

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



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso ordinario - Rad. 54-001-31-05-001-2020-00313-01

Demandante: Carmen Cecilia Rangel Palencia

Demandado: Colombia Telecomunicaciones SA ESP

Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

1º. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la pasiva contra el auto que negó la nulidad y tuvo por no contestada la demanda, proferido el 1 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

2º. ANTECEDENTES

La activa presentó demanda (consecutivo 1 expediente digital) pretendiendo el reintegro al encontrarse protegida con fuero constitucional. Como consecuencia persigue el pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por concepto de horas extras, los aportes al sistema general de seguridad social en salud y pensión, sanción de que trata el artículo 65 del CST y el 99 de la Ley 50/1990, más perjuicios morales.

En auto adiado el 10 de marzo de 2021 (consecutivo 10 expediente digital), se devolvió la demanda al no evidenciarse el nombre de las partes y de sus representantes legales, así como la notificación a los demandados conforme lo contempla el DL 806 de 2020.

A través de providencia del 25 de marzo de 2021 (Consecutivo 13 expediente digital), el a quo encontró subsanadas las falencias iniciales,

admitió la demanda y ordenó la notificación conforme el artículo 8 del DL 806 de 2020.

Luego de admitido el libelo genitor, el 25 de mayo de 2021 el a quo remitió oficio comunicación para diligencia de notificación personal al buzón electrónico notificacionesjudiciales@telefonica.com; correo al que compartió el vínculo del citado oficio (consecutivos 14 y 15), advirtiéndole que los términos fenecerían el 11 de junio de 2021.

Mediante memoriales del 28 y 31 de mayo de 2021, la sociedad accionada informa al juzgado de conocimiento que desconoce el contenido del expediente y lo requiere a fin de que le sea remitida la demanda, anexos, pruebas y demás actuaciones, surtiéndose en debida forma la notificación.

El 9 de junio del 2021, la pasiva solicita la declaratoria de nulidad amparada en el numeral 8 del artículo 133 del CGP, pues considera que no se surtió en debida forma la notificación de auto admisorio de la demanda. Bajo la gravedad de juramento aduce que no ha recibido traslado de la demanda, anexos., pruebas, acta de reparto, auto que inadmite y la subsanación de la demandad. Dice que pese a haber requerido en 2 ocasiones al despacho no recibió respuesta alguna a sus peticiones. Indicó que la comunicación recibida del correo rcardena@cendoj.ramajudicial.gov.co no cumple los requisitos consagrados en los artículos 6 y 8 del DL 806 de 2020, por lo tanto, la misma no puede tenerse por surtida. Corolario de lo anterior, aduce se le está vulnerando el derecho de contradicción y defensa y consecuentemente el debido proceso. Pretende se nulite todo lo actuando con posterioridad al auto admisorio de la demanda proferido el 25 de marzo de 2021 y se ordene la notificación en debida forma.

El 2 de agosto de 2021 el demandante realizó la notificación de la pasiva dirigiendo correo al buzón electrónico notificacionesjudiciales@telefonica.com corriéndole traslado de la

demanda, anexos, pruebas, auto admisorio y el contenido total del expediente. El 19 de agosto de 2021, la pasiva contestó la demanda.

Dentro de la oportunidad procesal concedida, la demandante se opone a la declaratoria de la nulidad planteada, alega que se surtió efectivamente la notificación pues le fue enviada en dos oportunidades la citación con sus anexos y el auto admisorio. Sostiene que también le fue remitida en su oportunidad la demanda y anexos conforme lo exige el DL 806 del 2020.

Transcurrido el plazo de traslado otorgado a la convocada a juicio el *A Quo*, en proveído del 1 de octubre de 2021, negó la prosperidad de la nulidad planteada. Señala que hay constancia de la notificación a la demandada, ya que, tanto el Juzgado como el demandante enviaron en debida forma el respectivo correo informando la existencia de la demanda y corriendo traslado de la demanda, anexos, pruebas y auto admisorio. Tiene por no contestado el libelo genitor.

