones rutinarias en tanto que la rana es una máquina que se utiliza comúnmente en la pavimentación para llegar a los rincones donde no llega un “vibro grande”, pero que en todo caso siempre se maneja por cuatro o cinco personas, advirtiéndole que en su experiencia jamás ha visto que lo hagan solo dos sujetos. Agregó que el personal encargado de charlas permanecía durante todo el día en la obra dictando charlas y verificando que los empleados portaran sus elementos de protección, pero que el reporte del incidente no se hizo el mismo día porque el actor no lo reportó, solo días después indicó que con antelación había sentido dolencias.

La última deponente fue **Jimmy Yaritza Bautista Pabón**, quien también estuvo en el lugar de los hechos y era la profesional de seguridad y salud en el trabajo de la obra. Aseveró que el actor fue un trabajador del “*Consortio La Milagrosa*” en el Municipio del Zulia, pero que desconoce quién lo contrató porque solo le pasaban una lista del personal para inicio del cronograma correspondiente. Indicó que como profesional contaba con auxiliares en campo, todos cuales se regían por un cronograma de actividades que fue aprobado por la supervisión de la obra que emanaba de Prosperidad Social, debiéndose enviar plantillas que luego de avaladas, les permitían iniciar con las actividades con el “*acta de inicio*”. Comentó que lo primero que se hacía era la inducción a

los trabajadores luego de la afiliación a riesgos labores, la entrega de dotación con constancia de recibido y la programación de las capacitaciones a dictar en el mes, dependiendo de la actividad que fueran a desarrollar y la duración de la obra, más o menos, dos o tres veces por semana. Aclaró que dichos aprendizajes no podían transmitirse en forma diaria, pero sí se hacía calistenia y charlas de cinco minutos, pero capacitación como tal, una vez a la semana. Aseguró que el demandante participó en las mismas porque era obligatorio y debía dejar registro de firma, pudiendo ser objeto de memorandos y llamados de atención ante una negativa del empleado. Dijo tener conocimiento del supuesto accidente de trabajo porque le fue informado días después. Al respecto, refirió que cuando ocurre un siniestro de dicha naturaleza, lo primero que se hace es tomar declaración al afectado y a los testigos si los hubiere, información que se envía a la persona encargada de hacer el reporte ante la ARL para que pudieran atender al trabajador en la clínica. Narró que, en el caso del accionante, fue reportado el insuceso y se le puso de presente que debía asistir a la Clínica Norte, donde se atienden los accidentes de trabajo, acotando que en las inducciones se les informa la aseguradora de riesgos a la que se encuentra afiliados y los centros de atención a que deben asistir en caso de accidentes, también, dijo, se hace énfasis en que los mismos han de reportarse en el mismo día de ocurridos y no con posterioridad, como asegura, procedió el actor. Indicó que luego del reporte, su auxiliar entrevistó a Adrián y luego se reunió con ella, el maestro de obra y los demás trabajadores para averiguar qué pasó, situación que puntualiza, desconoce si quedó registrada porque la obra apenas duró veinte días; y que dicho maestro le aseguró que el demandante no alzó solo el equipo denominado “rana” porque fueron cinco personas, cuyos nombres dijo no recordar. Manifestó no haber sido notificada de proceso de trámite de calificación practicado al actor ni sobre pago de indemnización, aunque aduce, cree que la canceló la ARL. Reiteró que cada charla programaba se enfocaba a un tema específico y que como el tiempo de ejecución de la obra fue

de veinte días, en ese tiempo tuvo que entregar elementos de protección personal, explicar su uso y sobre accidentes de trabajo, uso y manejo de cargas, cómo se deben desplazar y sentar, la manera correcta de coger materiales, equipos o herramientas, todo esto, para que la columna no resulte afectada; por lo que asegura, resulta imposible que un trabajador indique desconocer que el peso máximo es de 25 kilos, porque siempre se enfatiza en la carga permitida para movimiento. Acotó que la actividad de construcción se encuentra ubicada en riesgo 5 pero que dentro de la misma existen altos riesgos, que afirma, no existían en la obra “*La Milagrosa*” porque no se requería trabajo en alturas, espacio confinado ni riesgo eléctrico, menos, dice, la ejecución de la máquina que el actor movió junto con otros compañeros.

En **interrogatorio** de parte, el demandado **Félix Andrés Trujillo Amaya** admitió que el actor ingresó a laborar en la obra el 17 de junio de 2016, devengando un salario mínimo legal mensual vigente. Admitió que dentro de las funciones de aquel y de los demás subordinados, se hallaba la de almacenamiento de materiales y herramientas utilizadas en el mismo día en la obra; aclarando que la “*rana compactadora*” no funge como maquinaria pesada dentro de la ingeniería civil, por ser liviana y de herramienta menor que se usa en la obra; y que el almacén estaba sobre la misma vía o construcción desarrollada. Negó que el peso del equipo referenciado fuera de 100kg sino inferior porque son diseñados para maniobra del personal humano, situación que dijo, se puede constatar con un estudio de dicha herramienta. Catalogó de falsa la aseveración de que el accionante levantara solo la “*rana compactadora*” puesto que el movimiento fue realizado con otro grupo de obreros que designó el maestro de la obra. Dijo desconocer la fecha de terminación del contrato pero que la razón obedeció a la finalización de la obra. Sobre este punto, acotó que la vinculación del demandante se mantuvo hasta ese momento por un acto de buena fe y en aras de que éste tuviera acceso a los servicios asistenciales de la ARL. Aseguró que aquel fue capacitado

sobre el manejo de cargas, transporte de herramientas y equipos en la obra, porque era un contrato macro de obra pública que están bajo las administración distrital, departamental o municipal, están regidas por unas interventorías desde el Departamento de Prosperidad Social, que impide celebrar contratos sin que en forma previa se acredite que el futuro empleado fue capacitado y examinado íntegramente, todo de lo cual queda registro documental y fotográfico. Agregó que el incumplimiento de dichos requisitos exigidos por tres órganos públicos implicaba el no pago del valor de la construcción, lo que nunca ocurrió pues el plan integral de gestión de obra fue cumplido en su integridad, programa que cubre un ámbito completo en fin y son a proteger los empleados que están en la obra. Indicó desconocer la fecha en que Adrián ingresó al hospital, precisando que lo hizo por dolencias propias, lo que generó consultas en la misma obra para esclarecer lo sucedido, encontrando que el relato del hoy demandante no coincidía con lo acontecido.

También se surtió el **interrogatorio** del representante legal de Construcciones Viur S.A.S., **Carlos Neira Peña**, explicó que el conocimiento de la obra con que cuenta es netamente general porque no tuvo una participación directa en ella, por lo cual desconoce las particularidades de la misma o pormenores emanados de su ejecución. Manifestación luego de la cual, el extremo activo se abstuvo de interrogar.

Por último, se evacuó el **interrogatorio** del actor **Adrián Gamez Peñaloza**. Reconoció le fue practicado examen de ingreso con resultado satisfactorio. Sobre el accidente de trabajo, relató que la “*rana compactadora*” estaba en el piso y el maestro de obra, siendo casi las 4:30 p.m. dio la orden de recoger herramientas y él se fue por la rana pero le pidió ayuda con más compañeros, a lo que le respondió “*es que no eres capaz*” y que solo enviaría dos compañeros más, que en efecto le ayudaron, pero que él tuvo que levantar la máquina por el lado más

pesado, el del motor y fue cuando sintió el dolor en la columna y las piernas. Modificó su respuesta para indicar que solo hizo el esfuerzo con otro compañero; al ser requerido por el juez dijo no recordar tal aspecto *“porque la calificación de su pérdida de capacidad laboral le afectado mucho la cabeza”*. Adujo que en forma inmediata le comunicó al maestro de obra sobre su molestia y éste se limitó a decirle que se sentara un rato. Comentó que le fue asignado porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 22 *“punto algo”* por lo que recibió indemnización por parte de la aseguradora de riesgos laborales, cuyo valor dijo no recordar. Negó haber participado en charlas sobre seguridad y salud en el trabajo, aduciendo que solo hizo parte de una *“fiestica de una partida de torta”*. Sobre este punto advirtió que la firma que figura como constancia de capacitaciones se plasma en un documento fechado del 15 de junio de 2016 cuando él ingresó a laborar dos días después -el 17 de junio de 2016-. Adujo que con antelación al siniestro laboral no había experimentado afecciones en su salud.

Al analizar de manera individual y en conjunto este acervo probatorio, la conclusión a la que se llega es que para el momento del accidente laboral en el que estuvo inmerso el actor, la pasiva demuestra haber cumplido con los reglamentos de seguridad e higiene, haber realizado las inducciones necesarias al personal de la obra sobre salud y seguridad en el trabajo, elementos de protección personal finalmente entregados, y mantenido la prevención de riesgos que ameritaba la labor, lo que se traduce en que se tomaron las medidas para evitar la presencia del siniestro.

En efecto, nótese como al demandante se le entregó la dotación y elementos de seguridad industrial como lo son botas (fl. 52, anexo 1), casco, camisa, guantes, lentes, tapaoídos (fl. 376, anexo 2), y además se le realizó inducción al puesto de trabajo, capacitándolo en *“uso y cuidados en elementos personales de protección”*, *“higiene postural”* y *“procedimiento seguro en traslado de cargas”* los días 15, 21 y 25 de junio de 2016, respectivamente.

A partir de lo anterior, conviene aclarar que no resultan de recibo los argumentos esbozados por el protagonista procesal, quien para desvirtuar la asistencia a las charlas de seguridad y recibo de instrumentos de protección arguye que para tales fechas se hallaba hospitalizado y por tanto le resultaba imposible suscribir dicha documentación. Esto, en tanto que ninguna prueba de su afirmación arrojó al trámite, al contrario, del historial clínico que reposa a folios 25 y 26 del plenario se colige con suficiente claridad que solo hasta el 25 de junio de 2016 a las 11:14 a.m. el trabajador ingresó por el servicio de urgencias del centro hospitalario E.S.E. Hospital Juan Luis Londoño, donde luego de ser diagnosticado con *“lumbago no especificado”*, fue dado de alta con prescripción médica específica de ingesta de fármacos por un tiempo determinado.

Lo que demuestra que el empleado perfectamente pudo, como insiste el ex empleador, suscribir la documental que da cuenta sobre su debida instrucción en el campo de la prevención y seguridad en el área de labores, así como recibo de implementos de protección personal, en tanto que se itera, las fechas plasmadas en los formatos firmados anteceden a la atención hospitalaria primigenia que el mismo actor fija como momento histórico de ocurrencia del accidente laboral. Mírese, además, de la constancia de afiliación a los subsistemas de seguridad social en salud, pensión, salud y riesgos laborales, se extrae que el mismo se perfeccionó desde el 16 de junio de 2016, lo que permite inferir como altamente probable que la inducción y suministro de información sobre seguridad en el trabajo sí se hubiese materializado desde el 15 del mismo mes y año citados, si en cuenta se tiene que los testigos manifestaron al unísono que aunque quien figura como empleador es el Consorcio La Milagrosa, la contratación del actor la hizo el maestro de obra, Luis Armando Hernández Vera, con quien dicha razón social suscribió contrato de mano de obra a todo costo (fls. 14 a 16, anexo 1).

Así las cosas, palmario deviene que ninguno de los reproches endilgados logra restar validez a los documentos adosados al proceso, máxime, cuando no se alegó dentro de la oportunidad procesal respectiva, desconocimiento o falsedad de los mismos (artículos 269 y 272 del CGP).

La referida situación fáctica, además, rodea de veracidad la teoría expuesta por los convocados a juicio sobre que tuvieron conocimiento del siniestro laboral con posterioridad a la fecha en que, al parecer, el trabajador experimentó la molestia de la que se duele. Obsérvese como el maestro de obra reconocido como superior inmediato del accionante, a quien éste aseguró informó sobre las dolencias en el momento en que aparecieron, fue tajante, categórico e insistente en catalogar de falsa tal aseveración, advirtiéndole que el trabajador jamás dio a conocer tal padecimiento. Versión que encuentra respaldo en el dicho de Jimmy Yaritza Bautista Pabón, profesional de seguridad y salud en el trabajo de la obra, quien refirió que pese a ser de conocimiento para los empleados que ella y su auxiliar siempre permanecían en la obra en cumplimiento de sus funciones, el actor no acudió ante ellas de manera contigua al insuceso para informar sobre las dolencias producidas, sino que, determinó esperar hasta un momento posterior, que las probanzas permiten situar en el 30 de junio de 2016 como da cuenta el contenido del documento rotulado con el logo de la ARL Sura (fls. 28 y 29, anexo 1).

Menos puede pasarse por alto la orfandad probatoria de que adolece la aseveración del incoante respecto a que se vio obligado a operar solo la máquina conocida en el campo de la ingeniería de la construcción como “*rana compactadora*”. Nótese que al rendir interrogatorio de parte, Gámez Peñaloza incurre en serias contradicciones que restan veracidad a su dicho; mientras desde el escrito introductor de demanda acotó que la orden para levantar la herramienta fue cumplida entre él y otra persona -que no referenció-, al ser inquirido sobre dicho aspecto confesó que el

maestro de obra le permitió hacerlo con dos compañeros más que tomaron el lado más liviano del aparato; indicando luego que tanto solo le brindó ayuda un empleado más. Sin brindar claridad al respecto pues al ser instado por el juez, finalmente dijo no recordar la situación fáctica *“porque la calificación de su pérdida de capacidad laboral le afectado mucho la cabeza”*. Lo que resulta bastante sorprendente y poco creíble pues además de tratarse de un hecho de bastante impacto para el ex trabajador -como él mismo lo relata en el escrito seminal-, en su historial clínico, más allá de sensación de ansiedad, desesperación y frustración con la atención brindada por el sistema de salud y de riesgos profesionales, no da cuenta de episodios de amnesia temporal o definitiva (fl. 96).

De otro lado, tanto el maestro de la obra como el ingeniero que hacía parte de la planta de personal del Consorcio *“La Milagrosa”*, con apego en su experticia y amplio bagaje en el campo de la construcción, ratificaron la imposibilidad de que el demandante hubiese manipulado, ni siquiera con apoyo de dos obreros más, puesto como mínimo se requiere de cuatro o cinco personas para movilizar dicho artefacto. Lo cual guarda lógica con la sola descripción que sobre la forma del mismo efectuó el profesional de la ingeniería al indicar que *“se trata de una plancha rectangular que encima tiene un motor y un manubrio que sube desde la plancha y más o menos hasta la cintura del trabajador”*; escenario que pone de relieve, a su vez, que la fuerza excesiva a la que hizo alusión el actor, no se configuró.

Y en lo referente a la manifestación hecha por el apelante de que el accidente de trabajo se ocasionó porque que la obra no tenía en funcionamiento programa de salud ocupacional ni comité prioritario de dicha especialidad, y por tanto existe culpa, es claro que tal circunstancia resulta contraria a la realidad en tanto que la documental que reposa de folios 97 a 121 del cartapacio revela que para el inicio de dicha construcción contó con Plan de Gestión Integral de Obra -PGIO-, que por disposición legal está constituido por **(i)** plan de inspección y

ensayo, (ii) control operativo ambiental y **(iii)** control operativo de seguridad y salud en el trabajo (ver Decreto 1072 de 2015), último aspecto que como a bien tuvo explicar la profesional Jimmy Yaritza Bautista Pabón, incluía entre otros, la implementación en la obra de un plan de control operativo de seguridad y salud en el trabajo y cronograma de capacitaciones, que los vestigios probatorios revelan ejecutados.

Por fuerza de todo lo dicho, no se encuentra acreditado que la pasiva hubiese sido negligente el día del accidente de trabajo, sino que por el contrario, implementó medidas para mitigar el riesgo propio de su actividad.

Quedando entonces establecido, que a pesar de que no se precisa el hecho generador de culpa atribuible a la pasiva, ésta demostró el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, materializados en el acatamiento de los reglamentos de seguridad e higiene, haber mantenido la prevención de los riesgos que ameritaba la labor desarrollada y hasta el día del insuceso haber implementado medidas para evitar la presencia del accidente de trabajo, procede la confirmación de la sentencia apelada.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas al actor por no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada \$200.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 6 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al actor. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$200.000. Liquídense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se surte el grado de jurisdicción de consulta de la sentencia del 22 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-002-2019-00467-00, promovido por **Miguel Antonio Peñaloza Parada** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (folios 15-17): Depreca el actor, se condene a la administradora de pensiones demandada a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de su hijo Luis Ernesto Peñaloza Leal, a partir del 2 de noviembre de 2002; intereses de mora o en subsidio la indexación de las mesadas, incluyendo las adicionales de junio y diciembre de cada anualidad.

Adujo para ello: **1) Que** es padre de quien en vida se llamó Luis Ernesto Peñaloza Leal, fallecido el 2 de noviembre de 2002, de quien dependía económicamente pues le costaba alimentación, vivienda, servicios públicos, vestuario, recreación y todo lo necesario para su subsistencia. **2) Que** para la data del insuceso no vivía bajo el mismo

techo de su descendiente porque su relación sentimental con la madre de éste había cesado. Razón por la que erradamente, consideró en su momento, no tener derecho a percibir la pensión de sobrevivientes, obviando agotar la reclamación pertinente. **3) Que** Colpensiones, entidad a la que se hallaba afiliado el obitado, reconoció la prestación económica en favor de la progenitora, mesadas que ésta disfrutó hasta el 29 de marzo de 2015, cuando falleció. Acontecimiento último que asegura, lo convirtió en beneficio único de la retribución pensional, que petitionó el 15 de julio de 2015, obteniendo respuesta negativa a través de Resolución No. GNR 359912 del 17 de noviembre del mismo año. **4) Que** el argumento esbozado por la pasiva se centra en la configuración del fenómeno extintivo de la prescripción, que no resulta válido en tanto que *“los derechos pensionales son imprescriptibles”*.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA (fls. 32-38): La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones admitió como ciertos los hechos relacionados con el parentesco entre el demandante y el fallecido y la reclamación pensional. Se opuso a las peticiones arguyendo que además de no acreditar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para la procedencia de la pretensión, el derecho pensional ya fue otorgado a la madre del afiliado, debiendo asumir el actor las consecuencias adversas de la morosidad en el reclamo de la acreencia. Propuso como las excepciones de fondo que denominó: inexistencia del derecho para la reclamar la prestación económica, innominada, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, presunción de legalidad de los actos administrativos, y pago.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO: La Procuraduría 10 judicial I para asuntos del trabajo y de la seguridad social, expuso que atendiendo al contenido de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, de considerar procedente el reconocimiento de la pensión

reclamada, han considerarse afectadas por la prescripción, las causadas con anterioridad al 5 de noviembre de 2016.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el 22 de septiembre de 2021, luego de declarar probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado e inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolvió a Colpensiones de la totalidad de pretensiones elevadas en su contra por el actor, último a quien gravó en costas.

Consideró no probada la dependencia económica significativa, verdadera y constante del actor respecto al afiliado fallecido, en tanto que la testimonial recaudada presenta contradicción con las afirmaciones contenidas en el escrito seminal.

3o. CONSIDERACIONES

En consonancia con el objetivo del grado de jurisdicción de consulta, el problema jurídico consiste en determinar si está probado o no que el padre del afiliado fallecido dependía económicamente de él, a efectos de ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes. En caso afirmativo, cuál es el valor de las mesadas causadas.

La dependencia económicamente para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

Para la resolución del asunto planteado es imprescindible definir los contornos del objeto de prueba, esto es: la dependencia económica de que trata el literal d) inciso único del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que reza: “*A falta de cónyuge, compañero permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios [de la pensión de sobrevivientes] los padres del causante si dependían económicamente de éste”*; regulación pertinente dada su vigencia cuando falleció el afiliado al sistema de pensiones Luis Ernesto Peñaloza Leal el 2 de noviembre de 2002 (fl. 4).

La Corte Constitucional estudió el artículo en cita en la sentencia C-111 de 2006; providencia en la que declaró inexecutable las expresiones “*de forma total y absoluta*” que calificaban la dependencia económica en dicho canon. El alto tribunal precisó que la dependencia económica en estos casos consiste en la sujeción a los ingresos del hijo para el sostenimiento material, aun cuando el ascendiente cuente con ingresos propios pero **insuficientes para su autosostenimiento**, esto es, para salvaguardar las condiciones mínimas de subsistencia, los gastos propios de la vida.

Fiel a esa intelección constitucional la misma corporación anotó en la sentencia T-326 de 2013 lo siguiente: “*la dependencia económica se presenta cuando una persona demuestra: i) haber dependido de forma completa o parcial del causante; o ii) que a falta de la ayuda financiera del cotizante fallecido, habría experimentado una dificultad relevante para garantizar sus necesidades básicas, es decir, la dependencia económica se predica del que habría echado de menos los aportes del causante para satisfacer las necesidades básicas, en caso de la ausencia de éstos.*”

En esa línea de pensamiento es el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que en la sentencia SL17.178-2016 de noviembre 23 del año anterior, recordando su línea jurisprudencial reiteró que **el hecho de recibir dinero de otras fuentes no significa que los padres sean económicamente autónomos y puedan subsistir sin la ayuda de sus hijos**. Postura hasta hoy asentada, como se extrae del contenido de la providencia SL221 de 2021 en la que dicho juez colegiado reflexionó “*la dependencia económica que permite a los eventuales beneficiarios acceder al derecho pensional no es la absoluta y total por la falta de ingresos; o que el beneficiario pensional se encuentre en estado de «pobreza extrema», por ser claro que, si existen otros ingresos adicionales permanentes o esporádicos, ello no significa, necesariamente, que la persona se convierta en autosuficiente económicamente, conclusión atinada a la que arribó el Tribunal*”.

A la luz de esa orientación legítima debe establecerse en el *sub examine* si el demandante era autosuficiente en la satisfacción de los gastos necesarios para subsistir –*como estimó el A Quo-* o si, por el contrario, estaba supeditado a los aportes económicos del finado –*como se afirma en la demanda-*.

Los medios de prueba con que se cuenta en el proceso son testimonios, declaraciones de parte, documentos y los indicios que puedan deducirse.

El primer testigo en declarar fue **Jairo Evaristo Hernández**, de 72 años, quien dijo ser comerciante y amigo del demandante. Manifestó que lo conoce desde hace mucho tiempo por ser oriundos de la vereda y compañeros de labores en la “*hacienda los vados*” donde dijo haber laborado durante 15 o 20 años en oficios varios para la extracción de panela. Dijo que dejó de trabajar con el actor hace unos 30 años y que éste continuó viviendo en la vereda “*los vados*”, más o menos a 50 metros de su casa. Contó que el incoante tuvo cuatro hijos, uno de ellos Luis Ernesto, que catalogó como muy cumplido con el sustento del padre en comida, ropa, cumpleaños y demás; lo que dijo constarle porque el mismo actor les decía “*miren lo que me trajo Luisito*”. Preciso que Luis Ernesto vivían con sus padres en la misma vivienda y que desconoce la fecha de su muerte o un aproximado; sí indicó conocer que el obitado laboró un tiempo en la misma vereda. Expuso que la familia contaba con dos viviendas y en una residía Luis Ernesto con su madre y al lado el demandante. Aseveró que Miguel Antonio tiene más o menos 85 años, por lo que para el momento de fallecimiento de su hijo ya hacía parte de la tercera edad. Dijo desconocer la manera en la que aquel sobrevive en la actualidad, porque convive con las hijas, pero éstas tienen su obligación. Aclaró que desde que Peñaloza Parada dejó de trabajar se sostiene con la ayuda de sus descendientes y de los vecinos. Dijo visitar semanalmente al demandante. Afirmó haber asistido a la velación del fallecido e ignorar las razones de su muerte. En

todo caso, insistió en para que dicho espacio de tiempo, el afiliado convivía con su padre porque lo vio en su calidad de vecino.

El segundo testimonio es el de **Belisario Urbina Becerra**, de 58 años, también vecino del actor en la vereda “*los vados*” durante más de 25 años. Indicó que dejó de vivir en dicho lugar has más o menos 12 años y que Conoció al hijo del demandante -Luis Ernesto Peñaloza- como trabajador del “*Tejar Los Vados*”. Contó que hace más de 18 años falleció Luis Ernesto y que para ese momento vivía en la vereda con su madre y Miguel Antonio. Coincidió con el primer testigo al decir que éste último no labora hace más de 30 años y que subsiste con la poca ayuda que le dan los otros hijos (Doralba, Fanny y José Peñaloza). Agregó que desde que cesó su fuerza de trabajo, el actor garantizaba su subsistencia por parte de Luis Ernesto y que cuando éste murió, los demás descendientes se encargaron de él. Adujo que el fallecido era soltero, no tenía hijos y solo vivía con su madre. Dijo desconocer si Miguel Antonio tuvo otra relación sentimental luego de la ruptura con Doralisa Leal Luna.

A su turno, **Miguel Antonio Peñaloza Parada** absolvió el interrogatorio formulado por la demandada. Refirió que vivió con su hijo Luis Ernesto en el sector “*los vados*” hasta cuando falleció, cuya fecha dijo no recordar. Indicó que estuvo casado con Doralisa Leal Luna y se separó, pero que luego regresó a la casa porque el hijo estaba allí y era quien le brindaba todo lo necesario, incluso, lo llevaba al médico y en diciembre le daba regalos. Acotó que su familiar falleció a la edad de 30 años. Aseguró que se dedicada a trabajar en una hacienda pero que en actualidad y desde hace más de 30 años no lo hace por su avanzada edad y enfermedades que padece. Aclaró luego, que laboró en dicho lugar hasta el año 1982 más o menos, cuando sus patrones murieron. Afirmó que convive con las nietas y una hermana del finado que identificó como “*María Fanny*” y que por ellas logra sobrevivir.

Precisó que no reclamó con anterioridad el reconocimiento de la pensión porque la señora -sin especificar quién- ya lo había hecho.

De otro lado, como pruebas documentales se tienen: cédulas de ciudadanía (fls. 3 y 6); registros de nacimiento y defunción (fls. 4, 5, 7 y 8); partida de matrimonio (fl. 9); declaraciones extra judiciales (fls. 11 y 12); y Resolución GNR 359912 del 17 de noviembre de 2015 (fls. 13 y 14).

Analizado el elenco probatorio, debe decirse que la activa, como era su deber y especial interés omitió satisfacer la carga procesal de acreditar su dependencia económica respecto a su hijo Luis Ernesto Peñaloza Leal. Por consiguiente, resulta ajustada a derecho la decisión de primer grado.

En efecto, nótese en primera medida, como si bien los declarantes indicaron la declaración extra procesal rendida en la Notaría Única de Los Patios, que Luis Ernesto Peñaloza Leal “...era quien ayudaba económicamente a su señor padre” -refiriéndose al demandante-, lo que ratificaron en la diligencia de que trata el artículo 80 del CPTSS; ninguna explicación contundente sobre la ciencia de su dicho, esbozaron con claridad. Al contrario, de sus relatos se extractan contradicciones sumamente relevantes de cara a la realidad fáctica expuesta en la demanda.

Mírese como aun cuando en el hecho cuarto de dicho escrito introductor, el actor confiesa que “no vivía bajo el mismo techo con su hijo MIGUEL ANTONIO PEÑALOZA PARADA (sic), teniendo en cuenta que su relación marital con la señora DORALISA LEAL LUNA (q.e.p.d.) madre del causante LUIS ERNESTOS PEÑALOZA LEAL (q.e.p.d.) había cesado”, los testigos Jairo Evaristo Hernández y Belisario Urbina Becerra, afirmaron que el obitado siempre convivió con sus padres hasta la fecha de su muerte pues así presenciaron.

Obsérvese también que en el numeral séptimo de dicho apartado aseguró el protagonista procesal que “...*para la época del fallecimiento de su hijo MIGUEL ANTONIO PEÑALOZA PARADA (sic) dependía económicamente de éste para todo lo necesario para su digna subsistencia*” mientras que el deponente Urbina Becerra fue claro en revelar que además de Luis Ernesto, el actor recibía ayuda económica de sus demás hijos Doralba, Fanny y José Peñaloza, situación que incluso, se da en la actualidad.

Sobre este punto, llama la atención que, por un lado, los informantes afirmen fehacientemente que el referido fallecido costaba los gastos de alimentación, vestuario, servicios públicos y que su conocimiento era directo por su calidad de vecinos, y a su vez, ni siquiera pudieran dar a conocer un mínimo aproximado de dichos rubros o su periodicidad, limitándose a indicar el primer testigo, que eran el demandante quien decía “*miren lo que me trajo Luisito*”. Denota mayor inquietud que alguien que asegure visitar regularmente al demandante, en precisión de lo declarado por Jairo Evaristo Hernández “*semanalmente*”, ignore aspectos generales, como labores desempeñadas por aquél, posibles ingresos y/o fuente de subsistencia, empero, sí afirme conocer en forma detallada las supuestas necesidades cubiertas por el obitudo.

Son las anteriores incongruencias resaltadas, las que impiden revestir de credibilidad los testimonios de Jairo Evaristo Hernández y Belisario Urbina Becerra tanto en el trámite judicial como en la coincidente declaración extra procesal fechada del 3 de febrero de 2017 (fl. 11). Esto, en la medida que si en gracia de discusión se admitiera que en efecto, éstos presenciaron y estuvieron inmiscuidos en todas las circunstancias fácticas aducidas, igual resulta dudoso que tal conocimiento solo les permita dar fe respecto a las necesidades del actor cubiertas por su finado hijo Luis Ernesto Peñaloza, no así sobre las ayudas económicas provenientes de sus demás descendientes, más,

cuando existe percepción directa, cercana y frecuente de la dinámica familiar.

Todo ello los convierte en testigos de oídas, que naturalmente, ninguna convicción generan, en la medida que no dan fe de las situaciones contadas, por haberlas presenciado en sí, sino atendiendo a lo que terceros les manifestaban, que por demás, tampoco se halla amparado en otros medios de prueba.

En resumen de todo lo explicado, al no acreditarse la existencia de una ayuda relevante y constante de parte del afiliado fallecido con destino a su padre demandante, tampoco se puede inferir que posterior a su muerte, éste experimentó un estado calamitoso o extremo que le limitara la subsistencia, porque no existió *-o por lo menos no hay prueba de ello-*, que convergiera la real dependencia económica entre ambos, en los términos exigidos por la jurisprudencia. Orfandad probatoria que por su vaguedad, poca especificidad, contradicción entre sí y de cara al resto del elenco, da al traste con lo afirmado en el hecho décimo sexto de la demanda referente a que *“el aporte recibido era de tal connotación que se requería para su digna subsistencia”*.

Corolario lógico de lo anterior, deberá confirmarse la decisión de primera instancia, en cuanto denegó el derecho al pago de la pensión de sobrevivientes deprecado por falta de acreditación del requisito de dependencia económica.

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

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: Sin costas.

NOTIFÍQUESE.

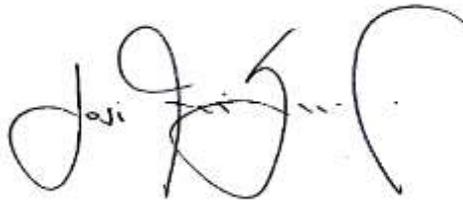
Los magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Géves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 22 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-002-2019-00489-00 promovido por **Armando Rodríguez López** contra la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección** y la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, surtir el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (fls. 64 a 82): Depreca el actor se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones; así como cualquier otro derecho que se halle demostrado por conducto de las facultades ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 18 de octubre de 1963, y se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS desde diciembre de 1980, del que mutó en abril de 1997 con destino a la administradora Protección. **2) Que** nunca fue advertido de los efectos negativos que conllevaba el traslado. Indica

que dicho movimiento no fue libre ni voluntario al no mediar una verdadera asesoría sobre los riesgos y consecuencias que acarrearía dicho cambio; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera nulidad de dicho acto. **3) Que** petitionó a las convocadas a juicio la nulidad del traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido, admitiendo como únicos hechos ciertos los relativos a la edad, fechas de afiliación al RPM, traslado hacia el RAIS y la reclamación administrativa elevada por el actor. Argumentó que éste se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria. Señaló que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas de las cuales desconoce su veracidad y de la que no existe fundamento que permita la declaratoria de nulidad. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y la genérica (fls. 117 a 123).

Igualmente, **Protección** se opuso a las peticiones. Admitió la edad del actor, su afiliación al RPM y data de traslado al RAIS. Sobre la vinculación a la entidad, explicó que se hizo de conformidad con la normatividad vigente en ese momento, por lo tanto, no hay lugar a decretar la nulidad en los términos solicitados, ni a acceder a las demás súplicas. Más, afirma, cuando el término previsto para este tipo de reclamos se encuentra afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción. Sobre los demás factuales dijo que no son ciertos. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la genérica (fls. 151 a 161).

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 22 de septiembre de 2021, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual que el accionante surtió con el fondo de pensiones Protección. Condenó al fondo privado a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de aquella, como cotizaciones, bonos pensionales, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado de la accionante del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas a la AFP de naturaleza privada.

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

RECURSOS DE APELACIÓN: Colpensiones busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado del incoante a la luz de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó literal e), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al establecer que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la pensión de vejez, evento que satisface el accionante al encontrarse en el rango de edad prescrito. En cuanto a la ineficacia del traslado, indica que no es viable, en la medida que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, ya que, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección

en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su artículo 48. Asevera que a partir del acto de traslado, el afiliado contaba con la carga ineludible de ejercer diligencia y cuidado en los casi 20 años que se mantuvo en el RAIS, pudiendo haber probado que realizó actos tendientes a mejorar su situación pensional, lo que no ocurrió. Añade que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque la entidad tendría que asumir la diferencia monetaria entre la mesada pensional causada en el RAIS de cara a la que llegare a liquidarse en el RPM. Más, cuando afirma, está plenamente probada la configuración del fenómeno extintivo de la prescripción.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Colpensiones replicó los argumentos expuestos en la apelación elevada ante el *a-quo*. Mientras que el actor solicitó la confirmación de la sentencia.