Contra esa decisión la pasiva interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. Sustentó que la notificación efectuada el 25 de mayo de 2021 por el *a quo* no se puede tener por surtida conforme el Decreto 806 de 2020, ya que, en el correo enviado no se le remitió la totalidad del expediente, aunado al hecho que lo requirió en dos oportunidades no recibiendo respuesta alguna, atentándose así, dice, contra el derecho de defensa y debido proceso. Afirmó bajo juramento que no ha recibido correo electrónico alguno con anterioridad al del 25 de mayo de 2021. Aseveró que el término legal para dar contestación formal a la demanda inició a contabilizarse desde el momento en que el demandante perfecciona la actividad de notificación personal al remitir copia del expediente en su integridad, es decir, entre el 2 y 19 de agosto de agosto de 2021, data en la cual efectivamente contestó. Conforme lo anterior, solicita se reponga el auto atacado y en su lugar de por contestada la demanda, subsidiariamente depreca la declaratoria de la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al auto admisorio y en consecuencia se efectúe en debida forma la notificación personal.

Por auto del 14 de octubre de 2021 el funcionario de instancia despachó desfavorablemente la reposición y concedió la alzada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Pese a encontrarse debidamente enterados del traslado concedido, ninguno de los sujetos procesales presentó alegaciones.

3°. CONSIDERACIONES

El problema jurídico consiste en determinar si el trámite de notificación y traslado de la admisión de la demanda se surtió en legal forma. En caso afirmativo, si la consecuencia procesal del silencio de la pasiva es tener por no contestado el libelo introductorio o decretar la nulidad planteada.

Como se reseñó, la entidad recurrente sostiene que el acto procesal de notificación desplegado por el *a quo* el 25 de mayo de 2021, adolece de los requisitos formales para considerarse surtida, pues la misma no corre traslado de la demanda, anexos ni del auto admisorio, debiendo tenerse como válida dice, la realizada por la actora el 2 de agosto de 2021, dándose el cumplimiento de la carga procesal que le asistía, dígase, responder dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la notificación personal de la admisión de la demanda impetrada en su contra por Carmen Cecilia Rangel Palencia, y que la agencia judicial a quien correspondió el conocimiento de dicho proceso, en un abierto desconocimiento de las garantías superiores que le asisten, tuvo por no contestado el aludido libelo introductorio.

Al respecto, adviértase de entrada que le asiste razón a la sociedad recurrente. Efectivamente, las probanzas¹ revelan que el 25 de mayo del 2021, siendo las 16:06 desde el correo institucional rcardena@cendoj.ramajudicial.gov.co se dirigió mensaje al buzón electrónico de la pasiva notificacionesjudiciales@telefonica.com, con la acotación “LES COMPARTO EL VINCULO DEL PROCESO NO. 2020-00313 Y QUEDAN NOTIFICADOS CONFORME EL

¹ Consecutivo 14-15 expediente digital

DECRETO 806 DEL 2020 ATENTAMENTE JUZGADO 1 LABORAL DEL CIRCUITO DE CUCUTA” (sic). No obstante, al ingresar al enlace remitido se logra acceder únicamente al oficio visto en el consecutivo 14 de expediente digital nombrado “*comunicación para diligencia de notificación personal*”, resaltándose que no se vislumbra el cumplimiento del envío del auto admisorio a notificar, tal como lo contempla el artículo 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en concordancia con el numeral 1 del artículo 41 del CPTSS. Situación esta que fue puesta de presente por la pasiva en correos del 28² y 31³ de mayo de 2021, donde solicita la remisión del escrito de demanda, anexos pruebas y acta de reparto al no conocer las mismas. Peticiones que no tuvieron acogida por el operador judicial primigenio.

Conforme lo anterior, como se dijo, razón tiene la apelante al manifestar que la notificación efectuada el 25 de mayo de 2021 no reúne los requisitos para considerarse efectuada legalmente, pues, de su contenido únicamente se puede acceder a la comunicación de la existencia de una demanda impetrada en su contra, brillando por su ausencia el libelo, anexos, pruebas, y, el auto admisorio de la misma, pudiendo afirmarse que los efectos procesales de dicha actuación no vieron la luz y mal haría en predicarse lo contrario, ya que, se violaría el derecho de contradicción y defensa, así como el debido proceso.