La AFP Protección no alegó de conclusión.

3o. CONSIDERACIONES

Deberá establecerse si el traslado del petente del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual, ante Protección, adolece o no del consentimiento informado del mismo. En ese orden, se verificará también, si resulta viable o no que la encartada del RAIS restituya lo

descontado por concepto de gastos de administración, comisiones y primas. Asimismo, si la condena en costas resulta ajustada a derecho.

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral aclaró en esos pronunciamientos, que el simple consentimiento vertido en los formatos del traslado de régimen pre impresos

por las administradoras pensionales, no daban por demostrado el deber de información frente al afiliado, ya que, si bien acreditaban un consentimiento, lo cierto que no probaban que este hubiere sido informado.

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

Así, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad en el sub lite, está en cabeza de las AFP Protección, al argumentar el demandante que se omitió información a la hora de trasladarse. Atendiendo entonces, la carga de la prueba mencionada, se hace necesario verificar si el consentimiento que dio Armando Rodríguez López para hacer efectivas las mutaciones de régimen pensional, fue informado, es decir, si la AFP codemandada cumplió o no con su deber legal de información a partir del precedente judicial de la alta corporación en la especialidad y, de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Se tiene que la actora suscribió un formulario de afiliación ante Protección, el 18 de abril de 1997, data en la que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias

mencionadas, le correspondía a la AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que la encartada no le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a ésta desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron al accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

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

No asumió entonces Protección la carga de desvirtuar, como le correspondía, los hechos aducidos por la deprecante como sustento de su pretensión, demostrando para ello lo contrario, esto es, que cumplió con su deber de información, toda vez que, no bastaba con que señalara en su contestación de demanda que sí brindó la asesoría en donde le explicó en concreto, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin arrimar medio de convicción alguno. Téngase presente que afirmar no es probar. Debió haber desplegado un importante esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido efectuó. Lo cual no ocurrió.

En conclusión, el fondo de pensiones convocado a juicio, se sustrajo al momento de suscribir el formulario de traslado y en perjuicio del demandante, de suministrar información relevante con la finalidad de promover su cambio de régimen, es decir, faltó a su deber de ilustrar sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de ellos. No se puede predicar que

existió una decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, siendo que tal es un presupuesto de eficacia jurídica de tal acto.

No resulta de recibo en consecuencia, el dicho de Colpensiones sobre la imposibilidad del traslado luego que le faltaren menos de 10 años al afiliado para alcanzar la edad, ya que, de que se trata es de la ineficacia de un acto, valga decir, de la inexistencia del mismo (traslado). Igual suerte corre la afirmación de que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, al realizarse ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su art 48, habida cuenta de que, como ha quedado establecido, si bien pudo existir un consentimiento el mismo no fue informado como lo demanda la jurisprudencia respectiva. Menos puede aceptarse que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque ningún medio de convicción se arrimó sobre ello.

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

Suficiente lo expuesto para confirmar la decisión del *A-Quo* en lo que se refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del régimen de prima media al RAIS.

Al determinarse entonces, que el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su momento la AFP Protección, con el deber de información, deberá ésta como administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Armando Rodríguez López, devolver todas las prestaciones que de la afiliada hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

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

Y, como la irregularidad en el acto objeto de debate, se itera fue por conducta indebida de la administradora privada, ésta también debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

A partir de lo anterior, no tiene acogida la afirmación de la codemandada perteneciente al RAIS, de que lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual y no los gastos de administración y primas, que si bien es cierto dicen, ingresan a su patrimonio son para remunerar y cubrir los costos y gastos en que incurrieron para tal fin y que de hacerse, originaría su empobrecimiento injustificado, porque como ha quedado elucidado, las irregularidades presentadas en el acto de traslado les son totalmente achacables, debiendo asumir las mermas sufridas por el capital aportado, destinadas a los gastos de administración y primas.

Consulta.

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

Condena en costas a Colpensiones en primera instancia.

El artículo 365 del Código General del Proceso consagra un criterio objetivo para la imposición de las costas, orientado a que éstas sean cubiertas por la parte que pierde el litigio. Como las pretensiones prosperaron en este juicio, habiéndose opuesto a ello la AFP del RPM no cabe duda que debe ser condenada al pago de las costas del proceso en primera instancia.

En síntesis, como no se encontró que el cambio de sistema pensional se hubiere celebrado con el cumplimiento del deber de información, resulta ajustada a derecho la intelección que, frente a dicho tópico, efectuó el juez de primera instancia, siendo ineludible la confirmación íntegra de dicha decisión.

Por último, con fundamento en el aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas a Colpensiones y Protección, por cuanto sus apelaciones resultaron imprósperas. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una \$400.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

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

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G .

Nidiam Belén Quintero Géives



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso ordinario - Rad. 54-001-31-05-002-2021-00114-01

Demandante: Jorge Isaac Arango Camacho

Demandado: CAM Colombia Multiservicios S.A.S. y Centrales Eléctricas de Norte de Santander –CENS-

Cúcuta, dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

1º. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 12 de mayo de 2021, proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

2º. ANTECEDENTES

El actor presentó demanda contra CAM Colombia Multiservicios S.A.S. y solidariamente frente a Centrales Eléctricas de Norte de Santander - CENS, buscando sean condenadas a **(i)** reintegrarlo a su trabajo y reubicarlo a un cargo acorde con su estado actual de salud, **(ii)** cancelar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la data del despido y hasta cuando se materialice el reintegro, así como **(iii)** las cotizaciones a la seguridad social, más **(iv)** perjuicios morales tasados en cien SMLMV. Subsidiariamente -anotando el término “secundarias”- demanda el reconocimiento de **(i)** salarios insolutos entre el 2 de septiembre de 2017 -*fecha del despido*- y marzo 25 de 2019 -*cuando culminó la ejecución del contrato civil entre las codemandada*-, **(ii)** prestaciones sociales y

aportes a la seguridad social y **(iii)** daños de tipo moral por valor de 120 SMLMV.

Al estudiar la demanda el *A Quo* consideró que esta adolecía de deficiencias por no acreditar el cumplimiento de requisitos formales en los términos del CPTSS. Por consiguiente, resolvió inadmitirla y concedió cinco (5) días para subsanarla en lo siguiente:

(...)

- 1. No se cumple con los requisitos de precisión y claridad dispuestos en el numeral 6 del artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la medida en que el numeral 4 de las pretensiones relacionadas como principales, así como el numeral 4 de las pretensiones relacionadas como secundarias; contienen varios conceptos cuya identificación, causación y cuantía deben estar determinados claramente y por separado.*
- 2. Si bien el apoderado manifiesta haber radicado un derecho de petición ante CENTRALES ELÉCTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER S.A. ESP –CENS S.A. E.S.P., para lo que aporta constancia de correo electrónico remitido el día 14 de enero de 2021, no existe y tampoco se aporta prueba del escrito remitido, a fin de que este Juzgado pueda determinar si se dio cumplimiento o no al agotamiento de la reclamación administrativa ante dicha entidad”.*

La activa en cumplimiento del requerimiento efectuado, el 27 de abril de 2021 remitió un nuevo escrito de demanda. No obstante, a través de proveído del 12 de mayo de la presenta anualidad, el sentenciador de primer grado dispuso el rechazo del libelo genitor al estimar que solo se subsanaron dos de las tres deficiencias evidenciadas, dígase, (i) lo relativo con el poder y (ii) la prueba del derecho de petición elevada. En tal línea, argumentó que pese a haberse advertido, el segundo texto introductor continúa careciendo de claridad y precisión respecto al contenido de las pretensiones del numeral cuarto, relacionadas como principales y secundarias.

Contra esa decisión el protagonista procesal interpuso el recurso de apelación. Sustentó que se hicieron las correcciones y modificaciones sugeridas por el Despacho, y que el reclamo de las prestaciones sociales se incluye como pretensión principal y subsidiaria porque así lo permite la normatividad laboral. Discute que el rechazo de la demanda impide hacer efectivo el derecho sustancial que le asiste, por lo que solicita la revocación del auto con la consecuencia directa de considerar acreditados los requisitos del artículo 25 del CPTSS.

Por auto del 2 de septiembre de 2021 se concedió la alzada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: No fueron presentados.

3º. CONSIDERACIONES

El problema jurídico consiste en determinar si la activa subsanó o no dentro del término legal las deficiencias de la demanda reseñadas por el juzgado de conocimiento. En caso negativo, si la consecuencia procesal es el rechazo del libelo seminal.

El artículo 25 del CPTSS modificado por 12 de la Ley 712 de 2001, contempla los requisitos formales que debe cumplir la demanda. A su turno, el artículo 28 de la misma codificación reformado por el artículo 15 de la citada ley, establece como la consecuencia procesal de la inobservancia de las anteriores exigencias, la devolución de la demanda al interesado a efectos de que en el término perentorio de cinco (5) días subsane las falencias detectadas en el escrito introductorio, y, el inciso 4º del artículo 90 del CGP aplicado a la presente actuación por remisión del artículo 145 del CPTSS debido a la falta de regulación esta codificación, expresa *“En estos casos el juez señalará con precisión los defectos de que adolezca la demanda, para que el demandante los subsane en el término de cinco (5) días, so pena de rechazo. Vencido el término para subsanarla el juez decidirá si la admite o la rechaza”*.

Ahora, respecto a la acumulación de pretensiones en materia laboral, se tiene previsto en el artículo 25A del CPTSS, que el demandante podrá

acumular en una misma demanda varias de tales contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) que el juez sea competente para conocer de todas, 2) que no se excluyan entre sí, **salvo que se propongan como principales y subsidiarias**, y 3) que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Estimando el recurrente que subsanó dentro del plazo otorgado los yerros de la demanda en atención a las pautas contenidas en el proveído inadmisorio, es claro que le asiste razón, como en efecto pasa a explicarse.

En sub iudice, como se rememoró, las peticiones elevadas son de dos tipos, a saber, a) **principales** encaminadas a obtener **(i)** reintegro y reubicación, **(ii)** pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la data del despido y hasta cuando se materialice el reintegro, **(iii)** cotizaciones a la seguridad social y **(iv)** perjuicios morales tasados en 100 SMLMV; y **b) subsidiarias** enfocadas en percibir **(i)** salarios insolutos entre el 2 de septiembre de 2017 *-fecha del despido-* y marzo 25 de 2019 *-cuando culminó la ejecución del contrato civil entre las codemandadas-*, **(ii)** prestaciones sociales y aportes a la seguridad social y **(iii)** daños de tipo moral por valor de ciento SMLMV. Petitum b) que fundamenta puntualmente en el hecho de que ***“el contrato CONTROL PERDIDAS CÚCUTA CT No-2017-000028, suscrito entre CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S, con la empresa C.E.N.S., ya culminó, en fecha 25 de marzo de 2.019, que se condene a pagar a la empresa CAM COLOMBIA MULTISERVICIOS S.A.S y en solidaridad a C.E.N.S, los salarios dejados de percibir por parte de mi representado, desde el día 02 septiembre de 2.017, hasta el día 25 de marzo de 2.019, momento que culminó dicho contrato”***.

A partir del anterior derrotero fáctico, se infiere sin mayor esfuerzo que lo reclamado por el actor como principal, no es otra cosa que la reinstalación en el cargo que venía desempeñando con antelación a su despido –materializado el 1° de septiembre de 2017-, y como

consecuencia de ello, el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre dicha data y el momento del reintegro efectivo, así como las cotizaciones al sistema general de seguridad social, más los perjuicios morales que estima en cien SMLMV. Y, en forma subsidiaria, la indemnización por despido sin justa causa que como lucro cesante comprende los salarios causados entre el 1° de septiembre de 2017 –fecha de desvinculación- y el 25 de marzo de 2019, cuando se extinguió el contrato de naturaleza civil celebrado por las codemandadas que dio lugar a su ingreso como empleado.

Ahora, en cuanto a las prestaciones sociales reclamadas en forma subsidiaria, es claro que tales no proceden cuando no se persigue la continuidad de la relación laboral porque justamente, se causan en vigencia del contrato de trabajo. Así, debe entenderse que la única pretensión reclamada bajo tal égida es la indemnización de que trata el artículo 64 del CST. Porque, justamente, ningún sentido tiene que plasmándose desde un principio como principal el pedido de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social en razón de la reinstalación del trabajador, se insista en obtener idénticos conceptos bajo el escenario de la finalización unilateral e injustificada de la relación laboral

Al respecto, ha de precisarse que aun cuando el escrito de demanda adolece de una claridad suficiente, de cara a los principios que rigen la especialidad laboral, corresponde al juez en su calidad de director del proceso, interpretar las manifestaciones de los sujetos en litigio, debiendo aplicar en cada caso concreto, la consecuencia procesal pertinente.

Sobre este punto importa traer a colación lo enseñado por la Corte Constitucional, verbigracia, en sentencia T-352 de 2012, con relación al exceso ritual manifiesto, que indica, resulta contrario a los postulados del debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Carta Política en tanto se revela contrario a la prevalencia del derecho sustantivo ordenada en el 228 ibídem. Principio que, además, obliga al administrador de justicia a interpretar las demandas, los actos procesales y las pruebas que no

ofrezcan la claridad suficiente para poner en marcha el proceso, lo cual es consecuente con el deber de administrar justicia consagrado en la constitución y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo.

Recuérdese que el derecho fundamental de acceso a la justicia se ve lesionado no sólo cuando se desconocen las formas propias de cada juicio, sino también cuando el juez se excede en ritualismos, en virtud de lo cual se obstaculiza el goce efectivo de los derechos de los individuos por motivos formales.

No significa el anterior derrotero que se acojan los fundamentos de la alzada, porque aun cuando es cierto que la norma sustancial laboral permite el reclamo de las prestaciones sociales por parte del trabajador, ello no significa *per sé* que el pedido de dichas acreencias permita inobservar las reglas de presentación de la demanda y debida acumulación de pretensiones. Sucede es que en aras de no sacrificar el derecho sustancial por un exacerbado apego a la ritualidad, además de proteger las garantías fundamentales del demandante al debido proceso y acceso a la administración de justicia, se torna imperioso revocar la decisión de rechazo de demanda adoptada por el operador judicial de primera instancia debiendo en su lugar entenderse por cumplidos la totalidad de requisitos pedidos en auto fechado del 23 de abril de 2021 y, admitir la demanda por cumplimiento de los menesteres de que trata el artículo 25 del CPTSS.

En consecuencia, sin lugar a mayores elucubraciones, se revocará el auto del 12 de mayo de 2021, se admitirá la demanda y se dispondrá la devolución del expediente al despacho de origen para que se continúe con el trámite correspondiente.

Sin costas en esta instancia por la prosperidad del recurso.

4º DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** el auto del 12 de mayo de 2021 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del circuito de Cúcuta, y en su lugar **ADMITIR** la demanda ordinaria laboral de primera instancia instaurada por Jorge Isaac Arango Camacho contra CAM Colombia Multiservicios S.A.S. y solidariamente frente a Centrales Eléctricas de Norte de Santander -CENS, por reunir los requisitos del artículo 25 del CPTSS y del Decreto 806 de 2020.

Notifíquese personalmente este auto admisorio y córrase traslado de la demandada 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, de cara a lo dispuesto por el artículo 8° del Decreto 806 de 2020.

SEGUNDO: Una vez surtido el trámite respectivo, deberá el operador jurídico de instancia continuar con las etapas procesales correspondientes.

TERCERO: Sin costas.

NOTIFIQUESE.

Los magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

Nidiam Belén Quintero Géives

José Andrés Serrano Mendoza

José Andrés Serrano Mendoza

KatyM.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso Ejecutivo Rad. 54001-31-05-002-2021-00223-01

**Ejecutante: Administradora de Fondos de Pensiones y
Cesantías Protección S.A.**

Ejecutado: Jesús Andrés Dumes Montero

Cúcuta, dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

1º. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 22 de julio de 2021, del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

2º. ANTECEDENTES

Soportada en la mora en el pago de aportes pensiones y la liquidación de los mismos fechada del 3 de junio del año en curso, la AFP ejecutante solicita se libre mandamiento de pago en su favor y en contra del convocado a juicio, por \$10.882.840 a título de capital de cotizaciones obligatorias impagas entre abril de 1994 y diciembre de 2020, e intereses moratorios por valor de \$11.149.000. Para ello adujo que, pese a agotarse las gestiones de cobro pre jurídico en los términos dispuestos por la normatividad vigente, el empleador accionado continúa renuente al cumplimiento de su obligación.

Por auto del 22 de julio de 2021, el juzgador de conocimiento se abstuvo de librar orden de apremio. Consideró que la dirección a la que fue remitido el requerimiento previo que se presenta como título base objeto de recaudo, no guarda correspondencia con la nomenclatura de notificaciones judiciales plasmada en el último certificado de matrícula mercantil renovado por el comerciante, y en tal medida, dice, al no existir certeza sobre el recibo efectivo por parte del deudor, no se cumplen las exigencias previstas en el artículo 5° del Decreto 2633 de 1994.

La anterior decisión no fue del agrado de la activa, quien buscando su revocatoria, interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación. Sostiene que cumplió a cabalidad con los requisitos de ley dado que el requerimiento se envía a la dirección que el empleador suministra al momento de la afiliación al fondo, siendo que en el sub iudice, la trazabilidad del servicio de mensajería cuenta con la anotación “*entregado*”. Por auto del 9 de septiembre de 2021, la primera instancia denegó la reposición concediendo la alzada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: No fueron presentados.

3°. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo anterior, se encuentra que el eje central del presente litigio radica en determinar si el trámite pre judicial adelantado por la AFP incoante en procura de recaudar los aportes pensionales adeudados, cumple o no con las exigencias legales previstas que den lugar a librar orden de apremio con apego en la liquidación presentada como título ejecutivo.

En tal sendero, comoquiera que la obligación cuyo cumplimiento se demanda guarda relación con el pago de aportes para pensión, además de examinar el contenido del artículo 100 del CPL, que establece: “*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”, se hace necesario acudir al 24 de la Ley 100 de 1993, cuyo literal reza: “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”.

Asimismo, al 2° del Decreto 2633 de 1994 que reglamentó la disposición en cita, precisando que: *“vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá, **si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993”.*** -Se destaca-

Bajo esos parámetros, diáfano deviene que para que exista título ejecutivo relacionado con el cobro de deudas pensionales cuyo recaudo corresponde a la respectiva administradora de fondos de pensiones, se requiere el agotamiento de dos etapas ineludibles, cuales son:

1. Una vez evidenciada la mora en la consignación de aportes pensionales, han de agotarse las acciones persuasivas frente al deudor con aviso de incumplimiento, que tiene como finalidad incentivar el pago voluntario o promover el reporte de las novedades que les permitan a las AFP depurar la información de la deuda presunta. Y,
2. La expedición dentro de los quince (15) días siguientes, contados a partir de la data de notificación del evasivo empleador, de la liquidación que corresponde a las cotizaciones en mora, que preste mérito ejecutivo.

Sobre la primera exigencia (requerimiento al empleador), el mencionado artículo 5° del Decreto 2633 de 1994, solo demanda que la AFP dirija

comunicación al empleador moroso. No obstante, resulta obvio que la intención del legislador al estipular la necesidad de agotar un requerimiento pre judicial frente a dicho empleador, tiene como fin primordial el que ese destinatario del cobro de aportes pensionales tenga la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción, que solo se entiende materializado siempre y cuando exista certeza de que el aviso correspondiente fue puesto en conocimiento de aquél.

Por manera que cuando se llega al caso presente y se observa que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., realizó el requerimiento de los aportes en mora, previsto en el artículo 5° del decreto 2633 de 1994 a Jesús Andrés Dumes Montero, remitiendo a través de la empresa de correo certificado Servientrega, comunicación a dirección distinta de la registrada en el certificado de registro mercantil del ejecutado, límpido deviene que las acciones persuasivas de contacto al deudor, no están agotadas dentro de los términos legales. Esto, más allá de que la guía de mensajería tenga la anotación de “*ENTREGADO*” en fecha 24 de febrero de 2021.

Mírese que, del contenido del registro mercantil de persona natural aportado por la propia AFP, se colige que hasta el 29 de mayo de 2015 -data de la última renovación-, Jesús Andrés Dumes Montero plasmó como dirección del domicilio principal y para efectos de notificaciones judiciales la Avenida Santander 9-59 de Pamplona, Norte de Santander. Y pese a tener conocimiento de tal circunstancia fáctica, la activa determinó enviar el requerimiento a la Calle 0 AN 4E 76 U. BUS de Cúcuta.

Así, no resulta de recibo el argumento esbozado por la AFP respecto a que agotó el trámite de notificación en la última nomenclatura porque esta fue registrada por el empleador al momento de perfeccionar la afiliación, quien, por demás, canceló su matrícula en la Cámara de Comercio. Puesto que, además de no allegarse junto con la demanda

prueba alguna del suministro de tal dirección en forma primigenia, ciertamente, la referida como lugar de notificación judicial es el sitio en que con mayor facilidad se puede lograr la intimación personal del sujeto.

Y es que ni siquiera hay descripción expresa de los documentos que se remiten y entregan al destinatario, a fin de establecer que al demandado se le dio a conocer el requerimiento. Más, cuando la persona que recibió ese contenido se identificó como Gladys Villamizar, quien no refirió *-o por lo menos así no se plasmó en el documento-* parentesco, vínculo comercial o subordinación laboral con el demandado.

En el anterior orden de ideas, resulta obvio que la finalidad del artículo 5° del decreto 2633 de 1994, tendiente a que de manera efectiva, el empleador moroso tenga oportunidad de cumplir su obligación o controvertirla, no quedó acreditada por la AFP actora pues, no hay certeza respecto del contenido del sobre que por la empresa de correos Servientrega se le remitió a Jesús Andrés Dumes Montero ni se tiene conocimiento de que la persona que recibió la encomienda tuviera alguna relación con él.

Por fuerza de lo dicho, acertada resulta la intelección del Juez *A Quo* al negar la solicitud de mandamiento de pago por falta de acreditación de los requisitos legales del título ejecutivo presentado, por lo cual procede su confirmación.

Sin costas en esta instancia por no haberse trabado la litis.

4° DECISIÓN

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 22 de julio de 2021 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en cuanto se abstuvo de librar mandamiento de pago ejecutivo.

SEGUNDO: Sin costas.

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

NOTIFÍQUESE

Los magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se surte el grado de jurisdicción de consulta de la sentencia del 3 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado 54-001-31-01-05-003-2015-00544-00 promovido por **Yohn Gerardo Muñoz Carreño contra Termotasajero S.A. E.S.P.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (Fls. 88 al 98) Depreca el actor se condene a Termotasajero S.A. E.S.P a reconocerle, liquidarle y pagarle la nivelación del salario básico mensual que devenga desde el 1° de junio de 2010, fecha en la que fue ascendido al cargo de Operador Auxiliar de Sala de Mandos, en las mismas condiciones del salario básico mensual de Alonso Hernández Jáuregui. También que se condene a la demandada a reconocerle, liquidarle y pagarle el reajuste de la prima de antigüedad y desgaste físico, de acuerdo al artículo 22 de la Convención Colectiva, la prima de servicios, cesantías, (artículo 23 de la Convención Colectiva), intereses sobre las cesantías (artículo 26 Convención Colectiva), recargos nocturnos, horas extras, festivos y dominicales, la indexación de cada uno de los valores que se reajusten desde la fecha en que se causó el derecho hasta la data en que efectivamente se

produzca el pago, la liquidación de las acreencias laborales de acuerdo al artículo 50 del CPTSS. Montos que pide sean calculados de acuerdo al reajuste salarial.

Adujo para ello: **1) Que** el 1° de abril de 2008, mediante contrato de trabajo a término indefinido ingresó a laborar en la Central Térmica Termotasajero S.A. ESP, ubicada en la vereda Puente Zulia de San Cayetano, asignado al área de operaciones en el cargo de operador auxiliar caldera. Que luego fue operador turbogrupos hasta el 28 de febrero de 2010 y a partir del 1° de junio de ese mismo año, ascendió mediante concurso interno de la empresa al cargo de operador auxiliar sala de mandos, cargo que ejerce actualmente sin que se le hubiere incrementado el salario básico mensual. **2) Que** el último cargo referenciado está ubicado dentro del 4 nivel del área de operaciones y que dentro de la misma existen trabajadores que ejercen cargos de inferior categoría y devengan un salario básico mensual superior al suyo, pese a tener menos responsabilidades, capacidad y experticia. Por ejemplo dice, Ciro Duarte Escalante y Alonso Hernández Jáuregui ejercen el cargo de operadores de equipos auxiliares y devengan mensualmente un salario de \$2.027.190, siendo el suyo de \$1.278.337. **3) Que** ha solicitado el incremento o nivelación de su salario básico mensual con el de los trabajadores Duarte Escalante y Jáuregui Hernández, atendiendo a que a mayor nivel mayor responsabilidad, mayores requisitos, formación académica, competencia y, en general para que sea remunerado proporcionalmente a la cantidad y calidad del trabajo como lo dispone la Ley 1496 de 2011, donde se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación en materia salarial. Solicita se tengan en cuenta los factores de valoración salarial del artículo 4 de la norma en cita. **4) Que** actualmente acredita y ha puesto al servicio de la demandada, aptitud profesional y conocimiento adquirido en tanto es tecnólogo de electromecánica y realizó curso de operación de calderas acutubulares y sistema de ovación Termotasajero, y, los trabajadores con quienes pretende se le nivele el salario solo tienen bachillerato académico. **5) Que** se encuentra afiliado a la organización sindical que rige las relaciones laborales con

Termotasajero S.A. ESP y por consiguiente es beneficiario de las garantías extralegales contempladas en la Convención Colectiva de Trabajo de 1° de marzo de 2000 al 27 de febrero de 2002, la cual ha se ha venido prorrogando en forma automática en periodos sucesivos en los términos del artículo 478 del CST.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 291 al 300) **Termotasajero S.A. ESP** se opuso a todas las pretensiones. Adujo que el salario que actualmente devenga el demandante desde el 16 de junio de 2010 es el asignado para el cargo. Manifiesta que las diferencias salariales existentes entre el actor y los trabajadores con los que se compara obedecen a consideraciones absolutamente objetivas que las justifican. Explica que no es posible equiparar el cargo de operador de equipos auxiliares con el de auxiliar sala de mandos, pues ni siquiera desarrollan las mismas funciones. Dice que las diferencias salariales se presentan porque los trabajadores **Ciro Duarte Escalante** y **Alonso Hernández Jáuregui** cuentan con un experiencia superior a 15 años a la que tiene el demandante, y, no eran beneficiarios de la convención colectiva suscrita con la organización sindical **SINTRAELESCOL**, lo que conllevó a que no percibieran las mismas prebendas que los demás empleados sindicalizados, razón por la que con ellos se convino un salario que además de retribuir la labor ordinaria compensara en alguna medida el que no recibieran beneficios extralegales.

Explicó que para el 14 de mayo de 2013, los mencionados se afiliaron a la referida organización sindical, lo que les permitió acceder al salario convencional designado para el cargo desempeñado, sin que fuere posible dejar de cancelar la asignación salarial anterior. Indicó que si bien el demandante elevó petición en respuesta a su solicitud se le informó sobre las razones de hecho y de derecho que hacían improcedentes sus aspiraciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, el 3 de marzo de 2020 declaró que la controversia

corresponde a un conflicto económico excluido del conocimiento de la jurisdicción laboral en los términos del artículo 3° del CPTSS.

Consideró que de acuerdo al artículo 228 superior, la decisión de los jueces laborales debe sustentarse en hacer efectivo los derechos y garantías contempladas en las normas sustanciales, en la convención colectiva de las partes, el pacto colectivo, o en los acuerdos de transacción o conciliación que se consagre a favor del trabajador, por lo que su potestad de administrar justicia se encuentra supeditada a los conflictos jurídicos. Manifiesta que el juez no es creador de derechos, sino que hace efectivos los que en la estructura normativa se encuentran establecidos. Concluyó que al no ser posible resolver la controversia suscitada a partir del artículo 143 del CST ni tampoco de las normas estipuladas en la convención colectiva de trabajo que rige a los trabajadores de Termotasajero S.A. ESP en la medida que no regula la nivelación salarial para los trabajadores que desempeñen una función en un cargo superior respecto a los que ostenta un cargo inferior, y no se producen las circunstancias para determinar el derecho de trabajo igual y salario igual, la controversia corresponde a un conflicto económico razón por la que se abstiene de resolver sobre el mismo porque no hay una norma jurídica que regule la situación planteada en este caso.

3o. CONSIDERACIONES

Como se reseñó, la autoridad judicial efectuó pronunciamiento inhibitorio respecto de las pretensiones incoadas por el actor, bajo la intelección de constituir las mismas un conflicto netamente económico que desborda el ámbito de competencia del juez laboral. Situación fáctica que aun cuando técnicamente no constituye resolución de fondo sobre el litigio planteado, sí es factible asemejar a una negativa del petitum en la medida en que, por su naturaleza, las decisiones inhibitorias constituyen una denegación de resolución sustancial que mientras no emane de una razón jurídica válida

“constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella” (sentencia C-666/1996). Por tanto, imperioso se torna dar aplicación a la institución jurídica del grado jurisdiccional de consulta como mecanismo de revisión oficiosa de la decisión adoptada por la *A Quo*, en aras de constatar si se incurrió o no en un error que vulnere derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador.

En tal sendero, siendo claro que el soporte fáctico y jurídico de la decisión se enfocó en la existencia de un conflicto económico y no jurídico, último escenario que avala la intervención del operador judicial en la controversia suscitada, necesario deviene contextualizar sobre ambos conceptos a fin de verificar si se está frente al primero de ellos –como lo concluyó la juez- o si resulta factible resolver de fondo la litis con apego en lo establecido por el numeral 1° del artículo 2° del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Por sabido se tiene que la pugna jurídica guarda relación con la aplicación o interpretación de una disposición normativa prevista en cualquiera de las fuentes del derecho que compone el ordenamiento jurídico en su especialidad laboral, a saber, ley, convención o pacto colectivo, contrato individual de trabajo, reglamento interno de trabajo, laudo arbitral, entre otros. De ahí que, al perseguirse el reconocimiento de una prebenda particular preestablecida por el legislador, corresponde al juez laboral o al tribunal de arbitramento, según sea el caso, decidir en derecho sobre la eventual procedencia de la pretensión.

Por su parte, los conflictos de naturaleza económica, excluidos del conocimiento del sentenciador laboral por disposición del artículo 3° del CPTSS, no emanan de la interpretación o aplicación de un tópico normativo, al contrario, persiguen la mejora de las condiciones de trabajo existentes y/o creación de nuevos compromisos encaminados a satisfacer intereses económicos previo al adelanto de negociaciones directas entre empleadores y subordinados. Trámite que, por lo general, inicia con la presentación de

pliego de peticiones de parte de un grupo representante de los intereses de los trabajadores, y finaliza con un pacto o convención colectiva que consigna los puntos acordados.

Por manera que, cuando bajo el amparo de las anteriores premisas se llega al caso presente encontrando que lo perseguido por el protagonista procesal es la nivelación salarial de cara al principio comparativo de “*a trabajo igual, salario igual*”, junto con el consecuencial reajuste de prestaciones sociales, prima de antigüedad, dominicales y festivos, entre otras acreencias; diáfano deviene que contrario a lo reflexionado en la primera instancia, se está frente a un litigio netamente jurídico que corresponde resolver de fondo al juez del trabajo y de la seguridad social.

En efecto, existe discrepancia entre los sujetos procesales por el pago de acreencias laborales que el trabajador considera válidamente causadas bajo el amparo del artículo 143 del CST. Esto es, se está frente a un interés concreto definido en una norma preexistente cuya interpretación se radica en cabeza del togado. Nótese incluso, que ninguna discusión o reproche se extrae del escrito primigenio de demanda respecto a la existencia de la convención colectiva de trabajo que hasta estos tiempos gobierna las condiciones laborales de la planta de personal de Termotasajero S.A. ESP, pues, solo se hace alusión a dicho compendio para deprecar el reajuste de prebendas laborales allí previstas (como la prima de antigüedad) que naturalmente resultan afectadas de acogerse la pretensión principal de nivelación salarial en tanto que para su liquidación se utiliza el salario básico devengado por el actor.

Así las cosas, al enmarcarse la discusión en la aplicación de un postulado normativo frente al interés concreto y particular de un trabajador y no de intereses económicos comunes por satisfacer, es evidente que el conflicto no resulta ajeno a la jurisdicción del trabajo y por tanto, era deber del operador judicial a cuyo conocimiento se le asignó, el resolver de fondo la litis. Como

ello no ocurrió, se decidirá en esta instancia en pro de garantizar al ciudadano el acceso efectivo a la administración de justicia.

En tal línea, sea lo primero indicar, que no es objeto de discusión la existencia de una relación laboral entre las partes en conflicto, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 01 de abril del 2008 (fls. 5 al 10) como Operador Auxiliar Caldera, luego Operador Turbogrupos hasta el 28 de febrero de 2010 y a partir del 16 de junio de 2010 ascendió al cargo de Operador Auxiliar Sala de Mandos mediante concurso interno de la empresa el cual ejerce actualmente con una asignación salarial básica de \$1.278.337 al 2015 (fl 11 al 25). Tampoco, la existencia de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre Termotasajero S.A. ESP y el Sindicato de Trabajadores de la Electricidad de Colombia “Sintraelec” con vigencia entre el 1º de marzo de 2000 y el 28 de febrero de 2002, que se ha venido prorrogando automáticamente por períodos sucesivos de seis meses en seis meses de cara a lo establecido en el artículo 478 del CST.