Cabe señalar que al analizar el expediente y contrastarlo con el recurso presentado, brota la necesidad de traer a colación la actuación desplegada por la demandante el 2 de agosto de 2021⁴, dígase, enviar notificación a la pasiva al citado buzón electrónico, adjuntado la subsanación a la demanda, anexos, pruebas, auto admisorio y demás decisiones judiciales. Acto que en efecto, cumple con los requisitos en su totalidad para tener por realizada efectivamente la intimación de la pasiva. Así, al tenor del

² Archivo digital “Proceso Ordinario Laboral promovido por CARMEN CECILIA RANGEL PALECIA contra COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. BIC. (MG-AFM)” del 28/05/2021 y “3 MEMORIAL CARMEN CECILIA VS CT.pdf”

³ Archivo digital “Proceso Ordinario Laboral promovido por CARMEN CECILIA RANGEL PALECIA contra COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. BIC. (MG-VC)” del 28/05/2021

⁴ Archivo digital “Memorial para allegar certificado de entrega.pdf” y “Cotejo de envío de notificación 291.pdf”

artículo 8 del Decreto 806 de 2020 los términos de traslado expiraron el 19 de agosto del 2021, data esta última en la cual se contestó la demanda⁵.

Se reitera, la comunicación efectuada por el a quo el 25 de mayo de 2021, no reunió los requisitos para tomarse como notificación personal y por ende sus efectos procesales nunca surgieron, en cambio, la notificación efectuada por la demandante el 2 de agosto de 2021 al cumplir con las ritualidades normativas se debe tener como surtida y contestada en debida forma.

En virtud de lo dicho, se revocará el auto del 1 de octubre de 2021 proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta y en su lugar se dará por contestada la demanda por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

Sin costas, por prosperar la alzada.

4º DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el auto del 1 de octubre de 2021 proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta y en su lugar dar por contestada la demanda por parte de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

Segundo.- Sin costas.

Devuélvase el proceso al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE.

Los Magistrados,

⁵ Archivo digital “Contestación demanda CARMEN CECILIA RANGELA PALENCIA contra COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. BIC parte 1 (MG-TP).msg” del 19/08/2021 y CARPETA “CONTESTACION DEMANDA”



ELVER NARANJO
Elver Naranjo



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

JoaquinP

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 12 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-002-2017-00522-00, promovido por **Luis Alfonso Cárdenas Arteaga** contra **Cerámica Andina Limitada En Liquidación**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 80-96): Depreca el accionante se declare, que el contrato de trabajo a término indefinido que sostuvo con la pasiva fue terminado de manera unilateral y sin justa causa y que dicha sociedad actuó de mala fe al obviar pagarle las acreencias laborales causadas. Como consecuencia de ello, pide se condene a la empresa al pago de \$2.749.680 a título de auxilio de transporte, indemnización de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST por la no cancelación del auxilio de cesantías durante los años 2013, 2014, 2015 y 2016; indexación de las condenas, más las costas y agencias en derecho.

Adujo para ello: **1) Que** el 24 de octubre de 1992 ingresó a laborar al servicio de Cerámica Andina Limitada, a través de un contrato a término fijo inferior a un año para desempeñar el cargo de operario de planta. Vinculación que mutó a la

modalidad indefinida hasta el 23 de enero de 2017, cuando le fue notificada la finalización del convenio laboral en razón de la liquidación judicial de la sociedad comercial; data para la cual percibía un salario equivalente a \$901.021. **2) Que** la labor encomendada fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumplimiento con el horario de trabajo, pese a lo cual no obtuvo el pago del subsidio de transporte. **3) Que** desde 2004 Cerámica Andina Limitada inició proceso de reestructuración comprometiéndose a cancelar acreencias laborales legales y de índole convencional, deudas por impuestos de aduanas y tributos municipales. Pero, a razón del incumplimiento de los acuerdos de pago suscritos, la Superintendencia de Sociedades, por medio del Auto No. 400-017951 del 28 de noviembre de 2016, decretó la apertura de proceso de liquidación. **4) Que** aun cuando la anterior determinación conlleva la finalización de los contratos, la empresa continuó operando hasta el 23 de enero de 2017, cuando fue enterado de su despido adeudándosele las cesantías de los años 2013 a 2016, así como los aumentos del laudo arbitral vigentes desde 2014. **5) Que** la liquidación provisional entregada por Cerámica Andina, no incluye las sumas adeudadas a título de sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. **6) Que** con ocasión al desempleo, se vio obligado a interponer acción de tutela frente a la hoy demandada, en procura de proteger la estabilidad laboral reforzada a que tiene derecho, denegada por la entonces Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio de fallo dictado el 29 de junio de 2017.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA: Cerámica Andina Limitada En Liquidación, representada por curador ad litem, se opuso a las pretensiones (fls. 76-78). Adujo desconocer las situaciones laborales y actuaciones administrativas reseñadas por la activa. No formuló excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el 12 de octubre de 2021, declaró la existencia de la relación laboral entre el demandante y Cerámica Andina Limitada en Liquidación desde el 24 de octubre de 1992 hasta el 23 de enero de 2017, la cual terminó por acatamiento de la decisión adoptada por la Superintendencia de Sociedades en Auto No. 400-017951 del 28 de noviembre de 2016. Amparado en el actual criterio de esta Sala de