Se encuentra igualmente probado y aceptado por la demandada que los trabajadores Duarte Escalante y Jáuregui Hernández, devengan un salario básico superior al del demandante, argumentando que tal situación obedece a que cuentan con experiencia superior a 15 años adicionales en comparación con el accionante, y que hasta el 14 de mayo de 2013 adquirieron la condición de sindicalizados, lo que les permitió acceder al salario convencional designado para el cargo desempeñado sin que fuere posible dejar de cancelar la asignación salarial anterior destinada a compensar el monto correspondiente a los beneficios extralegales que anteriormente no percibían, por su condición de trabajadores no sindicalizados.

De esta manera las cosas, el problema jurídico consiste en determinar si es procedente o no la nivelación salarial deprecada. En caso afirmativo, el consiguiente reajuste de salarios, prestaciones sociales reclamadas, así como las sanciones moratorias a que haya lugar.

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

También, al principio de «a trabajo igual, salario igual» que tiene su fundamento en el art. 143 del C.S.T. que reza: ***“A TRABAJO IGUAL, SALARIO IGUAL. 1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127. 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, sexo, nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales. 3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”***. Este último numeral fue introducido por la Ley 1496 de 2011, la cual modifica algunos artículos del Estatuto Sustantivo Laboral y tiene como objeto, según su artículo 1º: *garantizar la igualdad salarial y de cualquier forma de retribución laboral entre mujeres y hombres, fijar los mecanismos que permitan que dicha igualdad sea real y efectiva tanto en el sector público como en el privado y establecer los lineamientos generales que permitan erradicar cualquier forma discriminatoria en materia de retribución laboral*. La disposición que fue incrustada al primigenio artículo aludido asigna explícitamente al empleador la carga de probar los factores objetivos de diferenciación en materia retributiva. Puesto que, si se demuestra un trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, y el empleador no logra justificarlo, procede la nivelación salarial en favor del trabajador.

Frente al principio de trabajo igual-salario igual la Corte Suprema de Justicia en sentencia Rad. No. 45.830 del 26 de noviembre de 2014 manifestó lo siguiente:

«B. Los criterios de valoración para determinar un trato igualitario

*Ha de darse un tratamiento igual (en beneficios o cargas), **cuando dos entes u objetos compartan uno o varios elementos comunes, con base en los cuales se predique su igualdad.** Al respecto, esta Sala, en sentencia de anulación del 4 de diciembre de 2012, Rad. 55501, se expresó así:*

*(...) En otras palabras, la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, exige tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores **dentro de un mismo contexto laboral, cuando los trabajadores se encuentren en igualdad de condiciones.** Lo anterior quiere decir que no son admisibles tratos diferenciados en temas salariales, prestacionales, en oportunidades de promoción, en seguridad y salud ocupacionales, en formación, etc., cuando esos tratos se basen en motivos irrelevantes –o sea, no objetivos-, pues en tales casos el trato será discriminatorio.*

Respecto a esa necesidad probatoria, en sentencia SL17462 proferida el 10 de diciembre de 2014 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se anotó: «Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador **que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia (...).** Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de mayo 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente.

Lo hasta aquí mostrado, permite concluir que para la prosperidad de la pretensión, en principio, la carga de la prueba se radica en cabeza del demandante, a quien no solo le corresponde acreditar que ejercía un puesto o cargo injustamente retribuido, sino que, su desempeño, ejecución, responsabilidad y demás condiciones son equiparables con el de otro u otros trabajadores y, por ende, resulta inaceptable la menor retribución. Debiendo entonces el empleador, derruir el argumento discriminatorio a partir de la

demostración de criterios objetivos y de razonabilidad que justifiquen el trato diferencial.

Así, cuando se llega al sub análice advirtiéndose que el cargo de Operador Auxiliar de Sala de Mandos, desempeñado por el demandante, dista del de Operador de Equipos Auxiliares ejercido por los trabajadores con quienes pretende establecer una nivelación salarial, díjase, *Ciro Duarte Escalante* y *Alonso Hernández Jáuregui*. También, que las funciones y labores encargadas no son realizadas en similares condiciones de eficiencia, palmario deviene que no es factible pregonar la existencia de trato diferenciador entre cargos simétricos.

En efecto, nótese como el deponente *Nelson Montaña*, médico especialista en medicina de seguridad y salud en el trabajo y jefe del Departamento de Salud Ocupacional de la Empresa Termotasajero, quien indicó que lleva 15 años laborando para la enjuiciada, fue enfático en manifestar que *Alonso Hernández* y *Ciro Duarte* trabajan como operadores de equipos en la estación primaria y secundaria, y el demandante es operador principal de la Sala de Mandos encargado de mantener los límites de generación de energía de las plantas y mantenimiento del despacho de energía que solicitan los centros, mientras que la estación primaria y secundaria básicamente operan y maniobran los equipos que están a su cargo en las respectivas áreas, manifestando que las responsabilidades de los dos cargos son diferentes.

En la misma dirección se encuentra el testimonio de *Jhon Jairo Fernández Muñoz*, tecnólogo de electromecánica que actualmente se desempeña como operador principal de la Sala de Mandos. Contó que la función que desempeña su persona y el actor no son iguales a los trabajadores *Hernández* y *Duarte*, pues el asumido por el demandante conlleva a mayor responsabilidad, explicando que de acuerdo al escalafón convencional el salario correspondiente al de Operador Sala de Mandos es mayor al asignado para los operadores de equipos auxiliares, sin embargo, los trabajadores tomados como referente

reciben una mayor retribución por que la empresa además les reconoció un salario personal.

Asimismo, Miguel Monsalve Fuentes, ingeniero electromecánico y ex empleado de la encartada, siendo el último cargo desempeñado el de Operador Principal de Sala de Mandos, refirió que el demandante es tecnólogo y que las funciones ejecutadas conllevan a una mayor responsabilidad, en tanto le da instrucciones a Hernández y Duarte y por ello el cargo que desempeña el actor es de mayor importancia, sin embargo, tiene los mismos jefes inmediatos, y ninguno de los cargos tiene personal a su cargo.

Por su parte, Ciro Alberto Duarte Escalante, uno de los trabajadores con los que el actor pretende se nivele su salario, expresó que tiene formación de bachiller técnico y dos semestres de electromecánica y ejerce actualmente el cargo de Operador de Equipos Auxiliares. Aseguró que su salario dentro del escalafón es inferior al del demandante, pero que le fue reconocido un salario personal que supera la remuneración de aquel. Dijo que dentro de sus funciones se encuentra operar en el área de estación primaria y secundaria de la empresa donde se manejan equipos de alto voltaje que es donde empieza la alimentación de agua en los procesos de la energía debiendo tomar datos y parámetros para llevar un control en la bitácora y así reportar los eventos que se van presentando, mientras que el demandante es un operador auxiliar de Sala de Mando, y por tanto, se dedica a manejar la planta en general decidiendo cuando se da el arranque de las plantas para la generación de energía.

Finalmente se cuenta con el interrogatorio de parte absuelto por el actor. Acotó que las funciones que desempeña el Operador Auxiliar de Sala de Mandos se desarrollan en áreas distintas e independiente a las del Operador Auxiliar de Equipos, precisando que sus actividades no la pueden adelantar los trabajadores Ciro y Alonso debido a que su perfil es inferior al suyo, pues solo desarrollan las labores de dos quipos específicos. Aceptó que no son los mismos cargos ni las mismas funciones, pero que la razón principal que lo motiva a solicitar la nivelación salarial parte de que el perfil que exige el puesto que tiene requiere mayor responsabilidad de cara a sus compañeros.

De los testimonios extractados, queda claro que los cargos de (i) **Operador de Equipos Auxiliares** y el de (ii) **Operador de Sala de Mando** se ejecutan en áreas diferentes y no desempeñan las mismas funciones, en tanto el primero exige que el trabajador esté a cargo de dos equipos especiales y preparado para ejecutar unas tareas específicas, mientras que el segundo realiza labores de maniobras en el sistema operativo en general, recayendo en cabeza del trabajador la decisión de cuándo se debe dar el arranque de las plantas para la generación de energía. Cargos que como el mismo extremo activo confesó, cuentan con niveles de manejo administrativo y de responsabilidad abiertamente disímiles; situación que de por sí, justifica la estimación salarial diferenciada que exista entre los mismos.

Y es que aun cuando resultó acreditado que el cargo desempeñado por el demandante es de mayor responsabilidad que el de los trabajadores Duarte y Hernández, porque exige más preparación y formación académica, tal situación fáctica *per sé* no da cuenta de un trato diferencial e injustificado en materia salarial en comparación con éstos últimos, porque justamente, las condiciones laborales son abiertamente asimétricas.

También debe señalarse que aunque de la convención colectiva aportada no se puede desprender con claridad en qué parte del escalafón se encuentran ubicado los cargos de Operador Auxiliar de Mando y Operador Auxiliar de Equipos, del interrogatorio de parte así como de la testimonial practicada se extrae que el actor devenga el salario establecido para las labores que desempeña y de acuerdo al escalafón convencional se encuentra ubicado en un nivel jerárquico superior al destinado para los trabajadores Ciro Duarte Escalante y Alonso Hernández Jáuregui, obedeciendo el desequilibrio salarial al otorgamiento de beneficios sindicales económicos que con antelación a mayo de 2013 -data de afiliación a la agremiación- no percibían y que sumados al salario básico, superan la asignación pagada al actor.

Siendo de esta manera las cosas, es claro que la tesis planteada por el demandante, no puede ser estudiada desde la perspectiva del artículo 143 del

CST, en tanto su inconformidad no recae sobre el hecho de que ostente idénticas condiciones con los trabajadores Duarte y Hernández, ni que realicen las mismas funciones pues incluso aquel acepta que existen aspectos disímiles entre ambos cargos y atendiendo esas circunstancias el escalafón convencional le designa una mejor remuneración. A lo sumo, está legitimado para petitionar ante su empleador un aumento salarial cuya resolución favorable está supeditada a la voluntad de éste.

Como queda visto, el desempeño, ejecución, responsabilidad y demás condiciones realizadas por el actor (Operador Auxiliar de Sala de Mando), no resultan equiparables con las de los trabajadores referidos (Operador Auxiliar de Equipos), y dadas las particularidades del caso, no logra configurarse los presupuestos que permitan trasladar la carga de la prueba al empleador respecto a la demostración de los criterios adoptados para realizar las diferencias salariales aludidas.

Así las cosas, comoquiera que la *A Quo* se abstuvo de fallar en concreto y de fondo, se impone el deber en esta instancia, con apego a los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos, de despachar desfavorablemente la totalidad de pretensiones incoadas por Yohn Gerardo Muñoz Carreño contra Termotasajero S.A. E.S.P., declarando probada de oficio la excepción de inexistencia de la obligación.

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

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER a Termotasajero S.A. E.S.P. de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra por Yohn Gerardo Muñoz Carreño.

TERCERO: Sin costas.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 14 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-003-2020-00031-00 promovido por **Sergio Alberto Mora López** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, se surte el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (fls. 1 a 8): Depreca el actor se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones; así como cualquier otro derecho que se halle demostrado por conducto de las facultades ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** desde junio de 1986 venía realizando aportes al sistema general de pensiones a través del ISS, del que mutó en marzo de 1997 con destino a la administradora Horizonte (hoy Porvenir S.A.). **2) Que** la vinculación al RAIS se realizó a través de formularios de vinculación, pero

nunca fue advertido de los efectos negativos que conllevaba el traslado, indicando que dichos movimientos no fueron libres ni voluntarios al no mediar una verdadera asesoría sobre los riesgos y consecuencias que acarrearían los cambios; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera nulidad de dicho acto. **3) Que** actualmente cuenta con 59 años de edad, lo que le impide retornar al RPM de cara a la restricción incorporada por el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2° de la Ley 797 de 2003. **4) Que** presentó reclamación administrativa ante las accionadas obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido. Admitió como ciertos los hechos relacionados con la edad del actor y la reclamación elevada. Argumentó que aquel se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria. Señaló que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas de las cuales desconoce su veracidad y de la que no existe fundamento que permita la declaratoria de nulidad. Propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación pretendida, buena fe, prescripción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, e innominada.

Porvenir S.A. también se resistió a las súplicas. Dijo no constarle ninguno de los hechos. Adujo que el incoante no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación o traslado suscrito por el mismo, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la presencia de vicio alguno de la voluntad. Aduce que el petente se halla inmerso en la causal fáctica de prohibición legal de traslado lo que impide atender sus súplicas. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, e innominada.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el 14 de septiembre de 2021, resolvió declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que el accionante surtió con la AFP Porvenir S.A. Condenó a ésta a devolver al sistema los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, con los rendimientos que se hubieren causado. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM valide la afiliación de aquel, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por Porvenir para financiar las prestaciones económicas del régimen de prima media con prestación definida. En tal línea, desestimó las excepciones formuladas por las encartadas y las gravó en costas.

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

RECURSOS DE APELACIÓN: Colpensiones busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado del actor a la luz de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó literal e), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al establecer que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la pensión de vejez; evento que satisface el incoante al encontrarse en el rango de edad prescrito. En cuanto a la ineficacia del traslado, indica que no es

viable, en la medida que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, ya que, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su artículo 48, sin que se observen vicios en el consentimiento. Asevera que a partir del acto de traslado, el afiliado contaba con la carga ineludible de ejercer diligencia y cuidado en los casi 20 años que se mantuvo en el RAIS, pudiendo haber probado que realizó actos tendientes a mejorar su situación pensional, lo que no ocurrió. Añade que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados.

Porvenir S.A. también aspira a que se revoque la decisión. Manifestó que la ineficacia debe declararse improcedente porque las disposiciones legales vigentes a la fecha del traslado del accionante – marzo de 1997-, tales como el estatuto financiero y el artículo 13 de la ley 100 de 1993, Decretos 1161 de 1994 artículo 1º, Decreto 692 de 1994 en su artículo 7º, si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar la decisión de traslado, dichas normas no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular, siendo como único requisito el formulario de afiliación o traslado que suscribió la demandante que da cuenta de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor acorde a derecho.

Alude que aun cuando existe una doctrina probable del máximo tribunal en lo laboral desarrollada a partir del 2008, no es procedente su aplicación en virtud a que el acto jurídico demandado se realizó con anterioridad, esto es, para el año 1997, siendo imposible exigirse retroactivamente su aplicación. Máxime, cuando dice, desde tal data y hasta estos tiempos, el demandante decidió permanecer en el RAIS dejando pasar todas aquellas oportunidades de retorno al RPM otorgadas por la Ley 100 de 1993; acto que indirectamente permite concluir que el afiliado estaba satisfecho con los pormenores ofrecidos por el régimen de ahorro individual, aun cuando trimestralmente se le informaba

sobre los rendimientos de su cuenta y la posibilidad que tenía de trasladarse, utilizando en beneficio su propia desidia.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Colpensiones y Porvenir S.A. replicaron los argumentos expuestos en la apelación elevada ante el *a-quo*.

El extremo activo pidió la confirmación de la sentencia.

3o. CONSIDERACIONES

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Así, identificó la Corte dentro del desarrollo normativo de ese deber de información tres momentos. Inicialmente encontró sustento en el literal b del Art. 13 de la ley 100 de 1993, en cuanto dispuso que la escogencia del régimen pensional por parte de los trabajadores es libre y voluntaria y presuponía el

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

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

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

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

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

Así, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad en el sub lite, está en cabeza de la AFP Porvenir S.A., al argumentar el demandante que se omitió información a la hora de trasladarse. Atendiendo entonces, la carga de la prueba mencionada, se hace necesario verificar si el consentimiento que dio Mora López para hacer efectiva la mutación de régimen pensional, fue informado, es decir, si la AFP codemandada cumplió o no con su deber legal de información a partir del precedente judicial de la alta corporación en la especialidad y, de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Se tiene que el actor suscribió un formulario de afiliación a Horizonte (hoy Porvenir S.A.), el 20 de marzo de 1997, otro con destino a Colpatria (hoy Porvenir S.A.) el 17 de febrero de 1998, y el 20 de marzo de 2007 documento de igual naturaleza ante Porvenir S.A. Espacios temporales en los que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a la AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del

extremo actor de que el fondo privado no le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a este desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron al accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

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

No asumió entonces Porvenir S.A. la carga de desvirtuar, como le correspondía, los hechos aducidos por el deprecante como sustento de su pretensión, demostrando para ello lo contrario, esto es, que cumplió con su deber de información, toda vez que, no bastaba con que señalaran en sus contestaciones de demanda que sí brindaron la asesoría en donde le explicaron en concreto, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin arrimar medio de convicción alguno. Téngase presente que afirmar no es probar. Debieron haber desplegado un importante esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido efectuaron. Lo cual no ocurrió.

En conclusión, el fondo de pensiones convocado a juicio, se sustrajo al momento de suscribirse los distintos formularios de traslado y en perjuicio del demandante, de suministrar información relevante con la finalidad de promover su cambio de régimen, es decir faltaron a su deber de ilustrar sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de ellos. No se puede predicar que existió una decisión informada precedida de las

explicaciones sobre los efectos del traslado, siendo que tal es un presupuesto de eficacia jurídica de tal acto.

No resulta de recibo en consecuencia, el dicho de Porvenir S.A. sobre la imposibilidad de aplicar el precedente judicial vertical en el sub-análisis, ya que, si bien la vinculación primigenia del actor al RAIS se dio en 1997, el órgano de cúspide ha sido claro y reiterativo en precisar que la obligación de información a cargo de las AFP se encuentra prevista desde la creación del SGP.

Menos resulta de recibo lo sostenido por Colpensiones sobre la imposibilidad del traslado luego que le faltaren menos de 10 años al afiliado para alcanzar la edad, ya que, de que se trata es de la ineficacia de un acto, valga decir, de la inexistencia del mismo (traslado). Igual suerte corre la afirmación de que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, al realizarse ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su art 48, habida cuenta de que, como ha quedado establecido, si bien pudo existir un consentimiento el mismo no fue informado como lo demanda la jurisprudencia respectiva. Menos puede aceptarse que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque ningún medio de convicción se arrimó sobre ello.

Suficiente lo expuesto para confirmar la decisión de la juez *A-Quo* en lo que se refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del régimen de prima media al RAIS.

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su momento Porvenir S.A., con el deber de información, deberá ésta como administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Sergio Alberto Mora López, devolver todas las prestaciones que de la afiliada hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con

los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

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

Y, como la irregularidad en el acto objeto de debate, se itera fue por conducta indebida de la administradora privada, ésta también debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

A partir de lo anterior, no tienen acogida las afirmaciones de las codemandadas pertenecientes al RAIS, de que lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual y no los gastos de administración y primas, que si bien es cierto dicen, ingresan a su patrimonio son para remunerar y cubrir los costos y gastos en que incurrieron para tal fin y que de hacerse, originaría su empobrecimiento injustificado, porque como ha quedado elucidado, las

irregularidades presentadas en el acto de traslado les son totalmente achacables, debiendo asumir las mermas sufridas por el capital aportado, destinadas a los gastos de administración y primas.

Consulta.

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

Condena en costas a Colpensiones en primer grado.

El artículo 365 del Código General del Proceso consagra un criterio objetivo para la imposición de las costas, orientado a que éstas sean cubiertas por la parte que pierde el litigio. Como las pretensiones prosperaron en este juicio, habiéndose opuesto a ello la AFP del RPM no cabe duda que debe ser condenada al pago de las costas del proceso en primera instancia.

En síntesis, como no se encontró que el cambio de sistema pensional se hubiere celebrado con el cumplimiento del deber de información, resulta ajustada a derecho la intelección que, frente a dicho tópico, efectuó la juez de primera instancia, siendo ineludible la confirmación íntegra de dicha decisión.

Por último, con fundamento en el aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas a Colpensiones y Porvenir S.A., por cuanto sus apelaciones

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

4o. DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 14 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costas Colpensiones y Porvenir S.A. Inclúyanse como agencias en derecho de laalzada la suma de \$400.000 a cargo de cada una de ellas. Liquídense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Géives



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 14 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-003-2020-00194-00 promovido por **Martha Teresa Angarita Núñez** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección, Colfondos S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, se surte el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Deprecia la actora se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones. En forma subsidiaria, persigue el pago de indemnización por los perjuicios ocasionados o la diferencia monetaria entre la mesada pensional reconocida en el RAIS de cara a la que le correspondería en el RPM.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 20 de mayo de 1963, y el 3 de octubre de 1988 se afilió al régimen de prima media administradora por el otrora ISS, del

que mutó con destino a la administradora Protección y desde esta AFP hacia Porvenir S.A. Sin que mediara una verdadera asesoría o mínima ilustración sobre los riesgos y consecuencias que acarreaban los cambios, falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, voluntaria, ni libre. **2) Que** el 13 de enero de 2020, Porvenir S.A. le entregó la simulación de reconocimiento pensional en el RAIS cuyo resultado arrojó mesada de \$948.800, que resulta bastante desfavorable comparada con la que le hubiese correspondido en el RPM (\$2.027.393). **4) Que** formuló ante las tres administradoras de pensiones convocadas a juicio, petición de nulidad del traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido. Acepta como ciertos los hechos relacionados con la edad de la actora y la reclamación administrativa elevada. Argumentó que la precitada se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria. Señaló que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas de las cuales desconoce su veracidad y de la que no existe fundamento que permita la declaratoria de nulidad. Propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación pretendida, buena fe, prescripción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, e innominada.

Igualmente, **Protección** se opuso a las peticiones. Admitió la data de nacimiento de la actora y el traslado efectuado ante el fondo, último aspecto sobre el que explicó, se hizo de conformidad con la normatividad vigente en ese momento, por lo tanto, no hay lugar a decretar la nulidad en los términos solicitados, ni a acceder a las demás súplicas. Más, afirma, cuando el término previsto para este tipo de reclamos se encuentra afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción. Sobre los demás factuales dijo que no son ciertos. Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, 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, y la genérica.

Porvenir S.A. también se resistió a las súplicas. Tuvo como únicos hechos ciertos los relativos a las peticiones elevadas por la incoante; dijo no constarle algunos y no ser ciertos otros. Adujo que la demandante no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación o traslado suscrito por el mismo, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la presencia de vicio alguno de la voluntad. Aduce que la petente se halla inmerso en la causal fáctica de prohibición legal de traslado. Dice que en todo caso como la ciudadana se afilió en forma primigenia a Protección, corresponde a esta AFP atender las súplicas. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva total o parcial, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, e innominada.

Colfondos S.A. resistió las súplicas atinentes al reconocimiento de indemnización por perjuicios, no a la declaratoria de ineficacia y retorno al RPM, advirtiendo que se encuentra dirigida exclusivamente frente a Protección y Porvenir S.A. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la edad de la actora, datas de movilidad entre regímenes y el derecho de petición elevado. Adujo que la incoante no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación o traslado suscrito por el mismo, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la presencia de vicio alguno de la voluntad; resaltando además, que el deber de información no es absoluto. Sostiene que la petente se halla inmerso en la causal fáctica de prohibición legal de traslado. Dice que en todo caso, como la ciudadano se afilió en forma primigenia a Protección, corresponde a esta AFP atender las súplicas. Discordó de la solicitud de reconocimiento de perjuicios, porque dijo, resulta improcedente y contrario a la normatividad vigente, obligar a una AFP del

régimen de ahorro individual, reconocer prestación económica por vejez con apego a las disposiciones que gobiernan el régimen de prima media. Propuso las excepciones que denominó: cumplimiento de las obligaciones propias del objeto y de la naturaleza jurídica de Colfondos S.A., falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la pretensión del traslado de aportes a Colpensiones, buena fe, 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.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el 14 septiembre de 2021, resolvió declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con las AFP Protección, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Condenó a éstas a devolver al sistema los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora, con los rendimientos que se hubieren causado. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM valide la afiliación de la precitada, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por los fondos privados para financiar las prestaciones económicas del régimen de prima media con prestación definida. En tal línea, desestimó las excepciones formuladas por las encartadas y las gravó en costas.

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

no resultan suficientes para demostrar la validez del traslado, como ha sido explicado suficientemente por la jurisprudencia.

RECURSOS DE APELACIÓN: Colpensiones busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado de la actora a la luz de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó literal e), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al establecer que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la pensión de vejez; evento que satisface la incoante al encontrarse en el rango de edad prescrito. En cuanto a la ineficacia del traslado, indica que no es viable, en la medida que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, ya que, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su artículo 48, sin que se observen vicios en el consentimiento. Asevera que a partir del acto de traslado, la afiliada contaba con la carga ineludible de ejercer diligencia y cuidado en los casi 20 años que se mantuvo en el RAIS, pudiendo haber probado que realizó actos tendientes a mejorar su situación pensional, lo que no ocurrió; con el agravante que la acción se halla prescrita. Acotó que el traslado de masivo de personas que alegan omisión de asesoría, supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados.

Porvenir S.A. también aspira a que se revoque íntegramente la decisión. Manifestó que en la medida en que el primer traslado al RAIS se efectuó a través de la AFP Protección, no le es achacable falta u omisión alguna respecto a la consolidación de dicho acto jurídico. Discute adicionalmente, que las disposiciones legales vigentes a tal data, tales como el estatuto financiero y el literal b de la ley 100 de 1993, si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar la decisión de traslado, dichas disposiciones no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular, de modo que resulta suficiente el formulario de afiliación o traslado que en su momento suscribió la actora, que da cuenta de la

información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor, luego, aduce, que no es cierto que se haya omitido dar una información suficiente para que aquella tomara la decisión de traslado, porque sí se llevó a cabo la mayor parte de actos informativos desconocidos por el sentenciador de primer grado. Alude que aun cuando existe una doctrina probable del máximo tribunal en lo laboral desarrollada a partir del 2008, no es procedente su aplicación en virtud a que el acto jurídico demandado se realizó con anterioridad, esto es, para el año 1996, siendo imposible exigirse retroactivamente su aplicación. Máxime, cuando es claro que la exigencia informativa cuando acontece un traslado entre fondos privados, es diferente a la atinente a la movilidad entre regímenes.

Discrepa de la postura adoptada por la sentenciadora de primer grado al no dar aplicación a lo dispuesto en las sentencias SL 1069 de 2021 y SL 3752 de 2020 por emanar de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Esto, al discutir que dichas providencias no han sido desconocidas ni declaradas nulas por las Salas permanentes de la CSJ, lo que las reviste de entera legalidad y deben ser acogidas por los jueces teniendo en cuenta que es un órgano de mayor jerarquía que tiene como función trazar la jurisprudencia y doctrina de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral. Siendo que los múltiples traslados efectuados por la hoy demandante dentro del RAIS, hacen aplicable la teoría de convalidación que se estudia en las referidas sentencias.

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

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

Colfondos S.A. eleva petición de revocatoria parcial en lo referente a la desestimación de las excepciones formuladas y la condena a la devolución de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos que contiene la cuenta de ahorro individual de la actora, así como la condena en costas. Arguye que las condenas carecen de fundamento legal y fáctico en tanto que desde la contestación de la demanda se ha venido manifestando que la actora no se encuentra actualmente vinculada al fondo y por tanto su cuenta reporta un saldo de \$0 porque los rubros fueron destinados a Porvenir S.A., como última administradora a la cual se adhirió la accionante.

Critica la condena en costas advirtiendo que no podía la juez negarse a admitir el allanamiento parcial formulado de cara a las pretensiones incoadas porque su finalidad fue aceptar lo relacionado con la ineficacia del traslado, evitando un desgaste procesal.

Protección eleva petición de revocatoria. Arguye que dio cumplimiento a la normatividad exigida para perfeccionar el traslado de regímenes, cual era, la suscripción del formulario (artículo 11 Decreto 692 de 1994), y porque la obligación de dejar registrado el escrito de información al igual que la asesoría

y re asesoría, nació en 2014 y 2015 (Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015). Discrepa de la orden de devolución conjuntamente las comisiones de administración y rendimientos porque se trata de prestaciones ya acaecidas que emanan de la buena gestión desplegada por el fondo. Menos, el seguro previsional en tanto afirma se trata de un concepto girado en favor de un tercero de buena fe, como lo es la aseguradora correspondiente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Colpensiones y Porvenir S.A. replicaron los argumentos expuestos en la apelación elevada ante la juez *A-Quo*.

El extremo activo, Protección y Colfondos S.A. no alegaron de conclusión.

3o. CONSIDERACIONES

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

De la ineficacia del traslado.

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

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencias SL1688, SL1689, SL3463 y SL4360 de 2019 de manera reiterada ha considerado que, ante el incumplimiento del deber de información

de las administradoras pensionales, quienes se encuentran obligadas a suministrarla de manera clara cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, lo procedente es la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sentando como regla jurisprudencial en sus pronunciamientos, que no es un deber que opere únicamente para los afiliados que tengan un derecho consolidado, un beneficio transicional o expectativa legítima de pensionarse sino que es predicable en todos los eventos, comoquiera que el deber de información se erige como presupuesto de eficacia del acto jurídico de traslado, correspondiéndoles a aquellas acreditar que cumplieron con ese deber de suministrar información suficiente.

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

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

Posteriormente con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, se estableció la obligación de asesoría y buen consejo de las administradoras, elevando así el nivel de exigencia en el deber de información, que desde ese momento implicaba el estudio de los antecedentes del afiliado tales como edad, semanas de cotización ingresos bases de cotización entre

otra; así como su expectativa pensional, de modo que el afiliado conociera tanto de las características objetivas de los regímenes como de su situación individual. Esto acompañado de la opinión que sobre el asunto tuviere el representante de la administradora. Lo dicho comportaba un asesoramiento de personas expertas en la materia que le permitieran al trabajador tomar una decisión responsable.

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

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

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

como en el RPM, y **(iii)** las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Así, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad en el sub lite, está en cabeza de las AFP Protección, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., al argumentar la demandante que se omitió información a la hora de trasladarse. Atendiendo entonces, la carga de la prueba mencionada, se hace necesario verificar si el consentimiento que dio Angarita Núñez para hacer efectivas las mutaciones de régimen pensional, fue informado, es decir, si las AFP codemandadas cumplieron o no con su deber legal de información a partir del precedente judicial de la alta corporación en la especialidad y, de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Según la certificación de radicado No. 0106327018491900 del 26 de diciembre de 2019 expedida por Porvenir S.A., se extrae que la protagonista procesal ha efectuado los siguientes movimientos dentro del subsistema general de pensiones: (i) desde el otrora ISS a Protección, el 1° de febrero de 1996, (ii) desde Protección a Horizonte (hoy Porvenir S.A.), el 1° de mayo de 1997, (iii) desde Horizonte a Protección, el 1° de enero del 2000, (iv) con destino a Colfondos S.A., el 1° de abril de 2001, (v) de regreso de Horizonte, 1° de octubre de 2002, y (vi) retornó a Porvenir S.A., el 1° de abril de 2014.

Espacios temporales en los que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a la AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que ninguna de las AFP encartadas le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a éstas desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron al

accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

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

No asumió entonces Protección, Colfondos S.A. ni Porvenir S.A. la carga de desvirtuar, como les correspondía, los hechos aducidos por la deprecante como sustento de su pretensión, demostrando para ello lo contrario, esto es, que cumplieron con su deber de información, toda vez que, no bastaba con que señalaran en sus contestaciones de demanda que sí brindaron la asesoría en donde le explicaron en concreto, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin arrimar medio de convicción alguno. Téngase presente que afirmar no es probar. Debieron haber desplegado un importante esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido efectuaron. Lo cual no ocurrió.

En conclusión, los fondos de pensiones convocados a juicio, se sustrajeron al momento de suscribirse los distintos formularios de traslado y en perjuicio del demandante, de suministrar información relevante con la finalidad de promover su cambio de régimen, es decir faltaron a su deber de ilustrar sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de ellos. No se puede predicar que existió una decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, siendo que tal es un presupuesto de eficacia jurídica de tal acto.

No resulta de recibo en consecuencia, el dicho de Porvenir S.A. sobre la imposibilidad de aplicar el precedente judicial vertical en el sub-análisis, ya que, si bien la vinculación primigenia de la actora al RAIS se dio en 1996, el órgano

de cúspide ha sido claro y reiterativo en precisar que la obligación de información a cargo de las AFP se encuentra prevista desde la creación del SGP. Tampoco que la existencia de cualquier falencia fue superada con los demás movimientos efectuados por la afiliada en el RAIS -con apego en las sentencias SL 1069/2020 y SL 3752/2021-, ya que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados entre administradoras dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Y es que si bien la demandante se realizó cinco traslados entre fondos del RAIS, no de ello puede inferirse que el afiliado conocía todos los elementos ya referidos para concluir que tales brindaron la información pertinente, transparente y legal.

Primero, porque el deber de información a cargo de los fondos debió satisfacerse al momento del traslado, sin que circunstancias posteriores, por demás, no acreditadas, les permitieran subsanar el incumplimiento que quedó comprobado en este asunto (al respecto puede consultarse la Sentencia del 9 de septiembre de 2008 Rad. 31989). Mírese que no se acredita haber señalado a la afiliada la conveniencia y/o implicaciones de permanecer en el RAIS. Y **segundo**, al derecho social no son aplicables estrictamente las figuras del derecho privado, como la ratificación prevista en los artículos 1752 y siguientes del Código Civil, pues no debe perderse de vista que en asuntos como el presente, está en juego la pensión de vejez de la accionante y ésta, entendida como derecho irrenunciable no puede validarse en un acto que la desmejora, situación por la que ni siquiera el fenómeno de la prescripción surte efectos (SL13430 del 14 de septiembre de 2016).

De acuerdo con lo explicado, en su momento Protección, Porvenir S.A y en su oportunidad Colfondos S.A., no actuaron cumpliendo con su deber de información. Y es que si bien las entidades privadas afirmaron que brindaron

la asesoría requerida para el caso, tenían la carga de acreditar que así lo hicieron, pero ningún medio de convicción trajeron al proceso para demostrarlo.

Menos resulta de recibo lo sostenido por Colpensiones sobre la imposibilidad del traslado luego que le faltaren menos de 10 años al afiliado para alcanzar la edad, ya que, de que se trata es de la ineficacia de un acto, valga decir, de la inexistencia del mismo (traslado). Igual suerte corre la afirmación de que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, al realizarse ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su art 48, habida cuenta de que, como ha quedado establecido, si bien pudo existir un consentimiento el mismo no fue informado como lo demanda la jurisprudencia respectiva. Menos puede aceptarse que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque ningún medio de convicción se arrimó sobre ello.

Suficiente lo expuesto para confirmar la decisión de la juez *A-Quo* en lo que se refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del régimen de prima media al RAIS.

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su momento las AFP con el deber de información, deberá Porvenir S.A. como última administradora del RAIS que cuenta desde el agosto del 2014 con los aportes de Martha Teresa Angarita Núñez, devolver todas las prestaciones que del afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

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

Y, como la irregularidad en el acto objeto de debate, se itera fue por conducta indebida de las administradoras privadas, éstas también deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

A partir de lo anterior, no tienen acogida las afirmaciones de las codemandadas pertenecientes al RAIS, de que lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual y no los gastos de administración y primas, que si bien es cierto dicen, ingresan a su patrimonio son para remunerar y cubrir los costos y gastos en que incurrieron para tal fin y que de hacerse, originaría su empobrecimiento injustificado, porque como ha quedado elucidado, las irregularidades presentadas en el acto de traslado les son totalmente achacables, debiendo asumir las mermas sufridas por el capital aportado, destinadas a los gastos de administración y primas.

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

Consulta.

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

Condena en costas a Colpensiones en primer grado.

El artículo 365 del Código General del Proceso consagra un criterio objetivo para la imposición de las costas, orientado a que éstas sean cubiertas por la parte que pierde el litigio. Como en el presente asunto fueron vencidas las

entidades demandadas, valga decir Colfondos S.A., Protección y Colpensiones, a cargo de cada una de estas deberá imponerse las costas de primera instancia. Ahora, si bien es cierto que la primera AFP no presentó oposición a la pretensión de traslado, sí disintió de la orden de devolución de los gastos de administración, primas y demás emolumentos a los que en últimas fue condenada, por lo que resulta acertada la determinación de la juez de imponer costas a su cargo.

En síntesis, como no se encontró que el cambio de sistema pensional se hubiere celebrado con el cumplimiento del deber de información, resulta ajustada a derecho la intelección que, frente a dicho tópico, efectuó la juez de primera instancia, siendo ineludible la confirmación íntegra de dicha decisión.

Por último, con fundamento en el aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas a Colpensiones, Porvenir S.A., Protección y Colfondos S.A., por cuanto sus apelaciones resultaron imprósperas. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una \$400.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 14 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

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

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 30 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-003-2021-00099-01, promovido por **Benedicto Gualdrón Serrano** contra el **Departamento Norte de Santander**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Depreca **Benedicto Gualdrón Serrano** se declare, a partir de la primacía de la realidad, que sostuvo un contrato de trabajo con el **Departamento Norte de Santander** desde el 9 de febrero de 1999 hasta la fecha. En consecuencia, solicita se condene el reconocimiento y pago de salarios, auxilios de transporte, primas de servicio, prima de navidad, bonificación extra legal, cesantías e intereses desde junio de 1999 hasta la fecha. Igualmente solicita el reconocimiento y pago de las dotaciones, la sanción de que trata la Ley 50 de 1990, la pensión sanción, indexación y las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** el 9 de febrero de 1998 se vinculó como trabajador del Instituto Nortesantandereano de Agua Potable y Saneamiento Básico – “INORSA”, a través de una orden de prestación de servicios la cual continuó

hasta la fecha mediante la modalidad de contrato de trabajo verbal. **2) Que** tiene 72 años y ejerce labores de oficios varios, tales como vigilante, mantenimiento y limpieza de la sede, traslado de materiales a otros municipios del departamento, cargue y descargue de materiales en el almacén de la entidad. **3) Que** INORSA se encuentra en la Avenida 6 entre calle 4 y 5 del Barrio San Luis, que la misma fue liquidada a través de la ordenanza 031 de 1998 quedando los pasivos y activos en administración de la gobernación de Norte de Santander, y que los funcionarios laboraron hasta el 31 de diciembre de 1999. **4) Que** Consuelo Téllez en su calidad de directora le ordenó que continuara con sus servicios en la sede de INORSA. **5) Que** el último pago lo recibió del Departamento Norte de Santander quien a través de la Resolución N. 001343 de agosto 17 de 1999, reconoció la prestación de sus servicios en el periodo del 1 de enero al 31 de mayo de 1999 por valor de \$380.000 mensuales. **6) Que** a día de hoy el sueldo debe ser de \$1.453.647, los cuales no ha percibido, así como las prestaciones sociales, dotación ni ha sido afiliado a seguridad social. **7) Que** el 29 de junio de 2019 reclamó el reconocimiento de las acreencias laborales sin obtener respuesta y que dichas prestaciones corresponden a un trabajador de nivel territorial según el Decreto 1919 de 2002.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA El **Departamento de Norte de Santander**, se opuso a todas las pretensiones. Aceptó la liquidación de INORSA, la vinculación contractual y funciones a través de las ordenes de servicio N° 095 de 1998, la 011 de 1998 y la resolución 1343 de 1999, para el periodo del 9 de febrero de 1998 al 31 de mayo de 1999. Negó rotundamente la existencia de una relación laboral con posterioridad al 31 de mayo. Arguyó que desde el 1 de junio de 1999 el actor se encuentra ocupando el inmueble propiedad del Departamento Norte de Santander como invasor y no en calidad de vigilante y que para simular dicha actividad fijó allí su residencia y de su familia, usufructuando el bien para beneficio propio como parqueadero de carros particulares sin prestar ningún servicio a la administración. Que no existe orden impartida por autoridad competente que designe la vinculación o

labores a realizar por el actor, ni mucho menos salario o subordinación puesto que en dichas instalaciones no se ejercen actividades por parte de ninguna de las dependencias de la administración. Que por su parte se han tomado acciones judiciales tendientes a recuperar la tenencia del predio, pero que a la fecha no se ha logrado. Formuló las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, la genérica, inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo y la ausencia de derecho y fundamento legal para reclamar reconocimiento de la existencia de relación laboral de trabajo y consecuentemente el pago de acreencias laborales y prestaciones sociales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, Norte de Santander, el 30 de septiembre de 2021, declaró la existencia de un contrato laboral entre los litigantes, desde el 9 de febrero de 1998 al 31 de mayo de 1999, absolvió de las acreencias laborales originadas en esta declaratoria y negó la pensión sanción por el mismo periodo. A su vez declaró la existencia de un comodato precario entre las partes desde junio de 1999 hasta la fecha, absolviendo de las demás peticiones.

Consideró que la presunción consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 permite declarar la relación laboral del 9 de febrero de 1998 al 31 de mayo de 1999, empero, las acreencias laborales y demás peticiones deprecadas se encuentran prescritas. Frente a la solicitud de pensión sanción, concluyó que pese a ser de carácter imprescriptible no se cumplen los requisitos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993. Señaló que al existir la confesión del actor frente a su residencia gratuita en el predio de INORSA desde la finalización de su vinculación, que no recibe remuneración ni ordenes algunas, y que percibe ganancias al prestar el servicio de parqueadero sin reportarlas al propietario, se logra extraer la inexistencia de los elementos del contrato de trabajo y a su entender queda demostrado un comodato precario.

RECURSO DE APELACIÓN: El extremo activo persigue la revocatoria de la sentencia, solicitando se acceda a las súplicas de la demanda y se reconozcan

los emolumentos, prestaciones sociales y pensionales deprecados a partir del 1 de junio de 1999 hasta la fecha.

Estima que existe prestación personal del servicio como vigilante teniendo en cuenta la documental arrimada y obviada por el juzgador, más precisamente la signada por Patricia Herrera en el cual se le informaba la salida de un vehículo allí consignado, igualmente la certificación laboral y la resolución 1343 de 1999 que reconoció su vinculación de hecho. Dice que no se analizó debidamente el testimonio de Patricia Herrera, así como el documento suscrito por el Hugo Márquez el cual da cuenta de la visita realizada por la administración para conciliar. Señala que no se demostró que hubiese ingresado de manera arbitraria a las instalaciones ni tampoco el beneficio económico que percibía al prestar el servicio de parqueadero. Remata diciendo que por causa de todo lo dicho se debe presumir el contrato de trabajo entre las partes en litigio y acceder a las súplicas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La parte demandante, replicó los argumentos expuestos en la apelación que elevó ante el *a-quo*. La convocada a juicio se ratificó en lo propuesto en la contestación de la demanda, solicitando mantener incólume el fallo apelado.

3o. CONSIDERACIONES

No siendo objeto de controversia que el demandante estuvo vinculado a través de órdenes de prestación de servicio con el liquidado Instituto Nortesantandereano de Agua Potable y Saneamiento Básico – Inorsa- desde el 9 de febrero de 1998 al 31 de diciembre de dicho año, y posteriormente hasta el 31 de mayo de 1999 con el departamento Norte de Santander, ejerciendo funciones de celaduría, cargue y descargue de materiales en el almacén de Inorsa, y que las prestaciones por ello reclamadas se encuentran afectadas por la prescripción, en consonancia con la alzada, deberá establecerse si se encuentran acreditados o no los elementos del contrato de trabajo a partir del 1 de junio de 1999. En consecuencia, si hay lugar o no al pago de las prestaciones e indemnizaciones deprecadas a cargo de la encartada.

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

Este principio encuentra complemento en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 cuando de trabajadores oficiales se trata, el cual prevé *“El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción.* Significa esto, que probada la prestación personal del servicio se tiene por cierta la existencia del contrato de trabajo.

La mencionada presunción legal admite prueba en contrario, esto es, que se desvirtúe la continuada subordinación o dependencia del trabajador y/o el carácter remunerado del servicio. En este sentido ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencia SL 11436 de 2016.

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

Así, es al incoante a quien le corresponde realizar un primer esfuerzo probatorio, arrimando los medios de convicción que lleven a demostrar las afirmaciones plasmadas en los hechos del libelo genitor, y, que den cuenta de la prestación personal del servicio en favor de la pasiva, así como de los

extremos temporales. Una vez establecido lo anterior, hace aparición la presunción de la cual se ha dado cuenta, correspondiéndole a aquélla derribarla. Esto, es demostrar que tal prestación de servicios no se dio de manera subordinada.

Como se reseñó, el demandante afirma estar vinculado a la accionada a través de contrato de trabajo a término indefinido desde el 9 de febrero de 1998 hasta la fecha. Esto lleva auscultar el acervo probatorio para determinar en un primer momento si tal circunstancia en efecto se acreditó, para luego, si así fue, establecer si existen rubros de índole laboral pendientes de sufragar, que a la par conlleven o no a la imposición de las sanciones resarcitorias deprecadas.

Como pruebas históricas se cuenta con el testimonio de **José Armando Triana Suárez**, de estado civil casado, con 38 años y ocupación operario de maquina plana. Quien afirmó que el actor perteneció desde 1998 a Inorsa, desempeñando funciones de vigilancia; hecho que conoce por su calidad de habitante del sector y su trabajo de repartidor de materiales, pues lo ve a diario en el lugar, inclusive en horas de la noche. Informa que el actor vive con la esposa, una hija y un nieto en las instalaciones de Inorsa, que ha observado el ingreso y salida de vehículos, pero no le consta que presta un servicio o percibe dineros por ello. Señaló que el gobernador William visitó las instalaciones de Inorsa, información que adquirió de oídas por parte de la hija del actor. Manifestó que el demandante no recibe pago o sueldo por cuidar el parqueadero y no sabe quién paga los servicios.

Segundo testimonio es el de **Luis Olmedo Guerrero Meneses**, de estado civil soltero, con 67 años, quien dice que en su calidad de ex funcionario de la Gobernación de Norte de Santander, conoció al actor en sus funciones del cargo, puesto que este frecuentaba su sitio de trabajo al realizar consultas de índole jurídica, en reuniones que tuvo con los apoderados de este y en una visita que realizó a las instalaciones de Inorsa con la finalidad de llegar a un acuerdo por las labores de celaduría prestadas. Informó que una vez liquidado el Inorsa,

el mencionado se quedó viviendo y prestando funciones de celaduría. Señala que al pasar los años y nunca ser requerido se convirtió en un funcionario de hecho al cumplir las funciones de celaduría. Dice no constarle la existencia de subordinación o dependencia y que en ocasiones los almacenistas realizaban inventario. Informa que el actor vive en las instalaciones con su familia y ejerce sus funciones las 24 horas, pero no sabe quién asume los gastos de servicios públicos, ni quién realiza el mantenimiento del inmueble. Refiere que después de la liquidación de Inorsa no se desarrollaron actividades ni se prestó servicio alguno en el predio, que no se guardan vehículos de la gobernación y que solo hay tuberías. Que no conoce de la existencia de una vinculación del actor con la gobernación, así como la dependencia que vigila los elementos del predio. Manifestó que en alguna ocasión con los demás compañeros del área jurídica de la gobernación indagaron por qué no se habían desalojado al demandante de los predios de Inorsa.

A su turno, **José Miguel Hernández González**, de estado civil casado, de profesión abogado y contratista del departamento, dijo que conoció al demandante al realizar una visita en el mes de noviembre de 2020 cuya finalidad era inspeccionar el predio que ocupaba el actor y obtener tomas fotográficas para unas pólizas que se tenían contratadas con La Previsora. Manifiesta que al llegar a las instalaciones el susodicho le abrió la puerta y le permitió el ingreso pero que desconoce la calidad en que este se encontraba allí. Informa que en el predio vive el actor con una señora, y que logró observar unos vehículos que no son de la gobernación. Indica que la Secretaría General de la gobernación es quien ejerce la custodia y cuidado del predio.

El cuarto testigo fue **Patricia Romana Vera Ruiz**, de 59 años, contratista de la gobernación, quien dice que prestó sus servicios en la Secretaría General de la Gobernación, área de asuntos administrativos desde 1999 hasta el 2012. Que dentro de sus funciones se encontraba reportar el estado de los bienes inmuebles y mantener actualizados los inventarios. Informa que a los predios desocupados de la gobernación no se les asigna vigilancia y que de acuerdo a su cargo ese

predio se encontraba desocupado. Que en caso tal que se necesitara retirar un elemento de un inmueble desocupado se dirigía un oficio a la persona que debía hacer el retiro pero que era por protocolo más no porque allí hubiera una persona. Señala que no conoce al demandante, y que si en alguna ocasión le dirigió un escrito fue por manifestación de terceros de que allí se encontraba este, pero que nunca le dio órdenes ya que no se encontraba dentro de sus funciones. Al ponerle de presente el documento visto a folio 30 de la demanda, reconoce su firma y aclara que el contenido surge a raíz de la urgencia de retirar un vehículo de las instalaciones de Inorsa, pero que de acuerdo a la información rendida por un conductor y el jefe de inventarios se indica que allí reside el demandante, pero que no lo conoce.

En su testimonio **Sergio Andrés Mendoza González**, de estado civil casado, de profesión administrador de empresas y labora en la gobernación como técnico operativo, informa que vio al demandante en una visita que hizo a un inmueble de la gobernación en el Barrio San Luis. Señala que al llegar a las instalaciones e intentar infructuosamente abrir la puerta con el manajo de llaves que se le había proporcionado, les abrió el demandante y una señora de la cual no conoce su nombre, que nunca el actor se presentó como funcionario de la gobernación, que desconoce si es empleado o no y que en su entender dicho predio se encontraba deshabitado. Informa que en las instalaciones se evidenció vehículos que no hacen parte de la gobernación al tener placa extranjera, así como unos muebles de madera los cuales según el demandante permitían guardarlos en dicha instalación.

De otro lado, se surtió el interrogatorio de parte al convocante a juicio, **Benedicto Gualdrón Serrano**, quien afirmó que ingresó a trabajar con Inorsa bajo órdenes de prestación de servicios, la primera por 3 meses, la segunda hasta diciembre. Que cuando el Inorsa “quebró” había 2 celadores, pero que al renunciar el compañero, el gobernador García Herreros envió un delegado que le dijo que podía llevarse a la mujer para que lo acompañara, que luego le pagaron 5 meses más pero que no le dijeron váyase, solo lo dejaron ahí.

Al ser increpado de si recibía ordenes, responde que nadie, que eso no tenía dueño y que por allá iba era García Herreros y el doctor William. Informa que no se prestan servicios y que solamente quedan unos materiales deteriorados. Señaló que se quedó en el predio de Inorsa después de la liquidación, porque no le dijeron váyase y como estaba pagando arriendo se llevó a la señora para vivir ahí para cuidar “porque que más iba a hacer”. Dice que sus ingresos únicamente provienen de una hija que le ayuda. Arguyó que ha efectuado reclamaciones para el pago de sus acreencias, pero que nunca recibe respuesta. Se contradice al afirmar que la doctora Patricia le dio orden de dejar sacar un carro. Afirma que no recibe pago por salario desde mayo de 1999 y que le dejaron cortar la luz y ahora le toca pagar los recibos. Que deja guardar uno o dos carros porque le ayudan para pagar recibos y comprar comida, pero que no es un parqueadero ya que lo que recibe no alcanza para la comida y que no debe reportar a nadie esos ingresos. Indicó que nadie lo autorizó para dejar ingresar vehículos particulares pero que para no aguantar hambre lo hace. Relata que lo han requerido para saber en qué calidad se encuentra, pues una vez fue al palacio nacional a una reunión pero que no le dijeron que desalojara. Que en ocasiones debe asumir el gasto de las bombillas.

La documental está conformada por piezas correspondientes a la reclamación administrativa presentada por el actor (fl. 14-16); ordenanza 031 del 21 de agosto de 1998 (fl. 17 a 25); resolución 1343 de 1999 (fl. 26 a 28); petición pago 5 meses de salarios de fecha 9 de agosto de 1999 (fl. 29); oficio dirigido al actor solicitando ingreso a las instalaciones fecha 30 de agosto de 2004 (fl. 30); certificado laboral del 30 de abril de 1999 (fl. 31); ordenes de prestación de servicio (fl. 32 a 33); Acta de reunión (fl. 34 a 36); respuesta a petición informando inventario (fl. 37 a 38); recibo impuesto predial (fl. 39); ordenanza 20 de 1991 (fl. 39 a 49); Con la contestación de la demanda se aportó: declaración rendida ante el Tribunal Administrativo Norte de Santander por el actor (fl. 21 a 29); requerimiento al actor pago canon de arrendamiento (fl. 30 a 31); conceptos jurídicos situación del predio ocupado por el actor (fl. 32 a 44); registro fotográfico (fl. 46 a 48).

Del análisis individual y en conjunto del acervo probatorio mostrado, a ninguna conclusión diferente a la que arribó el *A Quo* se puede llegarse. Esto es, que no se acredita la prestación personal del servicio de **Benedicto Gualdrón Serrano en favor de la pasiva** a partir del 1 de junio de 1999.

En efecto, véase como los testigos José Armando Triana Suárez, Luis Olmedo Guerrero Meneses, así como Sergio Andrés Mendoza González fueron coincidentes en afirmar que conocieron al demandante viviendo junto a su familia en las instalaciones del liquidado Inorsa; hecho aceptado por el actor en el interrogatorio de parte, al señalar que se quedó porque no le dijeron váyase y como estaba pagando arriendo se llevó a la señora para vivir ahí y cuidar “porque que más iba a hacer”. Aunase que **Patricia Romana Vera Ruiz** también exfuncionaria de la Secretaría General del departamento de Norte de Santander, manifiesta que no existe relación contractual entre la gobernación y el actor, habida cuenta de que en los predios propiedad de la demandada en los cuales no se desarrollaban actividades ni prestaban servicios se dejaban sin vigilancia como sucedió con las instalaciones de las cuales el demandante alega su cuidado y conservación; hecho confirmado por el deponente Luis Guerrero quien afirmó que allí no se desarrollaron actividades ni se prestó servicio alguno, que no se guardan vehículos de la gobernación y que solo hay tuberías viejas, y por lo tanto, no existe la necesidad del servicio que se pregona en la demanda.

Ahora si bien es cierto, el exfuncionario de la gobernación de Norte de Santander Luis Olmedo Guerrero Meneses, abogado de profesión, estima que el paso del tiempo convirtió al actor en un funcionario de hecho, también es verdad que no da razón cierta de la existencia de un contrato o vínculo que ate al actor con la encartada, tampoco de la presencia de subordinación o dependencia hacia algún funcionario de la administración, no sabe quién asume los gastos de servicios públicos, ni quién realiza el mantenimiento del inmueble o sobre el salario. Lo cual genera dudas respecto su declaración, al tildar al actor como servidor público, pero no acreditar los demás elementos necesarios para el contrato de trabajo, pese a tener conocimiento de leyes dada su profesión.

Obsérvese como al final de su deposición afirma que junto con los compañeros del área jurídica de la gobernación se indagaron el por qué no se había desalojado al demandante pese a estar ocupando un predio público por muchos años.

De otra parte, como el actor fundamenta la alzada en la omisión de un análisis juicioso por la sentenciadora de la documental aportada y decretada, tales como el oficio de fecha 30 de agosto 2004 dirigido al actor solicitando ingreso a las instalaciones (fl. 30), el certificado laboral del 30 de abril de 1999 (fl. 31), las ordenes de prestación de servicio (fl. 32 a 33) y el Acta de reunión (fl. 34 a 36), y que dice son pruebas determinantes de la prestación personal del servicio por la totalidad del periodo esgrimido en la demanda, ha de señalarse que de su lectura y estudio no es dable otorgarle la razón, habida cuenta que, los cartulares que certifican la vinculación datan del lapso ya reconocido, es decir, 9 de febrero de 1998 a 31 de mayo de 1999, Igualmente, respecto el oficio dirigido al actor, su suscriptora Patricia Vera afirma que surgió por la urgencia de extraer un vehículo del predio y, atendiendo a las indicaciones de sus subalternos sobre la existencia de un celador, se elaboró de tal manera, pero que nunca verificó la realidad de los hechos y que mucho menos esto constituyó una orden, ya que, solo fue una vez y ello no se encontraba dentro de sus funciones como profesional especializada. Finalmente, frente al documento contentivo del acta de reunión poco se dirá, toda vez que, lo contenido allí son simples manifestaciones del actor frente a una discusión por la posesión del inmueble.

El anterior panorama reviste de veracidad la tesis planteada por el extremo pasivo de la relación procesal respecto a la inexistencia del vínculo laboral y ocupación de un predio público por parte del deprecante y su familia. Incluso téngase presente como el susodicho litigante en su declaración, confirma lo señalado en la contestación del libelo genitor al , confesar la inexistencia de un salario, así como la subordinación y dependencia, denotándose que su ingreso a las instalaciones de Inorsa se dio por descuido de la administración de los predios sin uso, pues, como nadie le dijo “*váyase*” y que en su sentir “*eso no tenía dueño*”, tomó la decisión de irse a vivir con núcleo familiar y fijar su residencia

allí, hasta el punto de usar la instalación pública como parqueadero privado. Esto permite colegir que las funciones alegadas de vigilancia y mantenimiento son las propias de una casa de habitación.

De esta manera las cosas, como se dijo antes, ninguna conclusión diferente a la de la primera instancia se puede sacar de las probanzas arrimadas, en tanto es claro que los deponentes no señalaron de las funciones desplegadas, el horario ejercido, no saben a favor de quién ejecutó el supuesto contrato, ni quién le daba las órdenes. Lo único que se puede extraer de tales es que como las instalaciones del liquidado Inorsa eran el lugar de habitación del actor y su familia, era normal que éste deambulara por ahí, realizara oficios varios e inclusive prestara el servicio de parqueadero en beneficio propio, sin que con ello se verificara una labor como celador en favor del Departamento Norte de Santander. Lo que se evidencia es que esas actividades las hacía a motu proprio, no pudiendo concluirse que las ejerciera con el fin de prestarle un servicio personal en tal sentido a la pasiva.

De modo que ante la falta de acreditación de la prestación personal de sus servicios en favor de la encartada desde el 1 de junio de 1999, no resulta dable dar aplicación a la presunción de la existencia del contrato de trabajo del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

Frente a la pretensión pensional, se ha de indicar que la mismas no tiene espíritu de prosperidad, pese a tratarse de una prerrogativa imprescriptible, ya que, no se dan los requisitos contemplados en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, debiendo mantenerse la decisión apelada.

Finalmente cabe anotar que a partir del principio de congruencia (art. 281 CGP), que se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso, en el sentido de que al juez de la causa solo le está permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, no resulta acomodado a la legalidad que el a quo haya declarado la existencia de un comodato precario, puesto que, no fue motivo de

controversia o debate procesal esta situación jurídica. Téngase en cuenta que lo reclamado y frente a lo cual se excepcionó, fue a partir del principio superior de primacía de la realidad sobre las formas, la existencia de una relación laboral entre los combatientes procesales, regida por un contrato de trabajo. Por esto, se modificará la decisión en lo atinente a la declaratoria del convenio civil (comodato precario) y se despachará favorablemente la excepción inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

En síntesis, al tenerse por cierta la prestación personal del servicio bajo los lineamientos del contrato de trabajo entre las partes en contienda para el periodo entre el 9 de febrero de 1998 hasta el 31 de mayo de 1999, y, por estar prescritas las acreencias por este lapso, y no ser prospera la solicitud pensional, se confirmarán los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia recurrida. Por desbordar la falladora de instancia las facultades inherentes al juez laboral, se revocará parcialmente el numeral cuarto en lo atinente a la declaratoria del comodato precario. En su lugar se declarará probada la excepción inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo desde el 1 de junio de 1999 y se absolverá a la entidad territorial de las demás súplicas.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas al demandante al no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada \$200.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE.

Primero: CONFIRMAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia del 30 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, Norte de Santander.

Segundo: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la misma providencia, declarando probada la excepción inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo desde el 1 de junio de 1999. Se absuelve a la entidad territorial de las demás peticiones.

Tercero: COSTAS a cargo del actor. Inclúyase como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.

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

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Ordinario laboral Rad. 54 001 31 05 004 2015 00762 00

Demandante: José María Ortiz Ortiz

Demandados: Positiva Compañía de Seguros S.A.

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

1º. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Positiva Compañía de Seguros S.A. contra el auto del 14 de mayo de 2021 del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta Norte de Santander.

2º. ANTECEDENTES

José María Ortiz Ortiz inició demanda en contra de Positiva Compañía de Seguros S.A., con la finalidad de que le fuere reconocida pensión de invalidez más perjuicios morales con ocasión del accidente laboral sufrido, y subsidiariamente, la indemnización por incapacidad permanente parcial de acuerdo al porcentaje de pérdida de capacidad laboral que llegare a acreditarse, más los perjuicios morales causados.

En primera instancia el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 10 de noviembre de 2017 condenó a la ARL al pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial, tasada en 12.24 SMLMV a razón de PCL del 25.50%, absolviendo a la pasiva de las

demás pretensiones. Del mismo modo, gravó en costas a la ARL en la suma de \$4.000.000.

El 28 de febrero de 2019, se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia mencionada, confirmándose íntegramente la decisión de primer grado, sin imponer costas.

A través de providencia del 14 de mayo de 2021, se aprobó la liquidación de costas de conformidad con el artículo 366 del CGP, así:

AGENCIAS EN DERECHO PRIMERA INSTANCIA:

A favor de la parte demandante y a cargo de la demandada:

Porvenir S.A.....	\$ 4.000.000,00
TOTAL LIQUIDACION DE COSTAS.....	\$4.000.000,00

Inconforme con lo anterior, Positiva Compañía de Seguros S.A. interpuso el recurso de apelación solicitando el reajuste del valor establecido, aplicando los criterios señalados por el Consejo Superior de la Judicatura de cara a la naturaleza del trámite adelantado.

Indicó que el índice base de liquidación vigente para la fecha de causación de la prestación económica, es de \$496.900, que al multiplicarse por los 12.24 SMLMV reconocidos en la sentencia, arroja un total de \$6.082.056, última suma que ha servir de ruta o parámetro para fijar las agencias en derecho, con límite máximo del 5% en procesos declarativos de doble instancia. Lo que discute no ocurrió, porque el operador judicial determinó tasarlas en \$4.000.000, que representa más del 50% de la condena.

Por medio de auto fechado del 20 de agosto de actual calenda el *A Quo* concedió la alzada.

ALEGATOS DE CONSLUSIÓN: No fueron presentados.

3°. CONSIDERACIONES

Preceptúa el artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable en materia procesal laboral y de la seguridad social por remisión del

artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que las agencias en derecho se fijarán de conformidad con las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas disponen un mínimo o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales.

A su vez, el artículo 2° del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dispone:

ARTÍCULO 2°. Criterios. Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites.

Prevé igualmente el artículo 5° de dicho compendio como tarifas para los procesos declarativos de primera instancia donde se formulen pretensiones de contenido pecuniario, los siguientes porcentajes:

- (i) *De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.*
- (ii) *De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*

A partir de lo señalado, es claro que para la fijación de las agencias en derecho como parte integrante de las costas, además de los topes máximos y mínimos establecidos, deben tener presentes hechos como la naturaleza, duración y calidad de la gestión, la cuantía y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, entre otras.

Así, como en el sub analice se tiene que la demanda se presentó el 24 de noviembre de 2015 (fl. 54), siendo admitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 26 de enero de 2016 (fl. 58), con fallo

de primera instancia del 10 de noviembre de 2017, de segunda instancia del 28 de febrero de 2019 y remitido al juzgado de origen a través del oficio 0189 el 4 de marzo de 2021, con una duración de 5 años y 4 meses -aun mediando la suspensión de términos a raíz del Covid-19-. Que la gestión del procurador judicial de la activa se ajustó al proceder habitual, generando un fallo de primera instancia que concedió las pretensiones, con confirmación íntegra de la decisión en sede de alzada, acomodado a las previsiones legales resulta fijar las agencias en derecho en suma menor a la liquidada por el despacho de origen, tal como lo discute la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A.

Efectivamente, ha de tenerse en cuenta que la petición de “*pensión de invalidez*” fue desestimada por el *A Quo* por no acreditar el actor el porcentaje de pérdida de capacidad laboral exigido por los artículos 9 y 10 de la Ley 776 de 2002 (igual o superior al 50%). En tal sendero, se accedió al pedido subsidiario de reconocimiento de la indemnización por incapacidad permanente parcial, que, de cara a la merma ocupacional de 25.50% padecida por el actor, equivale a 12.24 SMLMV para el año 2009, cuando ocurrió el siniestro de naturaleza laboral.

Por manera que al ascender la condena principal a \$6.082.056, desfasado resulta imponer agencias en derecho por \$4.000.000. Esto, más allá de la considerable duración del trámite judicial. Nótese que el aludido artículo 5° del mencionado Acuerdo PSAA16-10554 fija un porcentaje máximo de condena en costas del 10% de lo reconocido como pretensión pecuniaria, siendo para este caso la suma de \$608.205, pudiendo aumentarse tal rubro hasta \$1.000.000, teniendo en cuenta el espacio temporal que transcurrió entre la decisión de primera instancia y la resolución del recurso de alzada, que permitió la ejecutoria de la misma al haberse denegado el recurso extraordinario de casación formulado por la pasiva.

Son suficientes las razones hasta aquí enunciadas para dar plena acogida al dicho de la inconforme procesal, por lo que se modificará la condena

en costas y agencias en derecho de primera instancia contenida en el auto apelado, fijándolas en valor de \$1.000.000 y a cargo de Positiva Compañía de Seguros S.A.

4° DECISIÓN

Por lo expuesto, Sala de Decisión Laboral, **del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, RESUELVE:**

PRIMERO: MODIFICAR las agencias en derecho de primera instancia fijándolas en \$1.000.000.

SEGUNDO: Aprobar la liquidación de costas en la suma de \$1.000.000 a cargo de Positiva Compañía de Seguros S.A. Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 17 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-004-2016-00204-01, promovido por **Carsocios Ltda.** contra **Positiva Compañía de Seguros S.A.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 456 a 538): Depreca la sociedad accionante se condene a la pasiva al reintegro de \$4.168.172 que canceló a sus trabajadores por concepto de incapacidades causadas en 2008. Asimismo, la reliquidación, con base en el IBC de los auxilios temporales comprendidos entre 2012 y 2013; intereses moratorios, indexación de las condenas, más las agencias en derecho.

Adujo para ello: **1) Que** ejerce actividades relacionadas con la minería de carbón, realizando el pago de riesgos profesionales en clase cinco con un porcentaje de 6.96% del salario variable que devenga cada trabajador. **2) Que** la pasiva al momento de liquidar y pagar las incapacidades temporales otorgadas a sus trabajadores afiliados lo realizó sobre un IBL

inferior al IBC cancelado en la planilla, situación que se presentó entre julio de 2012 y el mismo mes del año 2013. **3) Que** canceló a sus trabajadores las incapacidades de acuerdo al IBC reportado en la planilla, generándose un detrimento patrimonial de \$23.589.932,59. **4) Que** ha solicitado a la demandada el reajuste, corrección, liquidación y pago de las diferencias existentes en las incapacidades, recibiendo respuesta negativa fundamentada en el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012. **5) Que** la pasiva no le reconoció y pago las incapacidades del año 2008 por valor de 4.168.172.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: (Fls 589 al 604) **Positiva** **Compañía de Seguros S.A.** se opuso a la totalidad de las pretensiones. Indicó que el IBL con el cual se realizó el pago de las incapacidades a la empresa correspondió al IBC reportado del mes anterior a la fecha de inicio de la incapacidad y no al mes anterior a la fecha del accidente de trabajo, conforme lo consagra el parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012. Señaló que la demandante no asumió la carga que le competía de demostrar los pagos de incapacidades a los trabajadores, así como el IBC a la fecha anterior de inicio de la incapacidad. Esgrimió como excepción previa la de cosa juzgada parcial respecto las incapacidades radicadas el 4 de agosto de 2008, por haber sido objeto de demanda en otro estrado judicial. Como medios de mérito trajo los de pago total de la obligación, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de título y causa, genérica y prescripción.