Decisión, condenó a la sociedad a pagar al actor la suma de \$24.298.540 por concepto de indemnización moratoria por no pago del auxilio de cesantías causado entre 2013 y 2015.

Despachó desfavorablemente la petición de auxilio de transporte indicando que el actor no probó requerir el servicio de transporte para desplazarse al lugar de trabajo. También, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST bajo el argumento de que desde el 28 de noviembre de 2016 se dio apertura al proceso de liquidación empresarial, sin que pueda predicarse mala fe en la deuda de los derechos laborales. Gravó en costas a la pasiva.

RECURSO DE APELACIÓN: La pasiva aspira a que se revoque la decisión y en su lugar se le absuelva de la totalidad de pretensiones incoadas por el actor. Discrepa de la condena a título de sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990), argumentando que de conformidad con la Ley 1116 de 2006 del régimen de insolvencia empresarial prevé la falta de pago de acreencias laborales al sobrevenir la insolvencia económica de sociedades comerciales, por lo que mal puede catalogarse como un actuar ausente de probidad cuando se ampara en una justificación de índole legal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: No fueron presentados.

3o. CONSIDERACIONES

Atendiendo a la alzada, el problema jurídico consiste en determinar si el impago de los auxilios de cesantías de los años 2013, 2014 y 2015 acarrea o no la imposición de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, habiéndose sometido la pasiva a proceso de liquidación empresarial.

En función de resolver los cuestionamientos aludidos, importa destacar que en esta instancia se encuentran por fuera de discusión la existencia entre los litigantes de un contrato de trabajo a término indefinido, ejecutado desde el 24 de octubre de 1992 y hasta el 23 de enero de 2017, cuando la encartada le comunicó al actor la decisión de terminarle unilateralmente su contrato de trabajo, efectiva a partir de la misma

fecha y con ocasión de la apertura del proceso de liquidación judicial de la sociedad (fl. 10).

De cara a los anteriores lineamientos, es de recordar que la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no es de aplicación automática, y, opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En otras palabras, cuando demuestra que, pese a la no consignación 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), improcedentes se tornan penas. Igualmente, ha explicado que no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo. (Ver sentencias SL2448-2017 y SL2809 de 2019).

Por ello, el órgano de cierre de esta jurisdicción, ha precisado que la conducta del empleador que debe ser evaluada es la observada en el momento en el que incurrió en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, vale decir, en el caso de la indemnización contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el instante en el que legalmente se debe consignar la cesantía en un fondo. Siendo claro que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta desplegada por el deudor en el momento en que tenía que pagar. (Ver SL, 24 enero 2012, rad. 37288; SL 1º agosto 2012, rad. 40972 y SL485-2013). Y en los casos en que las sociedades inician los procesos de reorganización de que trata la Ley 550 de 1999, ha reiterado que esa sola circunstancia no permite exonerar de la mora al empleador, porque del artículo 17 del estatuto mencionado, no se colige *“que el empleador quede imposibilitado, indefinidamente, para el pago de los créditos laborales”* (ver SL16884-2016).