ACTUACIONES RELEVANTES SURTIDAS CON ANTELACIÓN A LA SENTENCIA: A través de auto calendado el 19 de septiembre de 2019, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta aceptó el desistimiento de las pretensiones respecto al cobro de las incapacidades para el año 2008 y se tuvo por no presentada la excepción previa de cosa juzgada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el 17 de septiembre de 2021, declaró probada la excepción de prescripción de las incapacidades radicadas con anterioridad al 6 de mayo de 2013, excluyó de la litis las incapacidades número 4 de Miguel Oswaldo Ospina Pérez, las número 313795, 309585, 8083695, 8084021, 310066, 311491, 311656, 312226 a nombre del trabajador Hermes Antonio Quintero, las número 310097, 310376, 311554, 8263401, 8372206 a nombre del trabajador Alfonso Pérez, las incapacidades número 32811, 32588 a nombre de Jorge alcanzar Nova, la incapacidad número 1, a nombre del trabajador John Jairo Sánchez y las No. 819580, 8270469, 8424175 a nombre del trabajador Marciano Martínez Rangel por no encontrarse radicado de reclamación de pago en el formato de la entidad o por no estar contemplada dentro de los hechos de la demandada. Negó el pago de los 32 subsidios restantes y los intereses moratorios perseguidos, declarando próspera la excepción de buena fe. Gravó en costas a la activa.

Consideró que la empresa omitió acreditar la solicitud de pago en los respectivos formatos ante la ARL respecto de las incapacidades que fueron objeto de exclusión de la litis, y que las 235 radicadas con anterioridad al 6 de mayo se encontraban prescritas atendiendo a lo contemplado en el artículo 488 del CST y demás normas concordantes. Señaló que no es cierto que la enjuiciada pagara las incapacidades con IBC de \$589.000, pues al hacer el análisis de cada una de las 32 incapacidades no afectadas por el fenómeno extintivo y aceptadas dentro de la litis, se pudo verificar que en algunos casos se cancelaron con un valor superior al último IBC reportado y pagado en la planilla de autoliquidación. Concluyó que le correspondía a la demandante acreditar los supuestos de hecho alegados desde el escrito introductorio de demanda, no pudiendo el juez edificar un fallo condenatorio fundado en suposiciones.

RECURSO DE APELACIÓN: El extremo activo persigue la revocatoria de la sentencia, solicitando se acceda parcialmente a las súplicas de la demanda y se condene a Positiva Compañía de Seguros S.A. a pagar los reajustes de las incapacidades radicadas con posterioridad al 6 de mayo de 2013 junto con los intereses moratorios. Dice que el juez de instancia no analizó la documental contenida en los archivos digitales comprimidos número 4 y 5 del expediente digital, que dan cuenta de lo pagado por cada trabajador a la ARL dentro del mes anterior al inicio de la incapacidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La parte demandante, replicó los argumentos expuestos en la apelación que elevó ante el *a-quo*. La convocada a juicio se ratificó en lo propuesto en la contestación de la demanda, solicitando mantener incólume el fallo apelado.

3o. CONSIDERACIONES

No es objeto de controversia en el presente proceso que (i) las incapacidades con radicación anterior al 6 de mayo de 2013 se encuentran prescritas, (ii) que fue excluido del litigio el tópico relacionado con el pago de incapacidades número 4 del empleado Miguel Oswaldo Ospina Pérez, las número 313795, 309585, 8083695, 8084021, 310066, 311491, 311656, 312226 a nombre del trabajador Hermes Antonio Quintero, las de código 310097, 310376, 311554, 8263401, 8372206 de Alfonso Pérez, las de referencia 32811, 32588 expedidas a Jorge alcanzar Nova, la número 1 del subordinado John Jairo Sánchez, así como las No. 819580, 8270469, 8424175.

En ese orden y en consonancia con la apelación, el problema jurídico consiste en determinar si con la documental vista en los archivos 4 y 5 del expediente digital se logra demostrar o no la existencia del pago deficitario de las incapacidades negadas por el *a quo* en el numeral 3 de

la sentencia recurrida, respecto el IBL calculado por la pasiva y el IBC reportado en la planilla de aportes.

Ha de indicarse que dichos archivos digitales, corresponden a dos unidades de disco DVD con idéntico contenido, aportados por la demandada en los folios 588 y 623 del expediente físico, contentivos de la prueba documental decretada de oficio por el juzgador en auto del 19 de septiembre de 2019, tendiente a probar el IBC pagado. Por tanto, al haber sido decretada es menester tenerla como tal y realizar el análisis solicitado.

Dicho lo anterior, se realizará el estudio de las disposiciones normativas que hacen referencia al reconocimiento y pago de las incapacidades temporales generadas por enfermedad profesional o accidente laboral.

Es así como la ley 776 de 2002 por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del sistema general de riesgos profesionales, en su artículo 3 consagra que *“Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización (...). A su vez, la Ley 1562 de 2012 estableció la forma como se debe calcular el ingreso base para liquidar las prestaciones, señalando en su parágrafo 2 del artículo 5 que “Para el caso del pago del subsidio por incapacidad temporal, la prestación será reconocida con base en el último (IBC) pagado a la Entidad Administradora de Riesgos Laborales anterior al inicio de la incapacidad médica. (...)*

Se colige de la normativa reseñada, que para realizar la liquidación de las incapacidades temporales, se debe verificar el IBC del periodo anterior al inicio de la incapacidad médica.

En tal sendero y atendiendo a los argumentos esbozados por la alzada, se estudiará si dentro del acervo probatorio ya dicho, se encuentran demostrados los supuestos de hecho esgrimidos en la demanda,

únicamente en referencia con los auxilios por incapacidades señalados en el numeral tercero de la sentencia, esto es, los que cuentan con radicado posterior al 6 de mayo de 2013.

Como pruebas documentales se tienen las vistas dentro del archivo comprimido, tales como expediente Carsocios contentivo de 40 folios relativos a incapacidades del 2008; Carsocios expediente 2 contentivo de 191 folios, que van del 1 al 78 documental incapacidades 2008, folio 79 a 83 solicitudes varias, folio 84 a 165 planilla integrada autoliquidación aportes salud y pensión; folio 166 a 191 planilla integrada autoliquidación ARL; Carsocios expediente 3 contentivo de 34 folios relativos a visitas realizadas por la pasiva; certificaciones consolidado de cotizaciones por cada trabajador; certificado consolidado pago incapacidades por cada trabajador y demanda incapacidades 2008.

Analizado el cúmulo de medios de convicción, no se puede llegar a una conclusión distinta a la del juez primigenio, pues, no se encuentra nada nuevo a lo ya estudiado, aunado al hecho de que ni en la apelación ni en los alegatos presentados en esta instancia se señala qué documentos específicos de los contenidos en el archivo digital comprimido fueron obviados por el sentenciador. Por el contrario, lo que se evidencia es que los pagos realizados por la aseguradora de riesgos laborales a título de incapacidades se ajustan a derecho.

En efecto, se tiene que al trabajador Leandro Beltrán López le fueron generadas las siguientes incapacidades:

Numero incapacidad	Fecha inicio incapacidad	Fecha fin incapacidad	Días
9662579	15/04/2013	25/04/2013	11
356284	27/04/2013	22/05/2013	26
9771371	23/05/2013	4/06/2013	13
9816279	5/06/2013	17/06/2013	13
9816685	18/06/2013	2/07/2013	15
9878126	3/07/2013	12/07/2013	10

Y al revisar el certificado consolidado cotizaciones visto en el archivo digital 1090469991 PMU - folio 1, el cual concuerda con la planilla integrada autoliquidación ARL (fl. 166 a 191 carsocios expediente 2), se logra determinar que el valor de las incapacidades canceladas por Positiva S.A., sí corresponde al IBC del periodo anterior al inicio de la incapacidad médica siendo para este caso el 2012 – 08, por un valor de \$765.000, tal como lo deja ver el siguiente cuadro.

IBC DE LIQUIDACIÓN / SALARIO BASE REPORTADO POR EMPRESA	VALOR PAGO CON APORTES A SALUD Y PENSIÓN	IBC PERIODO INICIO INCAPACIDAD	NUMERO INCAPACIDAD
765.000	798.915	2012 - 08	356284
765.000	338.003	2012 - 08	9662579
765.000	399.458	2012 - 08	9771371
765.000	399.458	2012 - 08	9816279
765.000	460.913	2012 - 08	9816685
765.000	307.275	2012 - 08	9878126

Idéntica situación surge al contrastar la totalidad de las incapacidades con la documental auscultada. Nótese que de las certificaciones consolidadas de cotizaciones aportadas por la pasiva de cada trabajador, es dable predicar que no existe diferencia en lo pagado por la ARL a la empresa, como se especifica a continuación:

NUMERO INCAPACIDAD	FECHA INICIO INCAPACIDAD	IBC DE LIQUIDACION/ SALARIO BASE REPORTADO POR EMPRESA	VALOR PAGO CON APORTES A SALUD Y PENSIÓN	IBC PERIODO INICIO INCAPACIDAD	DOCUMENTO	NOMBRE_AFILIADO
4	14/05/2013	590.000	710.950	2013 - 02	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88234327 PMU - FOLIO 1	BUENAVER ORTIZ CARMEN ELIGIO
363148	14/06/2013	590.000	118.491	2014 - 02	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88234327 PMU - FOLIO 1	BUENAVER ORTIZ CARMEN ELIGIO
1	19/06/2013	590.000	710.950	2015 - 02	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88234327 PMU - FOLIO 1	BUENAVER ORTIZ CARMEN ELIGIO

9662847	19/05/2013	589.500	355.174	2012 - 12	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 13199774 PMU - FOLIO 1	DURAN GUERRERO HENRY ANICETO
9612993	4/05/2013	589.500	355.174	2012 - 12	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 13199774 PMU - FOLIO 1	DURAN GUERRERO HENRY ANICETO
9829184	3/06/2013	589.500	355.174	2012 - 12	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 13199774 PMU - FOLIO 1	DURAN GUERRERO HENRY ANICETO
9829191	18/06/2013	589.500	355.174	2012 - 12	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 13199774 PMU - FOLIO 1	DURAN GUERRERO HENRY ANICETO
9896178	3/07/2013	589.500	473.565	2012 - 12	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 13199774 PMU - FOLIO 1	DURAN GUERRERO HENRY ANICETO
355097	30/04/2013	590.000	379.174	2013 - 02	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 18973545 PMU - FOLIO 1	MARTINEZ RANGEL MARCIANO
6	16/05/2013	590.000	710.950	2013 - 02	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 18973545 PMU - FOLIO 1	MARTINEZ RANGEL MARCIANO
7	15/06/2013	590.000	710.950	2013 - 02	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 18973545 PMU - FOLIO 1	MARTINEZ RANGEL MARCIANO
1	22/05/2013	1.323.000	1.594.215	2013 - 04	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 1093735557 PMU - FOLIO 2	MEJIA PINEDA GILBERTO
7	21/06/2013	898.571	1.082.779	2013 - 05	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 1093735557 PMU - FOLIO 2	MEJIA PINEDA GILBERTO
3	17/05/2013	1.287.000	1.292.363	2013 - 04	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88203966 PMU - FOLIO 2	ORTEGA CARDENAS ILGAR HUMBERTO
6	11/06/2013	1.275.000	307.275	2013 - 05	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88203966 PMU - FOLIO 2	ORTEGA CARDENAS ILGAR HUMBERTO
9595242	26/04/2013	589.500	473.565	2012 - 06	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88272326 PMU - FOLIO 3	OSPINA FLOREZ MIGUEL OSWALDO
9646832	16/05/2013	589.500	236.783	2012 - 06	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88272326 PMU - FOLIO 3	OSPINA FLOREZ MIGUEL OSWALDO
9703492	26/05/2013	589.500	473.565	2012 - 06	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88272326 PMU - FOLIO 3	OSPINA FLOREZ MIGUEL OSWALDO
9816741	15/06/2013	589.500	473.565	2012 - 06	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88272326 PMU - FOLIO 3	OSPINA FLOREZ MIGUEL OSWALDO
9868230	5/07/2013	589.500	118.391	2012 - 06	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88272326 PMU - FOLIO 3	OSPINA FLOREZ MIGUEL OSWALDO
9889511	10/07/2013	589.500	118.391	2012 - 06	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88272326 PMU - FOLIO 3	OSPINA FLOREZ MIGUEL OSWALDO
370267	15/07/2013	589.500	236.783	2012 - 06	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88272326 PMU - FOLIO 3	OSPINA FLOREZ MIGUEL OSWALDO

56662	12/05/2013	589.500	710.348	2012 - 09	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88267537 PMU - FOLIO 3	POLENTINO MENDOZA JUAN CARLOS
5	11/06/2013	589.500	710.348	2012 - 09	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88267537 PMU - FOLIO 3	POLENTINO MENDOZA JUAN CARLOS
368550	11/07/2013	589.500	355.174	2012 - 09	CONSOLIDADO COTIZACIONES ARCHIVO DIGITAL 88267537 PMU - FOLIO 3	POLENTINO MENDOZA JUAN CARLOS

De esta manera las cosas, diáfano deviene que la documental contenida en los archivos 4 y 5 del expediente digital, de la que se duele el apelante, no logra demostrar la existencia del pago deficitario en las incapacidades que dé lugar a disponer la reliquidación de dicha prestación económica, en tanto que los montos liquidados y cancelados guardan fundamento en los IBC reportados por la misma sociedad empleadora. Esto, impone confirmar la decisión de primera instancia en cuanto denegó las súplicas.

Por último, con fundamento en el aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas a Carsocios Ltda, al resultar impróspera su apelación. Se fijarán como agencias en derecho a su cargo y a favor de Positiva Compañía de Seguros S.A., el equivalente a un (1) S.M.M.L.V. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas a Carsocios Ltda. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma equivalente a un (1) S.M.M.L.V. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso ordinario - Rad. 54-001-31-05-004-2019-00207-01

Demandante: Waldo Gómez Duarte (q.e.p.d.)

Demandado: Centrales Eléctricas de Norte de Santander –CENS S.A. ESP-

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

1º. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 1º de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

2º. ANTECEDENTES

En la contestación de la demanda interpuesta por Waldo Gómez Duarte (q.e.p.d.) contra Centrales Eléctricas de Norte de Santander S.A. ESP - CENS-, se esgrimió la excepción previa denominada *“Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones”*. Se dice que se depreca la reinstalación al mismo cargo y funciones desempeñadas, lo cual resulta contradictorio con la indemnización moratoria perseguida. Textualmente se anuncia: *“...mientras solicita el reintegro con el pago de las acreencias laborales dejadas de percibir, que significa que pretende demostrar que hubo continuidad en el contrato y que por lo tanto tendría que ser reintegrado como trabajador de la Empresa, por otro lado también solicita la indemnización del artículo 65 del C.S.T. y de la S.S. que hace referencia a una sanción que se pretende obtener por una supuesta terminación del contrato de trabajo...”*.

En desarrollo de la audiencia prevista en el artículo 77 del CPTSS, el *A Quo*, luego de incorporar al trámite copia del registro civil de defunción del actor, aportado hasta ese momento por su mandatario, determinó correr traslado de la excepción formulada, procediendo la activa a ratificarse en lo planteado en el escrito seminal de demanda. En tal línea, para resolver la cuestión planteada, el referido togado, luego de hacer una presentación de la acumulación de pretensiones a partir del artículo 25 A del CPTSS, concluyó que la reintegración al cargo y la indemnización moratoria son excluyentes. Añade que el vínculo laboral, su continuación y las peticiones que supone la finalización del mismo, son excluyentes entre sí (indemnización moratoria). Indica también que no le resulta posible descubrir lo pretendido principalmente entre reintegro o indemnización, habida cuenta que ambas se propusieron como principales, acotando que debió el extremo activo renunciar a la pretensión de sanción moratoria o plantearla como subsidiaria, lo que no ocurrió. Por esto, declaró próspero el medio dilatorio disponiendo la devolución del expediente a la parte interesada y el archivo de las diligencias, luego de ejecutoriada la providencia.

Inconforme con lo decidido la activa interpone el recurso de apelación a fin de que se revoque tal determinación. Discute que no se puede recaer en un tecnicismo excesivo porque si es posible para el fallador entender el texto jurídico y lo que se peticiona, la falencia de naturaleza netamente procedimental como la resaltada en la excepción previa, no puede dar al traste con el derecho sustancial, menos cuando dice, la presunta irregularidad no fue advertida en auto inadmisorio alguno. También, porque se está obviando la realidad procesal actual, pues asevera que la muerte del actor impide materializar la reinstalación en el cargo que se pide en la pretensión primigenia de la demanda, por lo que arguye, la misma debe quedar relevada de estudio, debiéndose atender los demás pedimentos formulados, en aras de no privar el acceso a la administración de justicia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La activa ratifica los argumentos expuestos en la alzada. Mientras que la convocada a juicio no alegó.

3º. CONSIDERACIONES

No existiendo duda de que la indebida acumulación de pretensiones lleva a que se configure la excepción previa de ineptitud formal de la demanda (artículo 100-5 CGP), ésta se presenta cuando se contraviene lo dispuesto en el artículo 25 A del CPTSS. En otras palabras, cuando se acumulan pretensiones que se excluyen entre sí a no ser que se propongan como principales y subsidiarias. Desde el punto de vista sustancial o material las pretensiones son excluyentes cuando las diversas relaciones jurídicas aducidas en la demanda, no pueden coexistir porque los supuestos de hecho que las sustentan o el petitum de cada una de ellas se niegan mutuamente o son irreconciliables entre sí, como cuando en una se pide algo que acarrea una negación y en otra, una cosa que entraña la afirmación de lo anteriormente negado.

Por manera que, cuando se llega al caso presente y se tiene que dentro de las peticiones la primera consiste en: “**reintegrar** de forma inmediata al cargo igual o superior que venía desempeñando”, la segunda persigue la cancelación de “**indemnización** por despido injustificado”, y la cuarta busca “**indemnización por no pago, constitutiva en un día de salario por cada día de mora** hasta el momento en que se verifique el pago, descrita en el artículo 65 del CST”. Sin mayor esfuerzo se llega a la misma conclusión a la cual arribó el a quo: existe una indebida acumulación de pretensiones entre la reubicación o reintegro del actor al mismo cargo y funciones desempeñadas al momento de la desvinculación, la indemnización por despido sin justa causa y el ordenar a la accionada el pago de la indemnización moratoria. Esto en la medida en que resultan excluyentes las mismas, toda vez que, la reubicación implica continuidad de la relación laboral y la indemnización por despido de que trata el

artículo 64 del CST, así como la moratoria establecida en el 65 *ibídem*, hacen presencia una vez terminado el vínculo laboral.

Absurdo resulta pedir de manera principal que se mantenga una relación laboral y se ordene el pago de unas acreencias y a la vez igualmente de forma principal se ordene el pago de indemnizaciones que se dan luego que ha finalizado la susodicha relación, pues debe precisarse cuál de los pedimentos se eleva en forma subsidiaria, es decir, en caso de no acogerse el primigenio.

Así, no resulta de recibo el dicho del recurrente consistente en que la aplicación de consecuencias de naturaleza procedimental constituye un tecnicismo excesivo, ya que, si bien es cierto, corresponde al juez en su calidad de director del proceso interpretar las manifestaciones de los sujetos en litigio, ello *per sé* no legitima a los sujetos en litigio para trasladar al sentenciador las cargas mínimas y específicas que les corresponden o para inobservar las reglas de presentación de la demanda y debida acumulación de pretensiones, preestablecidas por el legislador.

Máxime, cuando no se está frente al escenario de que la demanda adolezca de claridad y por tanto requiera de la interpretación del togado; sucede es que la activa, partiendo de una clara antitécnica procesal incoó pretensiones que resulta imposible resolver conjuntamente. Falencia en la que insistió incluso después de ponerse de presente el argumento esbozado como fundamentación de la excepción previa y hacer uso del traslado correspondiente, momento en que perfectamente pudo adecuar el acápite petitorio, pero no lo hizo, pretendiendo a la postre trasladar las consecuencias de su desidia procesal en cabeza del funcionario judicial.

Tampoco tiene cabida la teoría de que no es factible aplicar la consecuencia procesal por indebida acumulación de pretensiones en tanto dicho defecto no fue advertido al momento de estudiar la admisibilidad de la demanda. Esto, porque aun cuando el juez no advierta que la acción carece de los requisitos legales establecidos en la especialidad procesal correspondiente, en este caso, las exigencias del artículo 25 del CPTSS, tal

situación no es óbice para que el convocado a juicio resalte tal yerro en la oportunidad correspondiente, que no es otra que al momento de dar contestación formal al escrito de demanda. Sobre este punto importa recordar que las excepciones previas se encuentran diseñadas como una medida de revisión de la validez de las actuaciones adelantadas, en otras palabras, constituyen herramientas de saneamiento con independencia de que se hubiesen inadvertido por el operador judicial.

Mírese como el tratadista Hernán Fabio López Blanco en su obra denominada Procedimiento Civil Parte General, tomo I, páginas 948 y 949, edición 2016, indica:

“...la excepción previa no se dirige contra las pretensiones del demandante sino que tiene por objeto mejorar el procedimiento para que se adelante sobre bases que aseguren la ausencia de causales de nulidad y llegando incluso a ponerle fin a la actuación si no se corrigieron las irregularidades procesales advertidas o si estas no admiten saneamiento. La excepción previa busca que el demandado desde un primer momento, manifieste las reservas que pueda tener respecto a la validez de la actuación, con el fin de que el proceso, subsanadas las irregularidades, se adelante sobre bases de absoluta firmeza corrigiendo, de paso, fallas por omisión en las que incurrió el juez, porque es lo cierto que éste a través de las facultades de inadmisión de la demanda puede desde un primer momento obtener el saneamiento del proceso, deber que persiste a lo largo del mismo...”

Menos puede acogerse el argumento de que al haber acaecido la muerte del titular de la pretensión durante el trámite procesal, resulta inviable para el juez adelantar el estudio del reintegro solicitado, pues confunde el censor la naturaleza del pedido de reinstalación que eleva, con sus consecuencias materiales de su eventual acogida. No se discute que el obitamiento del ex trabajador constituye un impedimento físico para materializar su reincorporación a la empresa, empero ello no obsta para que el *A Quo* adelante el estudio correspondiente de las circunstancias fácticas y jurídicas que ampararon la decisión de desvinculación, para que de hallarla contraria a los postulados constitucionales y legales, la deje sin

efectos, reestableciendo las cosas al estado primigenio previo al despido. Caso en el cual lo que procede es el reconocimiento de una indemnización compuesta de los salarios dejados de percibir por la causa del despido y hasta el hecho de la muerte; ficción jurídica que, en todo caso, también resulta excluyente con la de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, formulada en la demanda.

En síntesis, habiéndose elevado como principales tres pretensiones que por su naturaleza se excluyen entre sí, recuérdese, reintegro, indemnización por despido sin justa causa y sanción moratoria por falta de pago, acertada resulta desde la óptica legal y fáctica la decisión de la primera instancia de declarar próspera la excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones.

Ahora, como es claro que a partir de lo preceptuado en el numeral segundo del artículo 101 del CGP, aplicable en materia laboral por analogía dispuesta en el 145 del CPTSS, la indebida acumulación de pretensiones puede ser subsanada, la decisión de primera instancia no debió encaminarse a disponer el archivo del proceso porque lo que en derecho corresponde es otorgar al extremo activo la posibilidad de corregir la falencia evidenciada a partir del medio exceptivo. En tal línea, comoquiera que la normatividad vigente no precisa sobre un plazo específico para tal fin, se hace necesario acudir al término de cinco (5) días previsto para la corrección de la demanda en caso de devolución de la misma (artículo 28 del CPTSS).

Importa advertir que, si bien el juez concedió al actor la posibilidad de emitir pronunciamiento sobre el medio exceptivo formulado, lo hizo con antelación a la resolución de fondo de dicho planteamiento, y aun cuando es claro que en dicha oportunidad aquel usuario de la administración de justicia pudo corregir el acápite de pretensiones, nada obsta para que luego de declarar próspero el medio de defensa esbozado por la sociedad enjuiciada, se le permita rectificar el yerro.

En tal virtud procede la modificación del proveído impugnado vía apelación en el sentido de otorgar a la parte actora el término de cinco (5) días con el fin de que corrija las pretensiones de la demanda atendiendo a las precisiones efectuados a lo largo de las consideraciones de esta providencia, es decir, clasificarlas en debida forma de cara a la tesis de procedencia de acumulación.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se condenará en costas al recurrente por resolverse desfavorablemente la alzada, debiendo incluirse como agencias en derecho el equivalente a \$100.000, monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4º DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, **RESUELVE: PRIMERO: MODIFICAR** el auto del 1º de septiembre de 2021 proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del circuito de Cúcuta en el sentido de otorgar a la parte actora el plazo de cinco (5) días con el fin de que corrija las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la pasiva. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$100.000. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFIQUESE.

Los magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 31 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2021-00016-00 promovido por **Orlando Ardila López** contra **la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección** y **la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, se surte el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

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

Adujo para ello: **1) Que** nació el 16 de noviembre de 1962 y el 1° de agosto de 1988 se afilió al régimen de prima media con prestación definida, de donde mutó el 17 de enero de 1998 con destino a Protección y luego a Colpatria (hoy Porvenir S.A.), el 1° febrero de 1999. Ambos regímenes donde ha cotizado más de 922 semanas. **2) Que** la vinculación al RAIS se realizó a través de formularios de vinculación, pero nunca fue advertida de los efectos negativos que conllevaba el traslado, indicando que dichos movimientos no fueron libres ni voluntarios al no mediar una verdadera asesoría sobre los riesgos y consecuencias que acarrearían los cambios; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera nulidad de dicho acto. **3) Que** el 5 de mayo de 2020, Porvenir S.A. le entregó la simulación de reconocimiento pensional en el RAIS cuyo resultado arrojó mesada de \$877.803, que resulta bastante desfavorable comparada con la que le hubiese correspondido en el RPM (\$3.315.706). **4) Que** formuló ante las administradoras de pensiones convocadas a juicio petición de nulidad del traslado de régimen sin éxito alguno.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido con excepción de los pedidos subsidiarios en tanto se encuentra dirigidos en forma exclusiva contra los fondos privados. Admitió como ciertos los hechos relacionados con la edad del actor y la reclamación administrativa elevada. Argumentó que éste se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria. Señaló que son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas de las cuales desconoce su veracidad y de la que no existe fundamento que permita la declaratoria de nulidad. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido y falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de materializar los efectos de la ineficacia cuando el demandante ya tiene una

situación jurídica consolidada o adquirió el estatus de pensionado en el régimen de ahorro individual, prescripción e innominada.

Igualmente **Protección** se muestra en contra de las peticiones. Admitió la edad del actor y su traslado efectuado ante el fondo, aspecto sobre el que explicó, se hizo de conformidad con la normatividad vigente en ese momento, por lo tanto, no hay lugar a decretar la nulidad en los términos solicitados, ni a acceder a las demás súplicas. Más, afirma, cuando el término previsto para este tipo de reclamos se encuentra afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción. Sobre los demás factuales dijo que no son ciertos. Fundada en las mismas razones, resistió las pretensiones de pago de pensión de vejez. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la genérica.

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

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 31 de agosto de 2021, resolvió declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que el accionante surtió con las AFP Protección y Porvenir S.A. Condenó a éste último fondo *-donde se encuentran los recursos perseguidos-* a devolver a Colpensiones, en el término impostergable de un mes, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de aquélla, como cotizaciones, bonos pensionales, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado de la accionante del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas a las enjuiciadas.

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

RECURSOS DE APELACIÓN: **Porvenir S.A.** busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que aun cuando la ineficacia tiene como propósito central el retrotraer los efectos del acto jurídico como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones, como asegura, lo son, los hechos consumados como acontece en el sub lite, donde el fondo prestó sus servicios, administró los aportes y generó rendimientos. Pide que, de no acogerse tal argumento, se reconsidere la orden de restitución de frutos y rendimientos porque dice, su producción generó gastos a la AFP que la misma ley reconoce como

comisiones de administración por la gestión de los aportes; igual que afirma, sucede, con el seguro provisional aplicado a la cuenta de ahorro individual que se efectúa en favor de un tercero de buena fe ajeno al proceso. Circunstancia que asevera, contraría lo preceptuado por el inciso final del artículo 964 del Código Civil.

Discute que ningún detrimento de la cuenta del afiliado se puede reputar porque arguye, los rendimientos generados por el RAIS siempre serán superiores a los del RPM en tanto que éste último es un fondo común que no garantiza siquiera la rentabilidad mínima que las AFP están obligadas a reconocer incluso con su propio patrimonio. Y que, el acogimiento de las pretensiones representa una merma contraria a derecho del patrimonio del fondo privado y el aumento injustificado del perteneciente al RPM y la afiliada.

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

Colpensiones también aspira a que se revoque la decisión. Manifestó que no es posible aceptar el traslado del actor a la luz de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó literal e), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al establecer que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la pensión de vejez; evento que satisface la activa al encontrarse en el rango de edad prescrito. En cuanto a la ineficacia del traslado, indica que no es viable, en la medida que la suscripción

del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, ya que, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su artículo 48, sin que se observen vicios en el consentimiento. Asevera que a partir del acto de traslado, el afiliado contaba con la carga ineludible de ejercer diligencia y cuidado en los casi 20 años que se mantuvo en el RAIS, pudiendo haber probado que realizó actos tendientes a mejorar su situación pensional, lo que no ocurrió, al contrario, se convalidó la permanencia con los traslados entre AFP de dicho régimen. Añade que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados.

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

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

Por su parte, Protección, pese a hallarse debidamente enterada del traslado concedido, omitió presentar alegaciones finales.

3o. CONSIDERACIONES

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

comisiones y primas. Asimismo, si la condena en costas resulta ajustada a derecho.

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

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

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

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

La Sala de Casación Laboral aclaró en esos pronunciamientos, que el simple consentimiento vertido en los formatos del traslado de régimen pre impresos

por las administradoras pensionales, no daban por demostrado el deber de información frente al afiliado, ya que, si bien acreditaban un consentimiento, lo cierto que no probaban que este hubiere sido informado.

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

Así, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad en el sub lite, está en cabeza de las AFP Protección y Porvenir S.A., al argumentar el demandante que se omitió información a la hora de trasladarse. Atendiendo entonces, la carga de la prueba mencionada, se hace necesario verificar si el consentimiento que dio Orlando Ardila López para hacer efectivas las mutaciones de régimen pensional, fue informado, es decir, si las AFP codemandadas cumplieron o no con su deber legal de información a partir del precedente judicial de la alta corporación en la especialidad y, de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Se tiene que el actor suscribió tres formularios de afiliación al RAIS: el 16 de enero de 1998 ante Protección, el 3 de diciembre de 1998 a Colpatria y el 20 de septiembre de 1999 hacia Porvenir S.A. Espacios temporales en los que

conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a las AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que ninguna de las encartadas le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a éstas desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron al accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

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

No asumieron entonces Protección ni Porvenir S.A. la carga de desvirtuar, como les correspondía los hechos aducidos por el deprecante como sustento de su pretensión, demostrando para ello lo contrario, esto es, que cumplieron con su deber de información, toda vez que, no bastaba con que señalaran en sus contestaciones de demanda que sí brindaron la asesoría en donde le explicaron en concreto, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin arrimar medio de convicción alguno. Téngase presente que afirmar no es probar. Debieron haber desplegado un importante esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido efectuaron. Lo cual no ocurrió.

En conclusión, los fondos de pensiones convocados a juicio, se sustrajeron al momento de suscribirse los distintos formularios de traslado y en perjuicio del demandante, de suministrar información relevante con la finalidad de

promover su cambio de régimen, es decir faltaron a su deber de ilustrar sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de ellos. No se puede predicar que existió una decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, siendo que tal es un presupuesto de eficacia jurídica de tal acto.

No resulta de recibo en consecuencia, el dicho de Colpensiones sobre la imposibilidad del traslado luego que le faltaren menos de 10 años al afiliado para alcanzar la edad, ya que, de que se trata es de la ineficacia de un acto, valga decir, de la inexistencia del mismo (traslado). Igual suerte corre la afirmación de que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, al realizarse ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su art 48, habida cuenta de que, como ha quedado establecido, si bien pudo existir un consentimiento el mismo no fue informado como lo demanda la jurisprudencia respectiva. Tampoco puede aceptarse que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque ningún medio de convicción se arrió sobre ello.

También se desestima la afirmación de Porvenir S.A. sobre que la existencia de cualquier falencia fue superada con la permanencia por espacio temporal considerable en el RAIS, ya que, la actuación irregular de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por la fidelidad dentro de este último régimen. Ciertamente, la decisión de permanecer en una y otra administradora de ahorro individual o incluso efectuar traslados entre éstas, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Y es que si bien el demandante se vinculó primero a Protección, luego a Colpatria y posteriormente a Porvenir S.A., no de ello puede inferirse que el

afiliado conocía todos los elementos ya referidos para concluir que tales brindaron la información pertinente, transparente y legal.

Nótese que solo se aportó como prueba del cumplimiento del deber de información, los formatos de vinculación, que precisamente se trata de pre-impresos que no detallan el estudio de las circunstancias particulares del demandante que en cumplimiento del deber legal debieron analizarse.

Suficiente lo expuesto para confirmar la decisión del *A-Quo* en lo que se refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo el actor del régimen de prima media al RAIS.

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su momento la AFP Protección, ni en su oportunidad Porvenir S.A., con el deber de información, deberá ésta como última administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Orlando Ardila López, devolver todas las prestaciones que de la afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

En lo que tiene que ver con los gastos de administración, seguro previsional y los frutos, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, son que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló : *“Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez,*

ya por pago de la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...”

Y, como la irregularidad en el acto objeto de debate, se itera fue por conducta indebida de las administradoras privadas, éstas también deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

A partir de lo anterior, no tienen acogida las afirmaciones de las codemandadas pertenecientes al RAIS, de que lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual y no los gastos de administración y primas, que si bien es cierto dicen, ingresan a su patrimonio son para remunerar y cubrir los costos y gastos en que incurrieron para tal fin y que de hacerse, originaría su empobrecimiento injustificado, porque como ha quedado elucidado, las irregularidades presentadas en el acto de traslado les son totalmente achacables, debiendo asumir las mermas sufridas por el capital aportado, destinadas a los gastos de administración y primas.

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

Esto impone e modificar el apartado de la providencia apelada a fin de extender la orden de pago a las codemandadas de naturaleza privada.

Consulta.

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

Condena en costas a Colpensiones en primer grado.

El artículo 365 del Código General del Proceso consagra un criterio objetivo para la imposición de las costas, orientado a que éstas sean cubiertas por la parte que pierde el litigio. Como las pretensiones prosperaron en este juicio, habiéndose opuesto a ello la AFP del RPM no cabe duda que debe ser condenada al pago de las costas del proceso en primera instancia.

En síntesis, como no se encontró que el cambio de sistema pensional se hubiere celebrado con el cumplimiento del deber de información, resulta ajustada a derecho la intelección que, frente a dicho tópico, efectuó la juez de primera instancia, siendo ineludible la confirmación de dicha decisión. Se modificará el numeral segundo de la sentencia a fin de precisar que compete a Protección y Porvenir S.A., reintegrar de las sumas descontadas a la actora a título de gastos de administración, seguro previsional y demás.

Por último, con fundamento en el aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas a Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección, por cuanto sus apelaciones resultaron imprósperas. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una \$400.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR la sentencia del 31 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en el sentido de precisar que compete a Protección y Porvenir S.A., reintegrar de las sumas descontadas a la actora a título de gastos de administración, seguro previsional y demás.

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

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

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

Nidiam Belén Quintero Géives



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Dos (02) de Diciembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-405-31-03-001-2019-00193-00
RADICADO INTERNO:	19.225
DEMANDANTE:	CESAR AUGUSTO MORALES TARAZONA
DEMANDADO:	CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE VILLA DEL ROSARIO N.de S.

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CESAR AUGUSTO MORALES TARAZONA contra El CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE VILLA DEL ROSARIO de N. de S., Radicado bajo el No. 54-405-31-03-001-2019-00193-00, y Radicación interna N° 19.225 de este Tribunal Superior, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 27 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de los Patios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor CESAR AUGUSTO MORALES TARAZONA, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra el CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE VILLA DEL ROSARIO, para que se declare que existió entre las partes, un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 1° de enero de 2007 hasta el 15 de marzo de 2018, el cual terminó de manera unilateral por parte del empleador sin que existiera una de las causales consagradas en el artículo 62 del C.S.T., por lo que tiene derecho al pago de salarios insolutos del 1° de febrero al 15 de marzo de 2018 por valor de \$1.429.376; auxilio de transporte dejados de percibir desde el 1° de febrero al 15 de marzo de 2018, prestaciones sociales, y vacaciones desde el 1° de febrero al 15 de marzo de 2018; la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa; las moratorias por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, y por no pago de cesantías; aportes a seguridad social integral.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que, fue contratado a través de contratos sucesivos a término fijo por el CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE VILLA DEL ROSARIO, de forma continua e ininterrumpida por el término de once (11) años, dos (2) meses y quince (15) días, durante el lapso comprendido entre el 1° de enero de 2007 y el 15 de marzo de 2018.
- Señala, que prestó sus servicios de manera personal en el CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE VILLA DEL ROSARIO, desempeñando los cargos de labores administrativas, de prevención y control de emergencias, bombero maquinista y maquinista bombero línea de fuego según contratos allegados; y dentro de sus funciones

estaban la de atender las emergencias que se presentarán, efectuar mantenimiento locativo y aseo a las instalaciones de la estación, la elaboración diaria de inventarios, y conservación de las maquinas, y todas aquellas labores que por necesidad del servicio se requieran; que cumplió a cabalidad las jornadas de trabajo, diarias diurnas, nocturnas y festivos, en el horario de 6:00 a.m. a 2:00 p.m o 2:00 p.m. a 10:00 p.m. o 10:00 p.m. a 6:00 a.m.

La demandada CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE VILLA DEL ROSARIO contestó de manera extemporánea a la demanda; sin embargo, se decretaron como prueba los documentos aportados con dicha actuación, para resolver sobre las pretensiones.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión:

La Sala conoce del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 27 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de los Patios, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: *Acceder a las pretensiones de la demanda conforme a lo dispuesto en la parte motiva y por los valores allí señalados a las pretensiones principales 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 1.4, 1.6 en los términos expresados.*

SEGUNDO: *No acceder a la pretensión determinadas en los puntos 1.7 y 1.8. Con relación al 1.9 se aclara que esta dentro de las pretensiones que se acceden del numeral primero, en los términos establecidos de las indemnizaciones por sanción de no consignación de las cesantías de los años 2007, 2008, 2009, y 2010, por lo expuesto.*

TERCERO: *CONDENAR en costas a la parte demandada.”.*

2.2. Fundamento de la decisión.

La jueza *a quo* fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que el problema jurídico consiste en determinar si el demandante demostró la existencia del contrato de trabajo alegado en la demanda, acorde a los artículos 22 a 24 del C.S.T. y siguiendo las reglas de la carga de la prueba.

- Advierte que ante la falta de contestación oportuna y la inasistencia del demandado al interrogatorio de parte, se encuentra reforzada la presunción en favor del demandante y por ende, la actuación procesal de la demandada permite acceder a declarar la existencia del contrato de trabajo desde enero de 2007 al 31 de enero de 2018 conforme a los documentos obrantes y sobre el mes y medio del cual se reclama en la demanda, si bien se dijo en los alegatos de conclusión que ese período se cubrió por una orden de prestación de servicios, esto no se probó, por lo que se entiende prorrogado el contrato que finalizó el 31 de enero de 2018.

- Que no fue probada la terminación unilateral sin justa causa por parte del demandado, ya que las pruebas aportadas indican que fue el actor quien renunció voluntariamente y tampoco demostró que fue coaccionado para ello.

- En cuanto al pago de prestaciones sociales, señaló, que se encuentra probado en el expediente que estas fueron pagadas al demandante del año 2011 al 31 de enero de 2018, por lo que solo condena al pago de estas del año 2007 al 2010 por \$484.500, \$516.500, \$556.300, \$576.500,

respectivamente así como las cesantías del 1 de febrero al 15 de marzo de 2018 por \$130.141.

- Ordena también pago por salarios no cancelados de \$1.429.376, transporte \$132.317, intereses a cesantías \$1.952, prima de \$130.141 y vacaciones \$59.559, para un total de \$1.883.484.

- Además condena a la demandada a realizar los aportes en seguridad social integral de 2008 a 2011, por lo que deben cubrirse mediante el pago del cálculo actuarial correspondiente.

- Respecto de las indemnizaciones por no consignación de cesantías de 2007 a 2014, dispone condena respecto de 2007 a 2010 conforme se condenó por pago de las mismas y acorde se liquidaron en la demanda; absolviendo por la moratoria del artículo 65 del C.S.T., por estimar que no hubo mala fe.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión señalando:

Que la jueza *a quo*, no les dio el peso jurídico a los documentos aportados por parte de la demandada, los cuales de manera clara y contundentes demuestran que las actuaciones del Cuerpo de Bomberos Voluntarios se ajustan al Código Sustantivo del Trabajo y que dicho documento permite apreciar la buena fe dentro de la relación contractual que existió entre el Cuerpo de Bomberos Voluntario y el señor Cesar Augusto.

Por ende, reiteró su desacuerdo con la decisión tomada, porque en los elementos probatorios presentado se evidencia que las pretensiones y los hechos planteados por el demandante carecen de verdad, es decir, que con los elementos presentados se puede evidenciar y probar los hechos que en la contestación de la demanda se plantea; pues se cancelaron las prestaciones sociales y seguridad social de los tiempos en que estuvo vinculado formalmente a la institución, por lo que solicita se revoquen las condenas impuestas.

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

¿Si el CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DEL MUNICIPIO DE VILLA DEL ROSARIO adeuda prestaciones sociales al actor CESAR AUGUSTO MORALES TARAZONA respecto de las relaciones laborales que se suscitaron entre 2007 y 2018?

7. CONSIDERACIONES

En el presente asunto, el señor CESAR AUGUSTO MORALES TARAZONA, interpuso demanda ordinaria laboral contra el CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE VILLA DEL ROSARIO para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1° de enero de 2007 hasta el 15 de marzo de 2018 y solicitó el pago de una serie de prestaciones concretas: salarios dejados de percibir, auxilio de transporte, cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social de febrero y marzo de 2018, indemnización por despido injusto, sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., sanción por no consignación de las cesantías de 2007 a 2014 e indexación; declarándose extemporánea la contestación de la entidad demandada.

En este caso, la jueza a quo consideró, que, aplicando las presunciones derivadas de la prestación del servicio personal, y por la ausencia de la contestación de la demanda e inasistencia al interrogatorio de parte, era procedente declarar la existencia del contrato de trabajo desde enero de 2007 al 31 de enero de 2018 conforme a los documentos obrantes y el que el último contrato se prorrogó hasta marzo 15 de 2018.

Señaló, que conforme a la documental aportada, fueron pagadas al demandante todas las prestaciones del año 2011 al 31 de enero de 2018 y por ende, solo condenó por lo solicitado del período febrero y marzo de 2018, por cesantías de 2007 a 2010, así como a la moratoria por la no consignación oportuna de estas cesantías de 2007 a 2010 y aportes a seguridad social de los años 2008 a 2011 y absolvió por las demás pretensiones.

Conclusiones a las que se opone el apoderado de la pasiva, quien apeló indicando, que deben revocarse las condenas impuestas dado que se cancelaron las prestaciones sociales y seguridad social de los tiempos en que estuvo vinculado formalmente a la institución, indicando que se valoraron indebidamente los documentos aportados y que la entidad actuó con buena fe.

Por aplicación del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., la sentencia de segunda instancia debe estar acorde a las materias objeto de apelación y ante ello, la competencia de esta Sala se limita a los asuntos sobre los que controvertió el apelante; en este caso, como el demandante no interpuso recurso no es posible evaluar las pretensiones sobre las que hubo absolución como la indemnización por despido injusto y la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Respecto de la parte demandada, esta se limita a solicitar absolución por las condenas impuestas, alegando, que la entidad cumplió con las prestaciones que legalmente le correspondían y que actuó de buena fe; es decir, no controvertió la declaratoria de la relación laboral y sobre esta premisa, la Sala entrará a determinar si efectivamente dentro de la documental aportada, obran pruebas que acrediten el cumplimiento sobre los períodos en que hubo condena.

En consecuencia, no existe discusión respecto al hecho que el Señor CESAR AUGUSTO MORALES TARAZONA, prestó sus servicios al CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE VILLA DEL ROSARIO, desde 1° de enero de 2007 hasta el 15 de marzo de 2018, en el cargo de Bombero Voluntario, discusión frente a lo cual, esta Sala ha emitido previos pronunciamientos sobre la naturaleza voluntaria de esta actividad y negado la procedencia del contrato realidad; pero al haber quedado zanjada esta controversia en primera instancia, lo que corresponde definir exclusivamente es si se

demonstró el pago de las cesantías de 2007 a 2010 y las prestaciones por el período de febrero a marzo de 2018.

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, respecto del cumplimiento de obligaciones laborales a cargo del empleador se aportaron los siguientes documentos:

- Liquidación del período del 1 al 31 de enero de 2018, cancelando cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios y vacaciones del período 2016-2017 acumuladas, firmada por el trabajador. (Fol. 174)
- Liquidación de prestaciones del 1 de enero al 31 de diciembre de 2007, cancelando la suma de \$484.500 por cesantías, \$29.070 por intereses a cesantías y \$242.250 por vacaciones, firmada por el trabajador. (Fol. 175)
- Certificaciones de pago de las bonificaciones por rango de los años 2011, 2012, 2013, 2015, 2016 y 2017, sin firmas.
- Certificado de pago de aportes a ASOPAGOS por los períodos de febrero de 2012 a septiembre de 2014, de enero de 2015 a enero de 2018 (Fol. 180-250) y de febrero de 2008 a enero de 2012 (Fol. 279-327)
- Comprobantes de egreso firmados por el actor recibiendo: (Fol. 252-
 - Prima de servicios segundo semestre 2011, 2010,
 - Prima de servicios primer semestre 2012, 2010, 2009, 2008
- Liquidación del período de 10 de julio de 2013 a septiembre 19 de 2014, cancelando \$954.221 por cesantías, \$114.506 por intereses a cesantías, \$367.889 por vacaciones y \$175.310 por prima de servicios, firmado por el actor. (Fol. 261)
- Liquidación del período del 21 de junio de 2012 al 21 de junio de 2013, cancelando \$737.020 por cesantías, \$88.442 por intereses a cesantías y \$294.750 por vacaciones, firmado por el actor. (Fol. 262)

- Liquidación del período de mayo 4 de 2011 a mayo 3 de 2012, cancelando \$717.696 por cesantías, \$86.124 intereses a cesantías y \$283.350 por vacaciones, firmado por el actor. (Fol. 263)
- Liquidación del período del 1 de enero al 13 de abril de 2011, cancelando \$192.778 por cesantías, \$23.133 por intereses a cesantías y \$76.261 vacaciones, firmado por el actor. (Fol. 266)
- Liquidación del período del 13 de abril al 31 de diciembre de 2010, cancelando \$411.557 por cesantías, \$49.387 por intereses a cesantías y \$183.826 por vacaciones, firmado por el actor. (Fol. 268)
- Liquidación del período del 1 de enero al 10 de marzo de 2010, cancelando \$112.097 por cesantías, \$2.616 por intereses a cesantías y \$56.049 por vacaciones, firmado por el actor. (Fol. 269)
- Liquidación del período del 12 de febrero al 31 de diciembre de 2009, cancelando \$492.944 por cesantías, \$52.416 por intereses a cesantías y \$246.472 por vacaciones, firmado por el actor. (Fol. 271)
- Liquidación del período del 22 de enero de 2008 al 22 de enero de 2009, cancelando \$515.500 por cesantías, \$81.980 por intereses a cesantías y \$258.250 por vacaciones, firmado por el actor. (Fol. 273)
- Liquidación del período del 1 de enero al 31 de diciembre de 2007 cancelando \$484.500 por cesantías, \$29.070 por intereses a cesantías y \$242.250, firmado por el actor. (Fol. 275)
- Comprobantes de pago quincenal de enero de 2007 a mayo de 2012 (Fol. 326-453)

Conforme a los documentos referenciados, se entrarán a revisar las condenas impuestas en los dos períodos correspondientes:

a. Cesantías de 2007 a 2010 y sanción por no consignación oportuna de cesantías

La jueza *a quo* determinó que, conforme a las pruebas obrantes al plenario, encontraba prueba de los pagos realizados por concepto de cesantías de los períodos 2011 a enero de 2018, pero en ausencia de los 4 años anteriores procedía su reconocimiento y la sanción por no consignación oportuna.

Al respecto, como se observa en las liquidaciones anexas, el empleador canceló directamente al trabajador \$484.500 por cesantías de 2007, \$515.500 por cesantías de 2008, \$492.944 por cesantías de 2009 y \$523.654 por cesantías de 2010; respecto de lo cual, conforme a la actuación procesal desplegada por la demandada en los alegatos de conclusión se desprende de su creencia de estar regida por múltiples y sucesivos contratos a término fijo.

Sin embargo, esta situación no fue debidamente demostrada al plenario pues no se aportaron todos los contratos a término fijo que para ser válidos deben constar por escrito, por expresa disposición legal y por ello la jueza *a quo* declaró el contrato indefinido de 2007 a 2018; lo anterior, impone que el empleador estaba obligado a consignar las cesantías al fondo donde estuviera afiliado el actor, como establece el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y al no proceder correctamente, se aplica la sanción del artículo 254 del C.S.T., que reza:

“PROHIBICION DE PAGOS PARCIALES. Se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y

si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.”

En consecuencia, pese a estar demostrado que este pago se efectuó en su momento, al no haber evidenciado que el contrato fue a término fijo y los períodos en que se ejecutó para revestirlos de legalidad, se entienden ineficaces y procede nuevamente la condena en contra. Si bien esta situación se extiende a las cesantías de los años siguientes, por estas no hubo condena y el demandante no apeló, por lo que en virtud de la *no reformatio in pejus*, es improcedente extender sus efectos.

Respecto de la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, el apelante expone que todas las actuaciones estuvieron revestidas de buena fe y que cumplieron con las obligaciones laborales a su cargo en el curso de la relación laboral.

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.

En el presente asunto, está evidenciada la existencia de pagos parciales de cesantías, justificados por el convencimiento de la demandada sobre que entre las partes existieron contratos a término fijo durante los respectivos períodos en que se materializaron esos pagos; si bien al plenario no se aportaron todos los contratos a término fijo y por eso se declaró uno a término indefinido, la totalidad de las pruebas documentales permiten avizorar la intención permanente de la entidad demandada para garantizar el pago de las prestaciones al trabajador, pues en el curso de la relación canceló cumplidamente tanto los salarios como las demás prestaciones y las bonificaciones correspondientes.

Mal podría afirmarse que existió mala fe cuando se evidencia con tanta claridad que el CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE VILLA DEL ROSARIO, fue cumplida con el pago de las cesantías al finalizar los períodos anuales en que creía existían contratos con término preclusivo que tenía que liquidar y cuyo pago, si bien perdió por disposición legal, no realizó con la intención de defraudar al trabajador, quien sí disfrutó anualmente de sus cesantías.

Por lo anterior, se revocará parcialmente el numeral segundo que condenó por la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1993 y en su lugar se absolverá a la demandada por esta pretensión.

b. Prestaciones sociales del 1 de febrero al 15 de marzo de 2018

Respecto de este período, se advierte que la demandada canceló las prestaciones del actor hasta el 31 de enero de 2018 y manifestó en sus alegatos de conclusión que el período de febrero y marzo lo laboró de manera parcial, cubriendo turnos y por una orden de prestación de servicios por la cual presentó la respectiva cuenta de cobro; sin embargo, como se explicó en precedencia, esta situación no quedó demostrada en manera alguna y al evidenciarse la prestación de servicios, se incorporó este mes y medio como parte de la relación laboral que unió a las partes por más de 10 años.

Del reseñado documental no se desprende ninguna prueba que permita demostrar el pago de prestaciones por el período de febrero y marzo de 2018, aunque se aportó con la demanda la cuenta de cobro presentada; por lo que, al corresponder la carga de demostrar el pago a la demandada y no cumplirla, debe imputársele la consecuencia desfavorable que es la condena para su reconocimiento.

En consecuencia, se confirmará el numeral primero de la providencia apelada.

c. Condena por aportes a seguridad social.

Finalmente, la jueza *a quo* condena a la demandada a realizar los aportes en seguridad social integral de 2008 a 2011; sin embargo, revisado el historial de cotizaciones aportado con la demanda y teniendo en cuenta los certificados de pago de aportes anexados por la demandada, es posible verificar el pago casi total de estos períodos a cargo de la demandada. Solo existen pagos incompletos en los períodos de enero y febrero de 2009, marzo de 2010 y abril de 2011, alegando retiros que como se señaló no fueron demostrados; por lo que se revocará parcialmente esta condena y se ordenará solamente el pago del cálculo actuarial para cubrir estos períodos incompletos.

Al prosperar solo parcialmente el recurso de apelación, se condenará en costas de segunda instancia a la demandada de manera parcial y se fijará como agencias en derecho por la suma de \$250.000, a favor del 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: REVOCAR parcialmente el numeral segundo de la sentencia del 27 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de los Patios, y en su lugar se dispone **ABSOLVER** al CUERPO DE BOMBEROS

VOLUNTARIOS DE VILLA DEL ROSARIO de la pretensión 1.9, sanción moratoria por no consignación de las cesantías de 2007 a 2010 y solo ordenar el pago del cálculo actuarial para cubrir los períodos incompletos de enero y febrero de 2009, marzo de 2010 y abril de 2011

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás apartes de la providencia impugnada, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR parcialmente en costas de segunda instancia a la demandada de manera parcial. Fijar como agencias en derecho por la suma de \$250.000, a favor del actor

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



(Con salvamento parcial de voto)
JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL

PARTIDA TRIBUNAL: 19.225

DEMANDANTE: CESAR AUGUSTO MORALES.

DEMANDADO: CUERPO DE BOMBEROS
VOLUNTARIOS DE VILLA DEL ROSARIO.**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

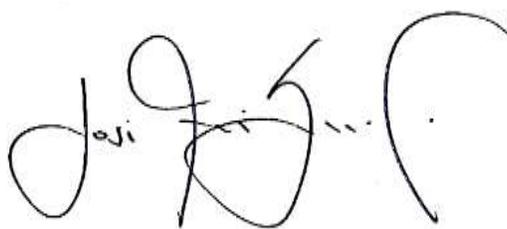
Con el acostumbrado respeto con mis compañeros, me permito apartarme de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala, mediante la cual se resolvió **ABSOLVER** a la demandada de la indemnización moratoria por no consignación de cesantías al respectivo fondo regulada en el No 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, bajo el argumento de la “existencia de pagos parciales de cesantías, justificados por el convencimiento de la demandada sobre la existencia de contratos a término fijo, durante los periodos en que se materializaron los pagos”.

A juicio del suscrito, el hecho que no exista dentro del plenario evidencia documental sobre la presunta relación ejecutada bajo los parámetros de un contrato a término fijo, impedían al empleador, dada la naturaleza del contrato a término INDEFINIDO declarado, liquidar anualmente las prestaciones sociales del señor CESAR AUGUSTO MORALES, omitiendo su obligación de consignación de las cesantías, al respectivo fondo, conforme lo ordena el artículo 99 de la Ley 50 de 1.990.

En efecto, atendiendo lo dispuesto en el No 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1.990, la sanción moratoria allí consagra, castiga no la negativa en el pago de las cesantías al trabajador, sino su omisión de CONSIGNAR dicha prestación en el respectivo fondo de cesantías dentro de los términos legales, y si bien es dable que el empleador cancele directamente al trabajador el monto de dicha prestación a la TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, en el sub-examine, como se advirtió, dada la naturaleza del vínculo laboral declarado (contrato a término indefinido), la demandada no podía entregar al trabajador su liquidación anual de

cesantías, sencillamente porque el contrato de trabajo no expiraba anualmente, práctica que al desconocer la normatividad legal, impide reconocer BUENA FE, en la conducta del empleador, debiéndose a juicio del suscrito, CONFIRMAR la condena a la sanción moratoria por no consignación de las cesantías del trabajador emitida por la Juez A quo .

En estos breves términos salvo parcialmente mi voto dentro del proceso ordinario laboral ya referenciado.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jose Andres Serrano Mendoza', with a large, stylized flourish on the right side.

JOSE ANDRES SERRANO MENDOZA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se surte el grado de jurisdicción de consulta de la sentencia del 9 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios – Norte de Santander, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-405-31-03-001-2021-00029-00, promovido por **Carlos Alberto Leal Tarazona** contra **Termotécnica Coindustrial S.A.S.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 29 a 34): Depreca el accionante se condene a la pasiva al pago de cesantías causadas en 2019, intereses a éstas y las relativas al 2020, prima de servicios, más vacaciones compensadas en dinero. Sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST y la del 99 de la Ley 50 de 1990, más las costas y agencias en derecho.

Adujo para ello: **1) Que** el 17 de enero de 2017, por conducto de contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, vinculó su fuerza de trabajo al servicio de la convocada a juicio para desempeñar labores de “operario de vehículo pesado”; tarea que cumplió cabalmente hasta el 28 de mayo de 2020, cuando fue desvinculado por decisión unilateral de su empleador. **2) Que** el último salario percibido fue de \$2.049.750. **3) Que** durante la ejecución del contrato presentó merma en su estado de salud debido a fuertes dolores musculares que limitaron su movilidad, situación

fáctica que a la postre conllevó a la calificación de la pérdida de su capacidad laboral en porcentaje del 60.10%, que motivó el reconocimiento de pensión de invalidez a su favor, por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones. Razón por la cual, dice, fue despedido a partir del 28 de mayo de 2020, conforme a misiva fechada del 12 del mismo mes y año. **4) Que** el 25 de septiembre de 2020, solicitó por escrito el pago de su liquidación, obteniendo respuesta negativa bajo el argumento de haber percibido presuntamente, pagos dobles a título de incapacidades de origen común, que dice, no encuentran respaldo probatorio alguno, más allá de un cuadro demostrativo en el que se consignan las supuestas fechas de consignación y los valores. **5) Que** la pasiva se hallaba en la obligación de realizar la consignación de las cesantías causadas en 2019, a más tardar, el 14 de febrero del año siguiente, actuación que incumplió y por tanto se hace acreedora de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA (fls. 55 a 62): **Termotécnica Coindustrial S.A.S.** se resistió a las súplicas. Argumenta que al actor se le pagó un total de \$13.163.069 por concepto de incapacidades superiores al día 540; dinero consignado en su cuenta de nómina, sumas de dinero que no lograron recaudarse dentro del proceso de recobro ante la Nueva EPS, en tanto esta entidad demostró que también canceló directamente tal auxilio al ex trabajador afiliado. Discute que con apego en la cláusula décima del contrato de trabajo procedió a descontar de la liquidación del demandante un total de \$8.732.366, adeudando a la fecha \$4.430.703 de los dineros que se apropió injustificadamente, siendo descarada, señala, la pretensión de pago de liquidación final de prestaciones sociales cuando converge tal situación. Propuso como medios exceptivos inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, enriquecimiento injusto, compensación, buena fe, pago, prescripción y la genérica.

ACTUACIONES RELEVANTES PREVIAS A LA SENTENCIA: A través de escrito allegado al buzón electrónico del despacho de origen, el procurador del accionante informó acerca del fallecimiento de éste en fecha 23 de agosto de 2021, solicitando a su vez, tener como sucesora procesal a su cónyuge Blanca Inés Mora Santander, a lo que se accedió en posterior diligencia de juzgamiento (fls. 172 a 176).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Civil del Circuito de Los Patios- Norte de Santander, el 9 de septiembre de 2021, absolvió a la demandada y gravó en costas a la activa.

Consideró que verificado el acervo se probatorio se encontró que la pasiva notificó al demandante vía correo sobre la necesidad de descontar de su liquidación final las sumas que le fueron pagadas a título de subsidios por incapacidad, atendiendo a que el mismo también fue otorgado por la Nueva EPS S.A., como dan cuenta tanto la certificación histórica expedida por dicha entidad, allegada junto con la contestación de demanda y la confesión del ex trabajador fallecido al momento de rendir interrogatorio de parte. Dijo que las deducciones materializadas por la pasiva frente a la liquidación de aquél a título de compensación, encuentran asidero en la normatividad vigente en tanto que la prohibición de deducciones de que trata el 149 del CST tiene cabida durante la vigencia del contrato, no cuando ya ha finalizado. Se abstuvo de condenar en costas para no hacer más gravosa la situación del actor.

3o. CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar que entre los sujetos en contienda no existe discrepancia sobre que **(i)** los unió un contrato de trabajo a término fijo gestado entre el 17 de enero de 2017 y mayo 28 de 2020, **(ii)** debido a la afección de salud experimentada por el trabajador fue calificado con pérdida de capacidad laboral del 60.10%, luego de lo cual le fue reconocida pensión de invalidez por parte de Colpensiones a partir del 9 de septiembre de 2019, con apego en el dictamen 5492988-284 de 2019, y que **(iii)** por tal circunstancia se produjo el despido del colaborador.

En tal línea y en consonancia con el objetivo del grado de jurisdicción de consulta, el problema jurídico consiste en determinar si se encuentran acomodados a la legalidad los descuentos efectuados de la liquidación final del ex trabajador. En caso negativo, si hay lugar o no al pago de las prestaciones e indemnizaciones deprecadas a cargo de la encartada.

Para la resolución, es menester partir inicialmente del artículo 59 del CST, de cuyas voces se extrae que está vedado al empleador deducir, retener o compensar suma

de dinero alguna del salario y prestaciones en dinero que devenga el trabajador, a menos que cuente, en cada caso, con una autorización suscrita por éste o con una orden judicial que así lo determine.

Dispone a su vez el canon 149 del mismo cuerpo legal, que quedan especialmente sometidas a esta prohibición: los descuentos o compensaciones por uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados, o pérdidas o averías de elementos de trabajo; avances o anticipos del salario, entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento.

A su turno, el numeral 2º de la mentada prohibición establece que, aun cuando medie autorización del trabajador, el empleador no podrá efectuar retenciones o deducciones cuando ellas afecten el salario mínimo legal o convencional, o la parte del salario declarada inembargable conforme al artículo 154 y siguientes del Estatuto Adjetivo Laboral, o en cuanto el total de la deuda supere el monto del salario en tres meses. No obstante, esta prohibición en cualquiera de las tres hipótesis señaladas, puede ser levantada mediante autorización especial proferida por el Inspector del Trabajo, cuando previo a ello, hubiese mediado una petición conjunta del empleador y trabajador tendiente a la autorización de préstamos, anticipos, retenciones, deducciones o compensaciones (artículo 151 *ibídem*).

Distinto escenario converge una vez finalizado el contrato de trabajo, en tanto que, bajo tal égida desaparece el sustento jurídico que prohíbe al empleador hacer compensaciones sobre el valor del salario y las prestaciones sociales del trabajador, respecto a las sumas que adeude en razón de obligaciones pendientes para con él, pues, a partir de ese momento, dador del laborío y empleado regresan al plano de la igualdad al desaparecer la subordinación jurídica propia del vínculo laboral. La razón de ser de tal intelección consiste en que, al hacer la liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales con el propósito de cumplir su obligación, el empleador a su vez debe contar con la posibilidad de obtener el cumplimiento de las que incumben al trabajador.

En tal línea se enfoca el actual criterio de interpretación del órgano de cúspide de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral. Mírese como en sentencia SL525 del 17 de febrero de 2020 se reflexionó:

*“...es dable entender que no se puede descontar, retener, deducir o compensar valor alguno del sueldo o prestaciones de un trabajador sin la autorización expresa y por escrito de éste durante la vigencia de la relación de trabajo, para evitar abusos por parte de las empresas, pero nunca ha sido el objetivo de la ley exonerar de responsabilidades al trabajador frente a sus deudas para con la empresa. Difiere el entendimiento de la norma cuando se está en el momento de la terminación de la relación de trabajo y el trabajador presenta deudas para con su empleador; en estos casos **no se requiere, en rigor, de autorización escrita de descuento**, pues las normas prohibitivas de la compensación o deducción sin autorización expresa del trabajador, rigen durante la vigencia del contrato de trabajo, pero no cuando éste termine.”* -Se destaca-

Por manera que, cuando bajo el amparo de las anteriores reseñas legales y jurisprudenciales se llega al presente caso, encontrando que el actor fallecido percibió pagos dobles por conceptos de auxilios de incapacidad reconocidos tanto por la Nueva EPS S.A. en valor de \$18.657.570, como por la encartada por \$13.163.069, según se colige de la certificación contentiva del histórico de los subsidios expedidos (fls. 138 y 139) y el documento expedido por la entidad bancaria Bancolombia (fls. 141 a 145), es claro que Termotécnica Coindustrial S.A.S., estaba legitimada para perseguir el recobro de lo adeudado afectando incluso la liquidación final de prestaciones del trabajador en tanto que ya había cesado el vínculo de trabajo.

No puede pasarse por alto que fue el mismo incoante quien al momento de rendir interrogatorio de parte en audiencia celebrada el 13 de julio del año en curso, confesó haber recibido el pago del auxilio por parte de la Nueva EPS S.A. y tener conocimiento sobre que la empresa enjuiciada efectuó consignaciones en su cuenta bancaria, precisando ignorar el monto de las mismas por su condición mental y en

la medida en que los retiros de los dineros eran realizados por sus familiares atendiendo a su delicado estado de salud.

Así las cosas, se tiene que la compensación ocurrida una vez terminado el contrato de trabajo se sale de las previsiones contenidas en los artículos 149 y siguientes del C.S.T. e implicaba para el extrabajador -no la carga de probar que se hizo la compensación- hecho que quedó probado con el finiquito, sino de demostrar que el descuento en realidad resultaba injustificado. Prueba que brilla por su ausencia en la medida en que, según confesión realizada por el propio actor, sí percibió la duplicidad de dineros de que se duele la pasiva, que ni siquiera alcanzó a cubrir con las deducciones de que fue objeto su liquidación, porque como se dijo, tan solo ascendió a \$8.732.366 cuando lo adeudado se fija en valor de \$13.163.069.

Por fuerza de lo dicho, teniendo en cuenta que la compensación realizada por Termotécnica Coindustrial S.A.S. sobre las prestaciones del demandante además de realizarse con posterioridad a la terminación del contrato, obedeció al cobro de lo pagado injustificadamente a aquél, la decisión de primera instancia debe ser confirmada en su integridad, en tanto se abstuvo de conceder las súplicas.

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

4o. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE. Primero: CONFIRMAR** la sentencia del 9 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Los Patios, Norte de Santander. **Segundo:** Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,



ELVER NARANJO

Elver Naranjo



Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, 2 de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se surte el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 15 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-498-31-05-001-2017-00335-01, promovido por **María Audelina Guerrero Mendoza** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-**, trámite al que fue vinculada **Osmany Antonia Martínez Hernández**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (folios 3-10): Depreca la actora en calidad de cónyuge, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del pensionado Saúl Helí Aley Gómez. Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más las costas procesales. Solicita en forma subsidiaria, la indexación de las mesadas causadas y no pagadas junto con las condenas consecuenciales ya indicadas.