Con base en esas intelecciones se descende al sub examine, encontrando que la censura tilda de errada la postura del *A Quo* por considerar debe ser liberada de la moratoria perseguida por la activa y reconocida en la providencia, en tanto que los problemas económicos experimentados que conllevaron al inicio de proceso de restructuración empresarial desde 2004 y el posterior trámite de liquidación judicial en 2016 constituye justificación legal suficiente para la omisión de pago de los auxilios de cesantías. Postura que en esta instancia no tiene cabida porque dicha liquidación se ordenó a través de Auto No. 400-017951 del 28 de noviembre de 2016, esto es, aproximadamente tres años y nueve meses después de que la obligación de pagar las cesantías causadas en 2013 se le hiciera exigible a Cerámica Andina Limitada. Es de resaltar que el incumplimiento también cobijó los auxilios causados entre 2014 y 2015. Se suma que como se señaló con anterioridad, el proceso de reorganización no implica una autorización legal para dejar de cancelar las deudas de la sociedad, sino que, impone llegar a acuerdos para su cumplimiento, lo que en últimas nunca aconteció.

No se desconoce que la iliquidez o crisis económica del empleador, afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, sin embargo, no debe perderse de vista, que éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono, tal como lo prevé el artículo 28 del C. S.T. 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, como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990.

Tampoco debe obviarse 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 (artículo 333 Constitución Política).

Bajo los anteriores parámetros se tiene que es procedente la condena por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como a bien tuvo concluir el juez de primer grado, misma que según el contenido

de la siguiente tabla de liquidación, resulta levemente superior a la liquidada por el funcionario (**\$24.298.540**):

Año	Valor salario diario	Fechas de mora	Días de mora	Total
2013	\$19.650	15/02/2014 a 14/02/2015	360	\$7.074.000
2014	\$20.533	15/02/2015 a 14/02/2016	360	\$7.391.880
2015	\$30.034	15/02/2016 a 28/11/2016	328	\$9.851.152
TOTAL SANCIÓN MORATORIA				\$24.317.032

Sin embargo, como dicho tópico no fue objeto de controversia por el polo activo de la relación procesal, se confirmará la decisión en este aspecto, porque su revocatoria implica la desmejora de las condiciones procesal del apelante único, situación proscrita por la normatividad vigente.

De otro lado, vale aclarar que no es factible calcular dicha sanción más allá del 28 de noviembre de 2016, a razón de las cesantías causadas entre el 29 del mismo mes y año y hasta el 23 de enero de 2017, pues si bien como el contrato no tuvo vigencia durante todo este año, no era obligación del empleador consignarlas en un fondo y podían entregarse directamente al trabajador –lo que no se acreditó–; lo cierto es que a partir de la primera data mentada inició el proceso de liquidación de la sociedad convocada a juicio, situación que bajo el entendimiento del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, denota una trascendencia tal que impide predicar la existencia de ánimo defraudatorio por parte del empleador. (Ver sentencias SL2833 de 2017, SL17579 de 2017 y SL4476 de 2018).

Se advierte el salario promedio de \$976.205 al que se hizo alusión en el hecho segundo de la demanda, solo se tuvo en cuenta para efectos de liquidar la sanción generada por el auxilio de cesantías causado en 2015. Esto, atendiendo a que en el contenido de la liquidación provisional de prestaciones sociales efectuadas por el liquidador se indicó que el actor percibió tal suma como salario para la data de su retiro (fls. 16 a 18). Sin embargo, comoquiera para las anualidades anteriores no se probó la remuneración pagada a aquel, se utilizó como base el salario mínimo legal mensual vigente para cada vigencia, amén de que según el contrato individual de

trabajo que reposa a folio 8 del cartapacio, ese fue el valor acordado para la retribución económica de la labor desempeñaba por el subordinado.

En resumen, como quedó demostrado que la omisión frente al pago de los auxilios de cesantías causados por el actor aconteció con anterioridad al inicio de la intervención forzosa de la encartada, se confirmará la decisión de primer grado en cuanto reconoció la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas a la demandada Cerámica Andina Limitada En Liquidación por no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada \$500.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la pasiva. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$500.000. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