Adujo para ello: **1) Que** Saúl Helí Aley Gómez ostentó el estatus de pensionado desde noviembre de 2015 hasta el 4 de mayo de 2016, fecha de su fallecimiento. **2) Que** el obitado estuvo casado con Osmany Antonia Martínez Hernández desde el 9 de mayo de 1970 hasta el 25 de

octubre de 2010, según sentencia que declaró la cesación de efectos civiles del matrimonio católico emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Ocaña. **3) Que** conformó unión marital de hecho con el fallecido, con quien convivió por más de 9 años hasta cuando él murió en su compañía. **4) Que** la declaración extra juicio dejada por el causante y el acervo probatorio permite inferir claramente su calidad de compañera permanente y por tanto la única beneficiaria para el otorgamiento de la prestación perseguida que aquél dejó causada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 64-75): La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones se opuso a las peticiones. Explicó que la demandante no ostenta la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en tanto no acredita el tiempo de convivencia exigido por la ley, esto es, el último quinquenio anterior a la muerte del causante. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, buena fe y prescripción.

ACTUACIONES RELEVANTES SURTIDAS CON ANTELACIÓN A LA SENTENCIA: A través del auto admisorio de la demanda calendado el 17 de enero de 2018 (fl. 48), la agencia judicial de primera instancia dispuso integrar a la litis y notificar a Osmany Antonia Martínez. Ante la imposibilidad de notificar a la vinculada, en auto adiado el 9 de julio de 2018 (fl. 84) el a quo le nombró curador ad litem y ordenó su emplazamiento.

Notificado el curador ad litem, procedió a contestar la demanda oponiéndose a la totalidad de las súplicas. Asevera no constarle los hechos y ateniéndose a lo que resulte probado en el proceso. (fl. 89-90).

El 25 de enero de 2019 (fl. 97), se agotaron las etapas procesales consagradas en el artículo 77 del CPTSS, declarando la demandante, testimoniando Efraín Armando Jaimes Ortega y Claudina Carvajal De Guerrero.

Mediante proveído de 27 de mayo de 2019 (fl. 126-127) y por petición de Osmany Antonia Martínez, el Juzgado de origen declaró la nulidad de todo lo actuado, inclusive del auto que nombró curador ad litem y ordenó el emplazamiento de la vinculada, le permitió conainterrogar a las personas que declararon y la tuvo notificada por conducta concluyente.

Osmany Antonia Martínez (fl. 128-141) dio contestación al libelo introductor, resistiendo las pretensiones y en su defecto petición a su favor la sustitución pensional, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación, más las costas procesales.

Acepta los hechos que tienen respaldo documental. Afirma que convivió con el causante de manera continua e ininterrumpida por más de 46 años, pues pese a la cesación de efectos civiles no se rompió la convivencia habida cuenta que esta decisión se tomó para conservar su patrimonio. Advierte que no le consta que existiera relación alguna con la actora.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, el 15 de octubre de 2019, negó las peticiones de la actora, así como las de la vinculada. Declaró probada la excepción inexistencia del derecho reclamado y gravó en costas a la actora.

Consideró que entre **Osmany Antonia Martínez Hernández** y el causante no existió convivencia posterior a la sentencia de cesación de efectos civiles de matrimonio católico, respecto **María Audelina Guerrero Mendoza** señaló que no acreditó convivencia durante los últimos 5 años con el obitado, no logrando superar los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 para resultar beneficiarias de la pensión de sobrevivientes. Afirmó que las declaraciones aportadas en el proceso no fueron claras para dar la razón a alguna de las mencionadas, pues presentaron contradicciones entre sí y con las pruebas documentales arrojadas.

3o. CONSIDERACIONES

En consonancia con el objetivo del grado de jurisdicción de consulta, el problema jurídico consiste en determinar si Colpensiones debe o no reconocer y pagar la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de Saúl Helí Aley Gómez ya a María Audelina Guerrero Mendoza ora a Osmany Antonia Martínez Hernández o debe ser compartida o no entre estas.

No es objeto de discusión la muerte de Saúl Helí Aley Gómez el 4 de mayo de 2016 (fl. 31), ni la efectiva causación del derecho pensional, según se extrae del contenido de la Resolución No. GNR 321144 del 19 de octubre de 2015, a partir del cual se reconoce de manera transitoria la pensión de vejez al mismo (fls. 30 a 41).

Como el tema de discusión, es el reconocimiento o no de la acreencia pensional en favor de quienes se catalogan como compañeras permanentes, atendiendo a la teoría del hecho causante¹ *-regla general consistente en que para establecer la causación de la prestación de seguridad social hay que estarse a la normatividad vigente al momento en que acaece o se estructura la contingencia asegurada*, la normatividad pertinente, es el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que reza:

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

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

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

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

Así, en tratándose de un **pensionado** son dos las exigencias, a saber: la **primera alude** a la convivencia con el causante. Elemento entendido por la jurisprudencia como *el auxilio mutuo - elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común o aún en la separación cuando así se impone por fuerza de las circunstancias, ora por limitación de medios, ora por oportunidades laborales* (Sentencias CSJ Sala de Casación Laboral SL13544-2014 y SL4099-2017).

Igualmente, en sentencia de abril 20 de 2005 radicación No. 23.735, el aludido órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, **describió la convivencia exigida en las normas del sistema para el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes**, en los siguientes términos:

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

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

“(…) la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la

vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.”. La segunda demanda o requerimiento, tiene que ver con el tiempo que debe prolongarse dicha convivencia, esto es, por los 5 años inmediatamente anteriores al deceso.

En armonía con lo dicho, para que pueda predicarse que la actora ora la vinculada o ambas son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del pensionado Saul Helí Aley Gómez, debe quedar plenamente establecido que hasta la data de su deceso convivieron con vocación de permanencia, que hubo acompañamiento espiritual mutuo y asistencia económica. Así mismo, que el objetivo de la prestación reclamada es el de proteger a la familia de la carencia originada por la muerte del ahora obitado, quien le proveía apoyo y sustento económico.

El acervo probatorio para determinar si tales circunstancias en efecto se dieron o no, está compuesto por pruebas históricas como los testimonios de **Efraín Armando Jaimes Ortega**, docente de profesión y compadre de la demandante. Quien dice conocerla desde hace más de 20 años, cuando ella vivía en una finca. Manifiesta que le dio clases de matemáticas al obitado cuando estudiaba para auxiliar de enfermería y vivía en Bellavista. Señaló que su comadre tuvo una relación de hecho con el causante, pues los vio juntos por más de 8 años en la droguería que tenía la actora hasta la fecha en que éste falleció. Señaló no conocer la existencia de otra relación de Saúl Aley.

Otra deponente fue **Claudina Carvajal de Guerrero**, de 63 años, ama de casa. Quien adujo conocer a la demandante, quien *“le ha dado mucho la mano”*. Dijo que distingue al causante desde el 2007 cuando bajó del campo y entró a trabajar con ella (María Guerrero). Indicó que la actora

y el fallecido convivieron por 9 años, pues “*trabajó desde el 2002 hasta el 2007*”, y que al dejar de trabajar la actora se organizó con “Said”.

El tercer testigo, **José Rufino Aley Gómez**, de 75 años, locutor, hermano del causante, con domicilio en Bellavista Finca Campoalegre. Dijo conocer a la demandante desde hace más de 18 o 19 años, la tildó de “*alma caritativa*”. Respecto a Osmany Antonia Martínez la señaló de ser la esposa de su hermano y que vivió por muchos años en Bellavista. Afirmó que el causante se divorció de Osmany por una casa y a raíz de este hecho, esta se radicó en Ocaña. Que el fallecido convivió con la enfermera del pueblo María Audelina Guerrero por un periodo de 8 o 9 años, hasta el 2009 o 2010 cuando ella se fue a vivir con Jesús David Aley Gómez, su otro hermano. Aclaró que vivió con Saul Heli Aley Gómez los últimos 4 años en Bellavista en la casa paterna, que le suministraba alimentos a su hermano y que en ese lapso de tiempo poca comunicación hubo entre quienes fueron esposos.

Enfatizó que, desde el 2010 o 2011 hasta la fecha, Jesús David Aley Gómez y la demandante conviven juntos. Manifestó que ésta cubrió los gastos fúnebres porque tenía una gran generosidad.

La última informante escuchada fue la hija del causante **Elsida María Aley Martínez**, de 45 años, con domicilio en Ocaña, de oficio pintora y asesora de una entidad bancaria. Quien dijo que su padre vivió con José Rufino Aley Gómez en Bellavista durante sus últimos años y que éste nunca le informó la existencia de una relación. Adujó que siempre ha vivido con su madre. Que conoció a la demandante solo de vista, cuando intentó refutarse la calidad de esposa en los carteles del funeral. Afirmó que Jesús David Aley Gómez vive con María Guerrero desde hace muchos. Señaló que sus padres en el año 99 liquidaron la sociedad conyugal para proteger el patrimonio y que posteriormente el divorcio se realizó de común acuerdo para adquirir una casa. Acotó que sus padres durante los últimos años dormían en cama separada pero que el trato era de marido y mujer.

A su vez la **demandante** señaló que convivió con el fallecido desde el 2001, viviendo en el Barrio Pueblo Nuevo casa 6-20, que le brindó el apoyo para estudiar como auxiliar de enfermería, pagándole arriendo por el transcurso de 2 años en Cúcuta; que al finalizar sus estudios trabajó en el Tarra, que el fallecimiento se dio en ese municipio. Enfatizó que fue ella quien asumió todos los gastos del sepelio. Dice no acordarse del día en que cumplía años el fallecido, la edad cuando lo conoció o cuando este falleció. No conoce cuantos hijos tenía y que el deceso fue por problemas renales.

Igualmente la vinculada **Osmany Antonia Martínez Hernández** de 72 años, residente en Ocaña, rindió su declaración manifestando que estuvo casada con el causante por más de 40 años, que existió una liquidación de la sociedad conyugal en el 99 a raíz de unas deudas y que en el 2010 se divorció porque iba a comprar una casa. Que el fallecido vivía en Bellavista porque le gustaba, y que él siempre los visitaba en Ocaña. Señaló que en el Tarra era atendido por una “*amiga muy buena que tenía muchísima plata*” (haciendo referencia a María Guerrero), y como era “*tan buena*” asumió los gastos fúnebres, pero nunca escuchó que tuviera una relación con ella. Informó que durante la convivencia con el fallecido procrearon 6 hijos, nombrándolos a todos. Adujo que recibe una pensión del magisterio, pero que los gastos de la casa los asumían por partes iguales con quien fuera su esposo. Afirmó que el causante durante los últimos 5 años convivió solo en Bellavista, porque María Guerrero se había metido con Jesús David Aley Gómez. Al ser increpada respecto a la relación entre la demandante y Saúl Helí Aley Gómez, dijo que lo supo por el cuñado Jesús Aley pero que nunca se enteró por boca del fallecido, quien solo manifestaba que era “una amiga muy buena” y que la relación que existía era por las droguerías. Finalmente reiteró que el causante vivió en Bellavista los últimos 4 años porque estaba enfermo, pero que este le llevaba frutas y artículos comestibles.

Como pruebas documentales se tienen: documento de identificación de María Audelina Guerrero Mendoza (fl. 9); actos administrativos que niegan el derecho pensional a la actora (fls. 10-13); Registro civil de nacimiento de Saul Helí Aley Gómez (fl. 14), sentencia del 25 de octubre de 2010 dictada por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Ocaña que decreta la cesación de efectos civiles de matrimonio católico entre Osmany Martínez y Saúl Aley (fls. 11 a 24); declaraciones extrajudiciales (fls. 25 a 28); certificación servicio fúnebre (fl. 29 a 30); registro civil de defunción de Saul Aley (fl. 31); Resolución No. GNR 321144 del 19 de octubre de 2015, a partir del cual se reconoce de manera transitoria la pensión de vejez al fallecido (fls. 30 a 41). Las relevantes aportadas por la vinculada se tienen: actos administrativos que niegan el derecho pensional a la vinculada (fls. 177-188); declaraciones extrajudiciales (fls. 189 a 192); registro fotográfico (fl. 204-208).

Analizado el elenco probatorio referido, no puede llegarse a una conclusión diferente a la del A quo, pues no logran las pretensoras demostrar la convivencia acorde a la ley y jurisprudencia.

Así se tiene que María Audelina Guerrero Mendoza, no logra demostrar que con el causante existió durante los 5 años anteriores a su fallecimiento ese auxilio mutuo, entendido en términos de la jurisprudencia como: ***“acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y con vida en común que se satisface cuando se comparten los recursos que se tienen, con vida en común”***.

En efecto, véase como si bien es cierto los testigos Efraín Jaimes y Claudina Carvajal de Guerrero, reiteran lo dicho en la declaración extrajudicial de que la pareja convivió en la droguería de la demandante hasta el 2016, fecha del obitamiento de Saul Aley, al contrastar tales deposiciones con la declaración de parte rendida y la documental, se nota una clara contradicción entre todas ellas, restándole credibilidad e imparcialidad a

sus dichos respecto de la convivencia hasta el final de los días del causante. Obsérvese que mientras el declarante Efraín Jaimes señaló que le daba clases de matemáticas al occiso en su vivienda ubicada en el Tarra mientras adelantaba el curso de enfermería, la deprecante afirma haberle costado el estudio de enfermería al mismo y que alquiló una habitación en Cúcuta para tal fin. Difiriendo ambas deponencias como se detalla, sobre el lugar donde efectivamente se adelantó el estudio. Parecida situación se tiene de lo dicho por Claudina Carvajal, quien asevera haber laborado con la pareja, pero no logra concretar hechos de la vida en común de tales, y, hasta desconoce el nombre del fallecido, pues se equivoca al nombrarlo "Said".

También surgen contradicciones en la declaración de parte de la actora, quien dice haber convivido con el causante por un lapso de 15 años, pero desconoce si este era casado, si tenía hijos, así como la edad, y la fecha de cumpleaños de quien, según su dicho, fue su compañero permanente. Narración que genera más dudas de si realmente existió la convivencia alegada, ya que, las reglas de la experiencia enseñan que estas fechas especiales son de gran remembranza en los seres queridos.

Situación contraria sucede con el testimonio surtido por José Rufino Aley Gómez, quien manifiesta que María Audelina Guerrero Mendoza y Jesús David Aley Gómez viven desde el 2010, y que el causante vivió sus últimos años en la casa paterna, siendo el deponente su único apoyo. En igual sentido declararon Elcida María Aley Martínez y Osmany Antonia Martínez de Aley, quienes son contestes en narrar que la demandante vive con el hermano del obitado desde el 2010, y que este vivió sus últimos años en la casa paterna ubicada en Bellavista. Narraciones que fueron claras y precisas, ubicando un momento histórico idéntico entre ellos. Resáltese que José Rufino fue quien acompañó al fallecido durante el último lustro y su cercanía permite dar credibilidad a su relato.

A partir de lo hasta aquí dicho, se queda sin fundamento la solicitud pensional de la demandante, pues, de ninguna manera logra acreditar la convivencia requerida por la normatividad y jurisprudencias citadas. En otros términos, no logra acreditar convivencia con el pensionado fallecido durante mínimo los 5 últimos años anteriores al fatal suceso.

De contera, al haberse aclarado que el causante vivió sus últimos años en la casa paterna sin convivencia, el petitum de Osmany Antonia Martínez de Aley corre la misma suerte y no puede predicarse beneficiaria de la prestación pensional. Esto a pesar de que como se indicó, afirma de que si bien hubo una cesación de efectos civiles de matrimonio católico para el año 2010, no existió una separación real y efectiva entre ella y el causante, pues se seguían viendo en Ocaña y actuando como una pareja. Aserto que en parte alguna es corroborado a partir del quantum probatorio.

Efectivamente, como quedo señalado en líneas anteriores, el causante vivió con José Rufino Aley Gómez en la casa paterna desde el 2010 hasta su muerte. De otra parte, si bien Elcida Martínez afirmó que siempre ha vivido con Osmany Martínez en Ocaña y que su padre los visitaba constantemente llevándoles artículos comestibles y a veces colaboraba con dinero, queda claro que esta situación no obedecía a un componente de la convivencia, ya que, como dijo, sus padres no dormían en la misma cama, y, además, la misma fue enfática en decir que su padre vivió con José Rufino Aley Gómez en Bellavista durante sus últimos años. Adviértase igualmente, como José Rufino Aley Gómez, indicó ser quien proveía los alimentos del causante mientras vivían en la casa paterna en Bellavista. Resáltese también, como la vinculada, fue clara en afirmar que Saul Aley vivió solo en Bellavista los últimos 5 años de vida.

A partir de lo reseñado entonces, viable es predicar que no logró Osmany acreditar que durante los 5 últimos años de existencia de Saúl Helí

tuvieron un proyecto de vida en común, amparado en los principios de solidaridad y apoyo mutuos.

De esta manera las cosas, no es posible como se dijo, conferir a Osmany Antonia Martínez Hernández la calidad de beneficiaria de la sustitución pensional, pues desde el año 2010 que se declaró la cesación de efectos civiles de su matrimonio, se rompió todo lazo de convivencia con el causante.

En síntesis, es válido afirmar que no hubo convivencia entre María Audelina Guerrero Mendoza ni Osmany Antonia Martínez Hernández con el fallecido Saul Helí Aley Gómez, pues ninguna logró acreditar una convivencia igual o superior a los 5 años antes del obitamiento y mucho menos que esta fuera con vocación de permanencia y apoyo mutuo conforme lo requiere la ley y jurisprudencia.

Se confirmará la decisión de primer grado, que determinó absolver a la pasiva, declarando probado el medio exceptivo que en ese sentido propuso Colpensiones, de inexistencia de la obligación.

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

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso Ordinario Rad. 54-498-31-05-001-2020-00108-00

Demandante: Leduwin Jesús Soto Bayona

Demandado: Empresa de Servicios Públicos de Ocaña S.A. ESP

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

1º. ASUNTO:

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 29 de septiembre de 2021 del Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña – Norte de Santander.

2º. ANTECEDENTES

Interpuso el actor demanda ordinaria, tendiente a obtener la declaratoria de existencia de un contrato laboral entre él y la pasiva durante el periodo comprendido entre octubre 13 de 1994 y el 13 de septiembre de 2019. En consecuencia, obtener el pago de prestaciones sociales, vacaciones compensadas en dinero, sanción moratoria de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990, 2º de la Ley 52 de 1975 y 65 del CST, indemnización por despido sin justa causa, y pensión sanción.

Adujo para ello que el 13 de octubre de 1994 vinculó su fuerza de trabajo al servicio de la encartada hasta el 13 de septiembre de 2019, cuando aconteció la desvinculación que cataloga de injustificada. Que si bien, percibió un

salario habitual, siendo el último de \$828.116, no fue afiliado al sistema integral de seguridad social, ni liquidado al momento del despido (fls. 1 a 8).

El escrito introductorio fue admitido a través de proveído dictado el 1° de julio de 2020, que dispuso, además, la notificación personal de la demanda.

Al emitir pronunciamiento frente al libelo genitor, Espo S.A. ESP desconoció abiertamente el contrato de trabajo alegado por el demandante, arguyendo que realizado un rastreo de la información que reposa en sus bases de datos, se logró evidenciar que Soto Bayona fungió como socio accionista de la empresa contratista Purificar Ocaña S.A.S., sin que exista certeza sobre si efectivamente, actuaba como trabajador de la misma. En todo caso, arguye, las sociedades de dicha naturaleza, contaban con total autonomía para su funcionamiento y ejecución del servicio contratado, así como frente al manejo de su personal.

Para acreditar su dicho, aportó 130 vestigios documentales y solicitó al juez decretar y practicar seis pruebas testimoniales, de Jesús David Velásquez, Ray Carlos Ramírez Rincón, Claudia Patricia Mejía Coronel, José Gabriel Arrieta Bayona, Víctor Manuel Yaruro Navas y Frey Antonio Álvarez Rincón, últimos cuatro que dijo, en su calidad de contadores públicos, darían cuenta de la veracidad de los balances y estados de cuenta aportados como prueba, así como del tipo de vinculación que gestaban las empresas Purificar S.A.S., Fontaneros S.A.S. y Coosertaco Ltda. También, el interrogatorio de parte al actor.

Por último, petitionó al juez, oficiar a las sociedades comerciales Purificar S.A.S. y Fontaneros S.A.S. para que informaran al despacho *“los valores que le fueron entregados al señor Leduwin de Jesús Soto Bayona bajo cualquier denominación, durante el tiempo comprendido entre el primero de enero de 1999 y el mes de diciembre de 2019”*. Y, a la contadora Myriam de la Rosa Carrascal Guerrero, en su condición de liquidadora de Coosertaco Ltda, a fin de que certificara *“las sumas de dinero que recibió en total el señor demandante de parte de esa cooperativa, desde*

el primero de enero de 1999 y hasta el momento en que se efectuó la liquidación final de la cooperativa, bajo cualquier concepto”.

Por auto fechado del 7 de diciembre de 2020, el sentenciador de primer grado dispuso la vinculación al trámite de las empresas Purificar S.A.S. y Coosertaco Ltda, a quienes por no emitir pronunciamiento luego de su efectiva notificación, les fue aplicada la consecuencia procesal de tener por no contestada la demanda.

Acto seguido, en audiencia celebrada el 29 de septiembre de 2021, el juez, luego de constatar que las empresas vinculadas - Purificar S.A.S. y Coosertaco Ltda- carecen actualmente de personería jurídica, determinó continuar el trámite procesal teniendo como única demandada a la Empresa de Servicios Públicos de Ocaña S.A. ESP -ESPO S.A.

De otro lado, determinó decretar la práctica de las siguientes pruebas:

DEL EXTREMO ACTIVO:

- La documental allegada con la demanda
- Testimonios de Merli Xiomara Pérez Sánchez, José Elisaid Carrascal Calderón, Ciro Antonio Carreño Carreño, Yasmín Vergel Sánchez y Eder Rodríguez Pineda.

DE LA ENCARTADA:

- Los documentos aportados con la contestación
- Interrogatorio de parte al demandante
- Testimonios de Ray Carlos Ramírez Rincón, Claudia Patricia Mejía Coronel, Víctor Manuel Yaruro Navas, José Gabriel Arrieta Bayona y Frey Antonio Álvarez León.

Sin aludir explicación al respecto, se abstuvo de acceder al petitum probatorio relacionado con el testimonio de Jesús David Velásquez.

Decisión que no fue de agrado para la encartada, quien presentó recurso de reposición y en subsidio apelación. Argumenta que resulta indispensable para resolver la litis, escuchar a quien como ex representante legal de Espo S.A. ESP, participó directamente en las negociaciones con las empresas contratistas y los pagos efectuados a dicha empresas.

La primera instancia no repone porque estima que quien se enuncia como testigo, verdaderamente funge actualmente como representante legal de Espo S.A. ESP, designación que dice, con apego en lo reglado por el artículo 442 del Código de Comercio, no se extingue hasta tanto exista modificación formal del registro mercantil, más allá de que se haya efectuado otro nombramiento por parte de la junta de accionistas. En tal línea, concede la alzada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: No fueron presentados.

3o. CONSIDERACIONES

Al establecer el artículo 54 del CGP, aplicable al rito laboral por analogía dispuesta en el 145 del CPT y de la SS, que: *“Las personas jurídicas y los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos. En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera.*

Cuando la persona jurídica demandada tenga varios representantes o apoderados distintos de aquellos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente. Las personas jurídicas también podrán comparecer a través de representantes legales para asuntos judiciales o apoderados generales debidamente inscritos”.

Precisando a su vez el artículo 442 del Estatuto Sustantivo de Comercio que *“Las personas cuyos nombres figuren escritos en el correspondiente registro*

mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad pata todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento”; es claro que la comparecencia de dichos sujetos al trámite procesal ha de hacerse bajo tal denominación, y que en materia probatoria están supeditados a absolver interrogatorio de parte bien sea de oficio, ora a petición de su contendiente.

Así, analizado el *sub-judice* bajo los parámetros normativos citados, encontrándose que el nombre de Jesús David Velásquez figura como representante legal de la encartada Espo S.A. ESP, es evidente que tal como lo resaltó el sentenciador de primer grado, mal puede citarse como testigo para rendir declaración en la medida en que, técnicamente, el referido solo puede ser convocado para responder a un interrogatorio, como lo prevé el artículo 198 del citado CGP, que conviene precisar, no fue pedido por el extremo activo ni decretado de oficio por el operador judicial.

Por manera que, ninguna acogida tiene el argumento esbozado por la convocada a juicio respecto a que se ha transgredido su derecho de defensa, pues como se explicó, no es procedente decretar bajo la égida del testimonio, prueba encaminada a escuchar al representante legal de la sociedad comercial. Recuérdese que también constituye muestra del respeto del referido debido proceso el que se observe a plenitud las formas propias de cada juicio.

Así las cosas, acomodada a la legalidad se encuentra la determinación adoptada en la primera instancia de no acceder a la petición de la procuradora judicial de la enjuiciada, consistente en decretar el testimonio de quien funge como representante legal, cuando lo que en derecho corresponde es escucharlo por conducto de un interrogatorio de parte, que no fue solicitado por el extremo activo. Lo dicho impone el deber de confirmarla en su integridad.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se condenará en costas al recurrente por resolverse desfavorablemente la alzada, debiendo incluirse como agencias en derecho el equivalente a \$200.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4º. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** el auto del 29 de septiembre de 2021 proferido por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña – Norte de Santander.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la pasiva. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$200.000. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

Los magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

(Con impedimento)

Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 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, Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

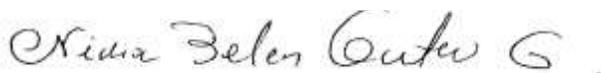
RAD. ÚNICO: 54498310500120200010801
PARTIDA N° 19.533
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LEDUWIN JESÚS SOTO BAYONA
DEMANDADO: ESPO S.A. E.S.P.

Sería del caso proceder a estudiar de fondo el proyecto presentado por el Magistrado Ponente DR. ELVER NARANJO para este asunto, si no observara que la suscrita magistrada debe declararse impedida para actuar en este asunto, por cuanto se suscita la causal contenida en el numeral 1° del artículo 141 del C.G.P., por *“Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso”*.

Lo anterior, teniendo en cuenta que mi cónyuge JESÚS HEMEL MARTÍNEZ CELIS es apoderado judicial de la ESPO S.A. E.S.P. en múltiples procesos activos y además presta asesoría jurídica permanente a la junta directiva de esa entidad para la defensa de los procesos que cursan en su contra; por lo que tiene un interés indirecto en las resultas del proceso.

En consecuencia, solicito al señor Magistrado ELVER NARANJO para que se sirvan atender y dar trámite a la solicitud de impedimento manifestado por la suscrita Magistrada.

CÚMPLASE


NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso Ordinario Rad. 54-498-31-05-001-2020-00109-00

Demandante: Freddy Antonio Álvarez León

Demandado: Empresa de Servicios Públicos de Ocaña S.A. ESP

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

1º. ASUNTO:

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 8 de septiembre de 2021 del Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña – Norte de Santander.

2o. ANTECEDENTES

Interpuso el actor demanda ordinaria, tendiente a obtener la declaratoria de existencia de un contrato laboral entre él y la pasiva durante el periodo comprendido entre octubre 13 de 1994 y el 13 de septiembre de 2019. En consecuencia, obtener el pago de prestaciones sociales, vacaciones compensadas en dinero, sanción moratoria de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990, 2º de la Ley 52 de 1975 y 65 del CST, indemnización por despido sin justa causa, y pensión sanción.

Adujo para ello que el 13 de octubre de 1994 vinculó su fuerza de trabajo al servicio de la encartada hasta el 13 de septiembre de 2019, cuando aconteció la desvinculación que cataloga de injustificada. Que si bien, percibió un salario habitual, siendo el último de \$828.116, no fue afiliado al sistema integral de seguridad social, ni liquidado al momento del despido (fls. 1 a 8).

El escrito introductorio fue admitido a través de proveído dictado el 1° de julio de 2020, que dispuso, además, la notificación personal de la demanda.

Al emitir pronunciamiento frente al libelo genitor, Espo S.A. ESP desconoció abiertamente el contrato de trabajo alegado por el demandante, arguyendo que realizado un rastreo de la información que reposa en sus bases de datos, se logró evidenciar que Álvarez León fungió como socio accionista de la empresa contratista Purificar Ocaña S.A.S., sin que exista certeza sobre si efectivamente, actuaba como trabajador de la misma. En todo caso, arguye, las sociedades de dicha naturaleza, contaban con total autonomía para su funcionamiento y ejecución del servicio contratado, así como frente al manejo de su personal.

Para acreditar su dicho, aportó 130 vestigios documentales y solicitó al juez decretar y practicar seis pruebas testimoniales, de Jesús David Velásquez, Carlos Ray Ramírez Rincón, Claudia Patricia Mejía Coronel, José Gabriel Arrieta Bayona y Víctor Manuel Yaruro Navas, últimos tres que dijo, en su calidad de contadores públicos, darían cuenta de la veracidad de los balances y estados de cuenta aportados como prueba, así como del tipo de vinculación que gestaban las empresas Purificar S.A.S., Fontaneros S.A.S. y Coosertaco Ltda. También, el interrogatorio de parte al actor.

Por último, petitionó al juez, oficiar a las sociedades comerciales Purificar S.A.S. y Fontaneros S.A.S. para que informaran al despacho *“los valores que le fueron entregados al señor Leduwin de Jesús Soto Bayona bajo cualquier denominación, durante el tiempo comprendido entre el primero de enero de 1999 y el mes de diciembre de 2019”*. Y, a la contadora Myriam de la Rosa Carrascal Guerrero, en su condición de liquidadora de Coosertaco Ltda, a fin de que certificara *“las sumas de dinero que recibió en total el señor demandante de parte de esa cooperativa, desde el primero de enero de 1999 y hasta el momento en que se efectuó la liquidación final de la cooperativa, bajo cualquier concepto”*.

Por auto fechado del 8 de octubre de 2020, el sentenciador de primer grado dispuso la vinculación al trámite de las empresas Purificar S.A.S., Coosertaco Ltda y Los Fontaneros S.A.S., última que posteriormente fue excluida del trámite atendiendo a su liquidación. Respecto a las dos primeras, por no emitir pronunciamiento luego de su efectiva notificación, les fue aplicada la consecuencia procesal de tener por no contestada la demanda.

Acto seguido, en audiencia celebrada el 8 de septiembre de 2021, el juez, luego de constatar que las empresas vinculadas - Purificar S.A.S. y Coosertaco Ltda- carecen actualmente de personería jurídica, determinó continuar el trámite procesal teniendo como única demandada a la Empresa de Servicios Públicos de Ocaña S.A. ESP -ESPO S.A.

De otro lado, determinó decretar la práctica de las siguientes pruebas:

DEL EXTREMO ACTIVO:

- La documental allegada con la demanda
- Testimonios de Carlos Alberto Cuartas Granados, Milet Meneses Carrascal, Merli Xiomara Pérez Sánchez, Yasmín Vergel Sánchez y Alexander Eliécer Jácome Ortega.

DE LA ENCARTADA:

- Los documentos aportados con la contestación
- Interrogatorio de parte al demandante
- Testimonios de Carlos Ray Ramírez Rincón, Claudia Patricia Mejía Coronel, José Gabriel Arrieta Bayona y Víctor Manuel Yaruro Navas.

Se abstuvo de acceder al petitum probatorio relacionado con el testimonio de Jesús David Velásquez, al estimar que aun cuando éste se enuncia como testigo, verdaderamente funge actualmente como representante legal de Espo S.A. ESP, designación que dice, con apego en lo reglado por el artículo

442 del Código de Comercio, no se extingue hasta tanto exista modificación formal del registro mercantil, más allá de que se haya efectuado otro nombramiento por parte de la junta de accionistas.

Tal decisión no fue de agrado para la encartada, quien presentó recurso de apelación. Argumenta que resulta indispensable para resolver la litis en el plano de la verdad real, escuchar a quien cambió de cargo dentro de la empresa.

El *A Quo*, concedió la alzada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La pasiva Insiste en que resulta necesario para alcanzar la verdad real dentro del proceso, escuchar el testimonio de Jesús David Velásquez, quien asegura, ya no ostenta la calidad de representante legal de la sociedad, como da cuenta el contenido del certificado de existencia y representación fechado del 5 de octubre del año en curso.

El extremo activo no formuló alegaciones.

3o. CONSIDERACIONES

Al establecer el artículo 54 del CGP, aplicable al rito laboral por analogía dispuesta en el 145 del CPT y de la SS, que: *“Las personas jurídicas y los patrimonios autónomos comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos. En el caso de los patrimonios autónomos constituidos a través de sociedades fiduciarias, comparecerán por medio del representante legal o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria, quien actuará como su vocera.*

Cuando la persona jurídica demandada tenga varios representantes o apoderados distintos de aquellos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente. Las personas jurídicas también podrán comparecer a través de representantes legales para asuntos judiciales o apoderados generales debidamente inscritos”.

Precisando a su vez el artículo 442 del Estatuto Sustantivo de Comercio que *“Las personas cuyos nombres figuren escritos 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”*; es claro que la comparecencia de dichos sujetos al trámite procesal ha de hacerse bajo tal denominación, y que en materia probatoria están supeditados a absolver interrogatorio de parte bien sea de oficio, ora a petición de su contendiente.

Así, analizado el *sub-judice* bajo los parámetros normativos citados, encontrándose que para el momento en que se celebró la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, dígase, 8 de septiembre de 2021, el nombre de Jesús David Velásquez figura como representante legal de la encartada Espo S.A. ESP, es evidente que tal como lo resaltó el sentenciador de primer grado, mal podría haberse citado como testigo para rendir declaración en la medida en que, técnicamente, el referido solo puede ser convocado para responder a un interrogatorio, como lo prevé el artículo 198 del citado CGP, que conviene precisar, no fue pedido por el extremo activo ni decretado de oficio por el operador judicial.

Por manera que, ninguna acogida tiene el argumento esbozado por la convocada a juicio respecto a que se ha transgredido su derecho de defensa, pues como se explicó, no es procedente decretar bajo la égida del testimonio, prueba encaminada a escuchar al representante legal de la sociedad comercial. Recuérdese que también constituye muestra del respeto del referido debido proceso el que se observe a plenitud las formas propias de cada juicio.

Es de advertir que aun cuando al momento de presentar sus alegatos de conclusión, la apoderada judicial de la enjuiciada aportó un nuevo certificado de existencia y representación, del que se colige que quien actualmente ocupa el cargo de representante legal de la sociedad comercial es Jesús Alfredo

Contreras Mejía, tal circunstancia fáctica no resta validez a la decisión adoptada por el *A Quo* en la medida para cuando se agotó la etapa procesal de decreto de pruebas (8 de septiembre de 2021), quien se solicitó como testigo estaba impedido para comparecer al proceso bajo tal calidad de cara al oficio gerencial que desarrollaba en la compañía demandada.

Así las cosas, acomodada a la legalidad se encuentra la determinación adoptada en la primera instancia de no acceder a la petición de la procuradora judicial de la enjuiciada, consistente en decretar el testimonio de quien para ese entonces fungía como representante legal, porque lo que en derecho correspondía es escucharlo por conducto de un interrogatorio de parte, que no fue solicitado por el extremo activo. Lo dicho impone el deber de confirmarla en su integridad.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se condenará en costas al recurrente por resolverse desfavorablemente la alzada, debiendo incluirse como agencias en derecho el equivalente a \$200.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4º. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** el auto del 8 de septiembre de 2021 proferido por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña – Norte de Santander.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la pasiva. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$200.000. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

Los magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belen Quintero G.

(Con impedimento)

Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 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, Treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

RAD. ÚNICO: 54498310500120200010901
PARTIDA N° 19.485
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: FREDDY ANTONIO ÁLVAREZ LEÓN
DEMANDADO: ESPO S.A. E.S.P.

Sería del caso proceder a estudiar de fondo el proyecto presentado por el Magistrado Ponente DR. ELVER NARANJO para este asunto, si no observara que la suscrita magistrada debe declararse impedida para actuar en este asunto, por cuanto se suscita la causal contenida en el numeral 1° del artículo 141 del C.G.P., por *“Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso”*.

Lo anterior, teniendo en cuenta que mi cónyuge JESÚS HEMEL MARTÍNEZ CELIS es apoderado judicial de la ESPO S.A. E.S.P. en múltiples procesos activos y además presta asesoría jurídica permanente a la junta directiva de esa entidad para la defensa de los procesos que cursan en su contra; por lo que tiene un interés indirecto en las resultas del proceso.

En consecuencia, solicito al señor Magistrado ELVER NARANJO para que se sirvan atender y dar trámite a la solicitud de impedimento manifestado por la suscrita Magistrada.

CÚMPLASE


NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 9 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña – Norte de Santander, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-498-31-05-001-2020-00282-01, promovido por **Keinazamara Santiago Vergel** contra la **Corporación Mi IPS Santander**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 4 a 24): Depreca la actora se declare que entre ella y la demandada existe un contrato de trabajo a término fijo desde el 22 de noviembre de 2017, prorrogado hasta la fecha. Pide en consecuencia, se condene a la pasiva al pago de los salarios, prestaciones sociales, horas extras, vacaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir. Finalmente solicita la condena de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el pago de intereses moratorios e indexación sobre todos los emolumentos adeudados, lo extra y ultra petita junto con la condena en costas y agencias en derecho.

Adujo para ello: **1) Que** laboró como enfermera al servicio de la Corporación Mi Ips Santander desde el 22 de noviembre de 2017, a través

de un contrato a término fijo por 180 días, el cual fue adicionado hasta el 21 de noviembre de 2018. **2) Que** el contrato de trabajo suscrito se ha venido prorrogando de manera automática al no existir preaviso por parte del empleador. **3) Que** su jornada laboral superaba la jornada máxima legal, debiendo trabajar 9 horas de lunes a viernes y 5 horas, 2 sábados del mes. **4) Que** el salario básico pactado fue de \$1.683.300, más un auxilio de alimentación y rodamiento no constitutivo de salario por \$421.000. **5) Que** la liquidación se le realizó únicamente con el salario base, sin tener en cuenta el auxilio de alimentación y rodamiento pese a ser habitual y remunerativo. **6) Que** no le cancelaron las prestaciones sociales a las que tenía derecho. **7) Que** el 27 de mayo de 2019 la pasiva respondió la petición presentada señalando que están realizando las gestiones administrativas para realizar el desembolso de la liquidación final del contrato, que no han actuado de manera caprichosa y de mala, por lo tanto, la sanción moratoria del artículo 65 del CST no procede de manera automática. **8) Que** al terminar el contrato de trabajo no le fue informado el estado del pago de los aportes a seguridad social.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: La **Corporación Mi IPS Santander**, aceptó la relación laboral, la mora en el pago de las cesantías del 2017 y la liquidación de prestaciones sociales, no obstante, se opuso a la totalidad de las pretensiones esgrimidas en su contra. Dijo que la vinculación de la demandante fue para el 22 de noviembre de 2017, prolongada hasta el 21 de noviembre de 2018 para desempeñar el cargo de enfermera. Afirmó que el contrato finalizó por expiración del plazo fijo pactado entre las partes, avisándose la terminación el 21 de mayo de 2018. Señaló que no existe registro de horas extras laboradas por la actora. Aclaró que el auxilio de alimentación y rodamiento no constituía base salarial, por cuanto se realizaron atendiendo a la mera liberalidad del empleador y amparados en el artículo 128 del CST. Se opuso a la indemnización moratoria argumentando que no existió mala fe de su parte, en la medida que la falta de pago de acreencias laborales causadas por la trabajadora obedeció a la difícil situación económica que

experimenta el sector de la salud desde hace años. Propuso las excepciones que denominó legalidad y capacidad del empleador para dar por finalizado el contrato de trabajo suscrito a término fijo y en su calidad de empleador decide no prorrogar la relación laboral a su finalización, carácter no salarial de las prestaciones o primas extralegales concedidas a mera liberalidad por parte del empleador, imposibilidad de la concurrencia de las sanciones previstas en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la contenida en el artículo 65 del CST, la buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, el 9 de septiembre de 2021 encontró probada la excepción denominada legalidad y capacidad del empleador para dar por finalizado el contrato de trabajo suscrito a término fijo y en su calidad de empleador decide no prorrogar la relación laboral a su finalización. Condenó a Mi IPS Santander al pago de \$42.080 por concepto de saldo insoluto de cesantías. También le impuso la cancelación de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, desde el 15 de febrero de 2018 al 22 de noviembre del mismo año, la cual asciende a \$15.542.470, y, sobre la suma de \$3.162.486 correspondiente a la liquidación de prestaciones sociales para el 2018, los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera, a partir del 23 de noviembre de 2018 hasta el 3 de agosto de 2021. Declaró no probadas las demás excepciones y la gravó en costas.

Consideró que se dio el preaviso que contempla la normatividad para extinguir la relación laboral en los contratos a término fijo. Frente a las horas extras y el auxilio de alimentación y rodamiento, señaló que no se logró demostrar que las primeras se hubieran laborado, y que, los últimos no debían considerarse base salarial por cuanto fueron otorgados por mera liberalidad del empleador, se encontraban por escrito y su finalidad no era retribuir el servicio prestado. Al realizar la liquidación de cesantías

para el 2017, encontró una diferencia de \$42.080 con lo consignado en el fondo, ordenando su pago. Finalmente arguyó que el actuar de la demandada no estuvo asistido de buena fe, en la medida en que la dificultad económica alegada no constituía razón suficiente y atendible para obviar el pago de las prestaciones sociales causadas por la ex empleada, lo que daba lugar a la imposición de las sanciones.

RECURSO DE APELACIÓN: La pasiva pretende se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se le absuelva en su totalidad de las condenas impuestas. Alegó que el pago de cesantías efectuado el 3 de agosto de 2021 por valor de \$182.358, satisface en su totalidad dicha prestación social por el periodo laborado en el 2017. Insiste en que aun cuando existió retraso en el pago de la liquidación de la actora, nunca hubo intención de menoscabar sus derechos mínimos. Prolongación que dice, se ampara en la fuerza mayor que constituye la sistemática crisis financiera del sector de la salud en el país, concretamente, el impago de las obligaciones por parte de las EPS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Mi IPS Santander replicó los argumentos expuestos en la apelación elevada ante el juez *A-Quo*. La actora no alegó.

3º CONSIDERACIONES

A partir de lo decidido en primera instancia, no es objeto de controversia que la demandante estuvo vinculada con la Corporación Mi IPS Santander a través de un contrato de trabajo a término fijo con extremos temporales entre el 22 de noviembre de 2017 y el 21 de noviembre de 2018, devengando un salario de \$1.683.300 mensuales. Tampoco que existió mora tanto en el pago de las cesantías del 2017 como de la liquidación de prestaciones sociales al momento del fenecimiento de la relación laboral. Menos que dichos valores se cancelaron el 3 de agosto de 2021.

Así las cosas, deberá establecerse a partir de la alzada, si es procedente o no la condena al pago de cesantías de 2017 por \$42.080 y, si debe exonerarse o no a la pasiva del pago de las sanciones moratorias establecidas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST.

Como se mostró, la demandada señala que el pago de cesantías efectuado al Fondo de Pensiones Porvenir el 3 de agosto de 2021 por valor de \$182.358, satisface en su totalidad dicha prestación social por el periodo laborado en el 2017. Contrario sensu, el a quo coligió que la pasiva se encontraba en mora de pagar \$42.080 por tal concepto, según liquidación efectuada.

Establece el artículo 249 del C.S.T., la obligación que recae sobre el empleador de pagar a sus trabajadores como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. A su vez, el artículo 253 ibídem, señala que la base para la liquidación de tal prestación, será el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los 3 últimos meses.

Teniéndose entonces que el salario de la actora durante todo el contrato fue de \$1.683.300 mensuales, razón le asiste a la censura frente al pago de esta prestación social, ya que, al realizar la operación aritmética para cuantificarla, se llega al mismo valor que fue consignado de manera tardía, valga decir, el 3 de agosto de 2021. En efecto, aplicando la fórmula: salario base X días laborados/días del año, se tiene: $1683300 * 39/360: 182357,5$

En consecuencia, sin lugar a mayores elucubraciones, se revocará el literal a) del numeral tercero de la decisión de primera instancia, en cuanto condenó a Mi IPS Santander al pago de cesantías del 2017 en cuantía de \$42.080. Debe resaltarse como lo esgrime la censura que los días laborados durante el 2017, corresponden a 39 que van del 22 de

noviembre al 31 de diciembre de esa anualidad y no a 48 como erradamente lo concluyó la primera instancia.

Se procede ahora, al análisis de la imposición o no de las condenas por concepto de las indemnizaciones moratorias contempladas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

Claro es que las sanciones moratorias de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990 no son de aplicación automática, y, operan o hacen presencia solo cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En otras palabras, cuando no demuestra entre otras situaciones, que pese a la no consignación oportuna de las cesantías, ni al pago de salarios y prestaciones sociales a la finalización del contrato, desplegó un actuar asistido de buena fe, es decir recto y leal (Ver sentencias SL15.507-2015, SL8216-2016 y SL6621-2017).

De esta manera, cuando se arriba al caso presente y se tiene que la pasiva admite desde la misma contestación del libelo genitor y es el sustento de su apelación, que la falta de pago de las acreencias laborales de la actora obedeció a la difícil situación económica que experimenta el sector de la salud desde hace años, lo cual le impactó de forma negativa sus finanzas imposibilitándole cumplir cabalmente no solo compromisos de naturaleza laboral, sino en general contratos civiles y comerciales suscritos. También que únicamente desde finales de 2017 se ha venido superando tal situación y que el pago realizado en agosto de 2021 en favor de la demandante denota un comportamiento asistido de buena fe, desde ya dable es colegir al igual que el operador judicial de primera instancia, que no existió en la IPS convocada a juicio, un actuar recto, leal, acomodado a la legalidad, es decir, imbuido de buena fe que permita exonerarla del pago de las indemnizaciones previstas en las disposiciones legales referidas.

Esto a partir de pruebas como el testimonio de Gerardo **Duarte Riaño**, quien en su calidad de contador designado de la pasiva desde el año 2009, dijo constarle que el único ingreso que tiene su contratante es con la EPS Medimas y que han tenido inconvenientes con el flujo de caja pues el recaudo de dineros es nulo, adeudando salarios a los empleados. Igualmente, el contenido de la Resolución No. 1960 del 6 de marzo de 2017, expedida dentro del proceso de liquidación de la extinta Saludcoop EPS. Medios de convicción de los cuales no puede inferirse que la *grave situación económica* en que se justifica el impago de acreencias laborales, verdaderamente se configuró, habida cuenta que, el testimonio no informa nada nuevo a lo señalado en la contestación de la demanda y del citado documento solo puede extraerse que la Agente Especial Liquidadora de la extinta Saludcoop EPS, en estricto cumplimiento de las funciones asignadas por la Superintendencia Nacional de Salud, procedió a calificar y graduar las deudas a cargo de dicha empresa promotora de salud, sin que en apartado alguno funja como acreedor la IPS demandada.

Y, si en gracia de discusión, se hallara probada la relevante condición financiera de la empresa y el conocimiento pleno de los trabajadores de este hecho, tal situación tampoco era óbice para cumplir con las obligaciones laborales que tenía a cargo, pues, la razón aducida no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe, porque no se trata de que el empleador alegue no poder pagar por razones económicas, sino que, demuestre haber realizado acciones tendientes al cumplimiento de sus deberes, que revelen un actuar probo, es decir recto y leal. Presupuesto que se echa de menos en el sub-análisis, puesto que, se itera, no existe medio de convicción que dé cuenta de las acciones desplegadas por la encartada tendientes a cumplir con la consignación del auxilio de cesantía del 2017 y el pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato ora dentro de un término mínimamente considerable. Nótese como no se aportó por ejemplo copia de los extractos financieros,

solicitudes de créditos bancarios o venta de bienes de propiedad de la sociedad, que logran demostrar la imposibilidad de cancelar la acreencia adeudada.

Mírese además, que la encartada realizó el pago de las cesantías del 2017 y la liquidación de las prestaciones sociales en el transcurso del presente proceso ordinario (archivo digital 13 y 14), habiendo transcurrido más de 24 meses desde su causación. Cabe resaltar que la demandante solicitó el pago de sus acreencias a través del derecho de petición, recibiendo respuesta negativa (fls. 38, 40) y conllevándola a iniciar el proceso judicial.

Debe recordarse, además, que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en los eventos en los cuales una empresa experimente insolvencia económica, no es una circunstancia que automáticamente la coloque en situación de buena fe, y como consecuencia, la releve de ser condenada a la indemnización moratoria (ver Sentencia SL2809 de 2019). Por el contrario, frente a situaciones de insolvencia o de iliquidez del dador de laborío, por ejemplo, ha dicho que esas circunstancias por sí solas no exoneran al empleador de la indemnización moratoria (SL2448-2017), sino que, se debe analizar si se encuentran debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento para de esta manera predicar buena fe.

No se desconoce que dichas circunstancias de naturaleza económica afectan la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, mas, no debe perderse de vista, que éstos no asumen los riesgos o pérdidas del empleador, tal como lo prevé el artículo 28 del CST. Y además que, los créditos causados por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás, tal como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990.

Se descarta también que la insolvencia económica que aduce haber presentado la demandada, pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza

mayor, ya que, como la razón que alega a como causa de la crisis económica es la reducción del flujo de caja por falta de pago de las EPS, tal situación no encuadra dentro del caso fortuito o fuerza mayor. Es más, aun configurándose un hecho fortuito, según la tesis que ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (ver sentencia con radicado 34288 de enero 24 de 2012) *“el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis”*.

Tampoco debe perderse de vista que el empleador, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333).

Bajo los anteriores parámetros, se tiene que son procedentes las condenas impuestas por concepto de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la del artículo 65 del C.S.T. Por esto, se confirmará esta decisión de primera instancia.

En resumen, al existir pago total de las cesantías del 2017, se revocará el literal A del numeral Tercero de la decisión del a quo en cuanto condenó a Mi IPS Santander al pago de esta prestación social en cuantía de \$42.080, y, resultar acomodadas a la realidad fáctica y legal las condenas impuestas por concepto de la indemnización moratoria, se confirmará la decisión cuestionada vía de apelación.

Finalmente, conforme al artículo 365 del C.G.P aplicable por remisión del 145 del CPT y la SS, por salir parcialmente avante la alzada de la pasiva, no se condenará en costas de esta instancia.

4° DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia del 9 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, en su literal A del numeral Tercero, en su lugar **ABSOLVER** a MI IPS SANTANDER del pago de las cesantías del año 2017 por \$42.080.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se surte el grado de jurisdicción de consulta de la sentencia del 6 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, Norte de Santander, dentro del proceso ordinario laboral con radicado 54-498-31-05-001-2021-00094-01 promovido por **Jesús Ronaldo Chinchilla Pérez** contra la **Cooperativa de Caficultores del Catatumbo Ltda.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Deprecia **Jesús Ronaldo Chinchilla Pérez** se declare a partir de la primacía de la realidad, que sostuvo un contrato de trabajo con la **Cooperativa de Caficultores del Catatumbo Ltda** desde el 18 de diciembre de 2013 hasta el 5 de octubre de 2020. En consecuencia, solicita se le condene al pago de horas extras, aportes en pensión, ARL, caja de compensación familiar, cesantías e intereses de las mismas y vacaciones, causados durante la vigencia del contrato. Igualmente solicita las condenas de la indemnización por despido sin justa causa y moratoria de que trata la Ley 50 de 1990, e intereses moratorios del artículo 65 del CST. y las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** entre el 18 de diciembre de 2013 y octubre 5 de 2020 trabajó para la Cooperativa de Caficultores del Catatumbo Ltda. (Cooperacafe) como operario de cargue y descargue “Cotero” **2) Que** la labor

la ejercía bajo órdenes, directrices y cumplimiento de diversos horarios que superaban la jornada máxima legal. **3) Que** no le fueron cancelados horas extras, cesantías, e intereses de las mismas, cotización a pensión, salud, y ARL. **4) Que** le fue terminado el contrato de trabajo de forma unilateral el 5 de octubre de 2020. **5) Que** el 9 de noviembre de 2020 solicitó a la demandada certificación laboral, constancia de pagos de prestaciones sociales, vacaciones, intereses a las cesantías y el motivo por el cual le finalizaron la relación laboral, recibiendo respuesta el 20 de noviembre de 2020, negando la relación laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA La **Cooperativa de Caficultores del Catatumbo Ltda** se opuso a todas las pretensiones. Acepto únicamente la radicación de solicitud de información. Negó rotundamente la existencia del vínculo laboral al que hace referencia el demandante, explicando que la labor de cargue y descargue es contratada por un tercero. Que generalmente son los conductores de los camiones o los clientes quienes contratan y cancelan el servicio de personas o de cuadrillas para realizar las actividades de repesar, cocer, arrumar, mover bultos y realizar aseo a bodegas y camiones. Formuló las excepciones de mérito de: Inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, prescripción y prescripción de la sanción por la no consignación al fondo de cesantías y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, Norte de Santander, el 6 de septiembre de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió a la demandada y gravó en costas al actor.

Consideró que al no haberse demostrado el pago de un salario por parte de la demandada, no se configuran los elementos integrantes del contrato de trabajo y por ende no es predicable la existencia de la relación laboral entre los litigantes.

3o. CONSIDERACIONES

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

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

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

Como se mostró, el demandante afirmó haber estado vinculado a la pasiva a través de contrato de trabajo a término indefinido entre el 18 de diciembre de 2013 y octubre 5 de 2020, cuando fue despedido sin justa causa. Esto lleva a auscultar el acervo probatorio para determinar en un primer momento si tal circunstancia en efecto se acreditó, para luego si así fue, establecer si existen rubros de índole laboral pendientes de sufragar, que a la par conlleven o no a la imposición de las sanciones resarcitorias deprecadas.

Como pruebas históricas se cuenta con el testimonio de **Emilio Fernando Quintero Arenas**, de estado civil soltero, con 28 años, quien dijo ser conductor de un tracto camión al servicio de Transporte Norte de Santander. Afirmó que el actor en varias ocasiones le cargó el camión, que nunca le canceló el servicio de coterero, pero que supone que es la Federación de Cafeteros quien le pagaba, puesto que eran estos quienes le pagaban el flete. Señaló que vio al demandante junto con otros cotereros en la federación, y que ellos estaban siempre pendientes para ayudar con el cargue o descargue del camión. Manifiesta tener confusión frente a si en Ocaña el servicio de transporte se le prestaba a una cooperativa o a la Federación de Cafeteros.

Segundo testimonio es el de **Davis Motta Acosta**, de estado civil soltero, de 34 años y ocupación comerciante. Dijo conocer al demandante pues eran compañeros de trabajo en la cooperativa, trabajando por un lapso de año y medio. Que ingresó a trabajar por intermedio de Carlos, quien también era coterero y le enseñó la forma de trabajo. Manifestó que Lina y Yamile le daban indicaciones respecto a la ubicación del material que descargaban. Dijo que tenían un horario de 7 am a 12 y de 2 a 6 de la tarde, pero que a veces pasaban esa hora hasta que finalizaran el descargue, siendo fijado por Carlos y que este recibía las ordenes de la doctora Teresa. Al ser indagado por una inasistencia, señaló que los podían suspender y que luego no podían trabajar por órdenes de adentro. Refirió que los pagos por descargue y cargue los recibían directamente de las mulas, pero el repesaje lo pagaba la Federación. Afirmó nunca haber recibido pago de primas o dotación, que debía firmar un libro en la entrada de la federación y que para poder ingresar a la empresa los sábados, debían tener un permiso de la doctora Teresa que era gestionado por Carlos. Que le decían que no podía hacer ruido, que debían mantener las instalaciones limpias y fue el mismo Carlos quien le dijo que no volviera.

A su turno, **Karen Lorena Gentil Claro**, de 35 años, estado civil unión libre, de ocupación Coordinadora Administrativa y de Talento Humano de la pasiva desde hace 9 años. Dice conocer al demandante en el oficio de cargue y

descargue de camiones viéndolo esporádicamente, siguiendo las instrucciones del líder de cuadrilla Carlos, y por parte de la cooperativa de Jesús Alberto o Lina quienes les indicaban que debían cargar. Niega conocer el sueldo del actor y señala que los coteros llegaron solos o cada mulero los llevaba. Que por cuestiones de seguridad siempre se diligenciaban los formatos de autorización ingreso para los fines de semana. Señala que la Cooperativa pagaba a los coteros lo concerniente al repesaje y que este era verificado por el agente de compras Jesús Alberto. Afirma que el demandante no cumplía horarios, contrario los demás empleados que si debían marcar ingreso y salida biométrica. De acuerdo a su cargo, da fe que el actor no trabajó en la cooperativa, por lo que no se encontraba en nómina, no percibió prestación social alguna, no se le inició disciplinario o se le otorgó permiso y que nunca le vio una cuenta de cobro o que este la hubiese presentado. Explicó que el certificado laboral fue expedido para permitir la movilización del actor en pandemia, pues la empresa al hacer parte de las agro industrias tenía esas excepciones.

El cuarto testigo fue **Diosde Mena Morales**, de 39 años, de ocupación vigilante de la pasiva, dice conocer al actor pues prestaba el servicio de cargue y descargue a los transportadores en la cooperativa quienes cancelaban el servicio al líder de la cuadrilla, que los coteros no tenían llegada fija y su asistencia era ocasional de acuerdo a los camiones que habían, no debiendo firmar formato alguno de ingreso o salida, por lo tanto, no eran sancionados si no iban a prestar el servicio y en caso tal que no asistiera algún coterero, se buscaba alguien de la cooperativa que prestara el servicio o cada conductor llevaba el suyo. Que el demandante se la pasaba afuera de la cooperativa esperando que hubiese camión para descargar. Informó que los coteros hacían aseo a la bodega porque era una obligación de los conductores dejar la bodega limpia. Señaló que el formato de autorización de acceso en horas no laborales se usaba para la seguridad de todos.

De otro lado, se surtió el interrogatorio de parte al convocante a juicio, **Jesús Ronaldo Chinchilla Pérez**. Afirmó que la Cooperativa lo contrataba para realizar las labores de cargue y descargue de los camiones que llegaban a la

empresa, que les tocaba estar siempre pendiente como si tuvieran horario de trabajo normal. Comentó que llegó a trabajar por intermedio de un tío, quien era el que se encargaba de contratar a la gente de acuerdo a las indicaciones de Lina y Yamile quienes eran las encargadas de la cooperativa de recibir el café o el abono. Indicó que cuando no había camiones les tocaba hacer aseo a la bodega. Que trabajó desde el 18 de diciembre de 2013 hasta el 5 de octubre cuando no le permitieron el ingreso al tomarse unas vacaciones de 19 días. Declaró que el descargue de los bultos lo cancelaba el camionero al momento del servicio a un promedio de 60.000 pesos las 10 toneladas, debiendo dividir el pago entre los trabajadores y que la federación le pagaba la repesada del bulto. Indicó que debían pedir permisos a Carlos, quien los gestionaba con la doctora Teresa, que tenían un horario superior a la jornada máxima legal. Que nunca recibió pago de primas y que una sola vez le dieron dos camisetas manga larga, arguyó que cuando faltaba al trabajo la doctora Teresa los regañaba, pero desconoce el procedimiento interno para solicitar permisos en la cooperativa. Responde que nunca diligenció permisos de vacaciones o para asistir a citas médicas, que nunca le hicieron exámenes de ingreso o egreso, que no marcaba entrada o salida, que no le iniciaron disciplinario y dice no conocer a los empleados del área de talento humano.

A su vez, declaró la representante legal de la pasiva **Marilú Pedroza Pallares**, quien dijo haber visto ocasionalmente al actor prestando el servicio de cargue y descargue a los conductores que llegaban a la cooperativa pero que nunca presto el servicio directo a esta. Que Jesús Alberto en su función de agente de compras es quien les da las indicaciones de lo que se va a cargar o donde se debe ubicar. Manifiesta que los conductores son quienes llevan a los coterros, que vio al actor por el lapso de 3 a 4 años y que desconoce las razones por las cuales no volvió a prestar el servicio. Que se elaboraban formatos de autorización para que el actor ingresara los fines de semana. Responde que el certificado laboral fue emitido por la gerente de turno para permitir la movilización del actor en pandemia. Acota que en un eventual accidente de trabajo es el transportador

quien debe solicitar la planilla de seguridad social al coterero y asumir esta contingencia.

La documental está conformada por piezas correspondientes a la cedula de ciudadanía del actor (fl. 3); Autorización de acceso en horas no laborales (fl. 4-8, 10-11); certificación de trabajo, actividad descargue de productos agrícolas (fl. 9); petición y respuesta (fl. 12 a 23); Certificado de existencia y representación legal de la demandada (fl. 24-32); liquidación de prestaciones sociales elaborado por el actor (fl. 33-40).

Del estudio del cúmulo probatorio, ninguna conclusión diferente a la que arribó el Juez *A Quo* se puede tener en esta instancia, en tanto fluye claro que el demandante no se acredita la prestación personal del servicio aseverado en el escrito de demanda en favor de la pasiva.

En efecto, es claro que los deponentes escuchados desconocen en su totalidad las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el supuesto contrato de trabajo. Ninguna información brindaron sobre los extremos temporales afirmados en el escrito introductor, el horario en que se cumplieron las funciones de “coterero” y subordinación al servicio de la pasiva, la existencia o no de remuneración de los servicios prestados, afiliación al sistema general de seguridad social integral y/o pago de prestaciones sociales. Nótese como los testigos Emilio Fernando Quintero Arenas, David Motta Acosta y el vigilante Diosde Mena Morales fueron coincidentes en afirmar que conocieron al demandante en el oficio de cargue y descargue “coterero” de los camiones que arribaban a la cooperativa, sin especificar fechas, y que en el interrogatorio de parte la demandada aceptó que a sus bodegas ingresaban las personas que llevaba el conductor para realizar la actividad de cargue y descargue de los productos que traían, pudiendo predicarse entonces, que el demandante prestó sus servicios personales como coterero en las instalaciones de la pasiva.

No obstante, quedo igualmente establecido que esta prestación del servicio no era para la demandada, pues, Cooperacafe Ltda no contrataba el servicio de

cargue y descargue con personas naturales, y que por el contrario eran los mismos conductores quienes contrataban y pagaban los servicios de estas personas. Véase como los deponentes Davis Motta Acosta quien fuera compañero de trabajo del actor y Diosde Mena Morales, fueron contestes en afirmar que el pago era recibido directamente de los conductores, adicionando el ultimo, que el líder de la cuadrilla era quien hacía el reparto entre los partícipes del servicio. Señalamiento que es confirmado por el demandante quien confiesa que el descargue de bultos lo cancelaba el camionero al momento del servicio a un promedio de 60.000 pesos las 10 toneladas.

Anterior panorama que reviste de veracidad la tesis planteada por el extremo pasivo de la relación procesal respecto a la inexistencia del vínculo laboral siendo la labor de cargue y descargue, contratada por un tercero.

Y es que si bien, Davis Motta Acosta afirmó que trabajó con el actor al servicio y subordinación de Cooperacafé, lo verdad es que no da razón cierta de quién los contrató, ya que, al igual que el demandante señala a Carlos como un tercero ajeno a la empresa, que los arrimó y les enseñó las condiciones del trabajo, guiándolos en su desempeño como el líder de la cuadrilla y que los empleados de la pasiva únicamente les indicaban la ubicación de los arrumes que debían cargar. Nótese que al ser indagados sobre los nombres de los trabajadores de planta, manifestaron solo conocer el de Lina, Yamile y Juan Alberto, sin precisar sus apellidos o cargos específicos.

Así mismo, al indagarse sobre el horario que debía cumplir el actor, se observan incoherencias entre todas las narraciones recibidas, toda vez que, Davis Motta Acosta informó que cumplió un horario de 7 am a 12 y de 2 a 6 de la tarde que en ocasiones se extendía, empero, no es conciso en afirmar las consecuencias de su incumplimiento; a su vez Diosde Mena Morales es enfático al decir que el actor no cumplía un horario, que no debía reportar su ingreso o salida pues su actividad se limitaba al cargue y descargue de los camiones que arribaran a la bodega y en ocasiones realizar el aseo de la bodega como una obligación de higiene y Karen Gentil acotó que nunca se les inició un proceso disciplinario

por no asistir a laborar pues esto era propio de los empleados. Finalmente, en el interrogatorio el demandante arguyó que “*les tocaba estar siempre pendiente como si tuvieran horario de trabajo normal*”, lo que conlleva a concluir que no existía una jornada establecida pues no obra prueba de ello, hasta el punto que es solo una suposición del demandante que se encuentra frente a un horario que debía cumplir.

Igual incertidumbre surge de cara a lo esbozado por el declarante Emilio Fernando Quintero Arenas en tanto que la mayoría de sus acotaciones fueron basadas en suposiciones frente al pago del salario al actor y demás “coteros”, pues en su creencia tenía por cierto que era la Federación Nacional de Cafeteros quien cancelaba estas acreencias al recibir el pago de su flete por parte de estos. Esto que deja entrever que carece de conocimiento directo sobre las particularidades de la discutida relación laboral, no generando convicción ni credibilidad, en la medida en que, las escasas nociones contadas no fueron presenciadas en sí por ellos, sino que atienden a conclusiones subjetivas, que por demás, no están amparadas en medio probatorio alguno.

Busca el actor con la documental aportada, aunar esfuerzos para probar el contrato laboral con la demandada, teniéndose como tal los formatos de autorización de acceso en horas no laborales (fl. 4-8) y la certificación de trabajo actividad descargue de productos agrícolas (fl. 9), documentos que no fueron tachados ni desconocidos por el extremo pasivo, pero que, bajo la luz de la sana crítica y acompasándolo con la totalidad probatoria, está claro que los primeros eran usados dentro de las políticas de seguridad de la empresa tal como lo señaló el vigilante Diosme Mena Morales y Karen Lorena Gentil Claro. Frente a la certificación se logró acreditar por parte de la gerente Marilu Pedroza que su finalidad no era otra que la de permitir el libre tránsito del actor en época de pandemia a fin de prestar el servicio en el sector agropecuario, como lo era el cargue y descargue de café, mas no certificar un servicio prestado pues este adolece del contenido señalado en el numeral 7 del artículo 57 del CST, por lo tanto, no logra su cometido la activa con la presentación de estos.

En consecuencia, al no beneficiarse la demandada de la labor desarrollada por el actor ni ser la contratante de este, no puede inferirse la existencia de un contrato de trabajo entre Jesús Ronaldo Chinchilla Pérez y la Cooperativa de Caficultores del Catatumbo Limitada, como quiera que dentro del expediente no obra ninguna prueba que sirva como fundamento de las pretensiones de la demanda.

No hubo, en este caso, actividad suficiente de la parte demandante para demostrar al menos la prestación personal del servicio y así haber dado aplicación a la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T. para de esa forma trasladar a la demandada la carga de la prueba de demostrar que no existió subordinación.

Por fuerza de lo dicho y sin lugar a mayores elucubraciones, se confirmará la decisión de primer grado, en tanto tuvo por no acreditada la existencia del contrato de trabajo y en tal línea, se abstuvo de conceder las súplicas.

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

4o. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE: Primero: CONFIRMAR** la sentencia del 6 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, Norte de Santander. **Segundo:** Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 124, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 06 de diciembre de 2021.



Secretario