Nidiam Belén Quintero Géves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se surte el grado de jurisdicción de consulta de la sentencia del 29 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, Norte de Santander, dentro del proceso ordinario laboral con radicado 54-001-31-05-002-2020-00129-01 promovido por **Julio César Gutiérrez Quintero** contra la **Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB SA ESP.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 2-10): Depreca **Julio César Gutiérrez Quintero** se declare que el auxilio de rodamiento cancelado desde el 1 de noviembre de 2008 al 22 de diciembre de 2013 es constitutivo de salario. En consecuencia, solicita se realice la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes en seguridad social integral. Igualmente pretende la indemnización por despido sin justa causa y moratoria de que trata la Ley 50 de 1990, intereses moratorios del artículo 65 del CST, intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indemnización de perjuicios y las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** ingresó a trabajar el 1 de diciembre de 2007 a la empresa Ingelcom Ingeniería de Electrónica y Telecomunicaciones SAS. **2)**

Que el 2 de diciembre de 2013 se dio la fusión entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB SA ESP e Ingelcom SAS. **3) Que** del 1 de noviembre de 2008 al 31 de diciembre de 2013, Ingelcom SAS pagó mensualmente la suma de \$80.000 a título de rodamiento, el cual era un auxilio de mantenimiento para la moto que era de su propiedad y usaba para desplazarse a los lugares donde debía realizar las tareas que la empresa le asignara. **4) Que** después del cese del auxilio de rodamiento, tuvo que asumir todos los gastos generados para la moto. **5) Que** elevó petición a la demandada pretendiendo el reconocimiento del auxilio de rodamiento como factor prestaciones y la entrega de documental.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Consecutivo 05): La **Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB SA ESP** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó la existencia de la relación laboral, el valor y el pago del auxilio de rodamiento y la utilidad en el mantenimiento de la moto que usaba el actor para el desarrollo de sus labores, la sustitución patronal el 22 de diciembre de 2013 y la radicación de la petición el 28 de octubre de 2019.

Señaló que el auxilio de rodamiento no constitutivo de salario se dejó de cancelar mucho antes de la sustitución patronal que se dio el 22 de diciembre de 2013, y ello obedeció a que los trabajadores empezaron a movilizarse en camionetas de la empresa ya que desde abril del 2013 se le incrementó el salario y empezó a recibir multitud de beneficios convencionales. Indicó que el 26 de diciembre de 2013 se firmó adición al contrato de trabajo borrando definitivamente cualquier obligación frente al apoyo para gastos de mantenimiento de un vehículo. Formuló la excepción previa de prescripción, acotando que toda reclamación y acción frente al auxilio de rodamiento estaba afectada con dicho fenómeno pues su último pago se realizó en marzo de 2013. Como medios de defensa de fondo planteó los de cobro de lo no debido, ausencia de causa, prescripción, pago, compensación, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, Norte de Santander, el 29 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 tenor del artículo 128 del CST el auxilio de rodamiento no era constitutivo de salario, puesto que el mismo no enriquecía el patrimonio del demandante, era destinado para desempeñar a cabalidad las funciones como medio de transporte y elemento de trabajo, frente a esta causal tuvo por confesión lo señalado por el actor en el hecho cuarto de la demanda, y finalmente acotó que este beneficio había sido acordado contractualmente como no constitutivo de salario.

3o. CONSIDERACIONES

En consonancia con el objetivo del grado de jurisdicción de consulta, el problema jurídico consiste en determinar si el auxilio de rodamiento percibido por el periodo del 1 de noviembre de 2008 al 22 de diciembre de 2013 es constitutivo de salario. En consecuencia, si hay lugar o no a la reliquidación y pago de todas las acreencias laborales junto con las indemnizaciones deprecadas.

Para resolver es menester señalar que no son materia de controversia los siguientes conocimientos facticos, ya sea porque fueron aceptados por la pasiva, fue decretado como tal en audiencia o quedó probado dentro del proceso sin ser materia de litigio: **(i)** que el demandante suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 1 de diciembre de 2007 con Ingelcom SAS (fl. 24-31), **(ii)** que al actor le fue pagado auxilio de rodamiento desde el 1 de noviembre de 2008 al 22 de diciembre de 2013, **(iii)** que dicho valor por rodamiento era un auxilio de mantenimiento para la moto que usaba como medio de transporte para desplazarse a prestar las tareas que la empresa le asignaba, **(iv)** que el 22 de diciembre de 2013, se dio la sustitución patronal

con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB SA ESP, y (v) que el 28 de octubre de 2019 el demandante presentó petición a la pasiva.

Si bien, ambos litigantes solicitaron como pruebas declaraciones, estas fueron desistidas y descartadas en el apartado procesal de decreto de pruebas, teniendo únicamente como caudal probatorio la documental que se encuentra conformada por piezas correspondientes a:

- Nómina de Ingelcom SAS, para el actor del 1 de enero de 2008 al 15 mayo de 2013 (fls. 12-22).
- Respuesta petición del 29 de octubre de 2019 (fl. 23).
- Certificación laboral (fls. 24-26).
- Contrato de trabajo a término indefinido celebrado con Ingelcom SAS el 1 de diciembre de 2007. (fls. 27 y 28)
- Otro si al contrato de trabajo de Ingelcom SAS del 8 de abril de 2013 (fl. 29)
- Otro si, modificación y adición al contrato de trabajo ETB SA ESP (fl. 30-31)
- Planillas de aportes a seguridad social (fl. 32-41)
- Convención colectiva de trabajo compilación 1984. (fl. 92-131 consecutivo 05 expediente digital)

Comoquiera que el problema jurídico versa sobre el salario y sus factores con o sin incidencia, es necesario recordar que los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, delimitan el concepto de salario y los elementos que los integran y aquellos que no son considerados como tal ya sea por su contenido o por acuerdo entre las partes al momento de suscribir el contrato de trabajo. Bajo tal égida, por regla general, se tiene por salarial toda aquella suma que sea retributiva directa de los servicios prestados por el trabajador. En este orden, debe verificarse realmente si aquella particularidad de retribución tiene ocurrencia o incidencia en ello; acotándose por la jurisprudencia la afirmación “*el salario se define por su destino*” (CSJ SL5159-2018)

Como excepción a dicha generalidad, el artículo 128 del CST, contempla que no pueden ser considerados salario las i) prestaciones sociales, ii) sumas recibidas en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad sus funciones, iii) sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador, iv) pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo y v) beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario. No obstante, cuando se trate de acuerdos o pactos no salariales la jurisprudencia del máximo tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, ha señalado que los mismos deben ser expresos, claros, precisos y detallados, que excluyan dicho emolumento de la incidencia salarial y en caso tal existir duda debe resolverse en favor de la regla general, es decir que es retributivo (CSJ SL1798-2018).

Como se reseñó, se pretende la declaratoria del auxilio de rodamiento como factor salarial y las consecuencias monetarias e indemnizatorias, encontrándose aceptado que el demandante recibió de manera mensual para el periodo datado del 1 de noviembre de 2008 al 22 de diciembre de 2013 la suma de \$80.000 a título de “rodamiento”, el cual al tenor del aceptado hecho 4 del libelo seminal es un auxilio de mantenimiento para la moto que usaba el actor como medio de transporte para desplazarse a los lugares donde debía realizar las tareas que le asignaba la empresa.

Del análisis del cúmulo probatorio, la normativa y jurisprudencia traída a colación ninguna conclusión diferente a la que arribó el Juez *A Quo* se puede tener en esta instancia, en tanto fluye claro que el valor cancelado a título de rodamiento se encuentra dentro de las excepciones a la regla general, pues este no retribuye el servicio prestado, es una suma entregada en dinero para desempeñar a cabalidad las funciones y se encuentra convenido contractualmente que no constituye salario.

Tal como lo acotó el operador judicial de primera instancia, el demandante en el numeral 4 del libelo genitor demanda, confesó el carácter no retributivo del auxilio de rodamiento otorgado por la empleadora, pues tal como allí se señaló, su fin era el mantenimiento de la moto que usaba para desplazarse al sitio donde le eran asignadas tareas, desvirtuándose desde su génesis lo pretendido, puesto que su finalidad no era retributiva o como contraprestación del trabajo, habiéndose reconocido para facilitar la prestación del servicio en función del cargo.

Igualmente, al analizar el contrato de trabajo a término indefinido celebrado el 1 de diciembre de 2007 con Ingelcom SAS (fls. 27-28), en su parágrafo segundo clausula segunda, se observa que las partes suscribientes acuerdan que el auxilio de rodamiento no constituye salario, surgiendo otra talanquera que permita acceder a lo pretendido de conformidad con el artículo 128 del CST.

En síntesis, el denominado auxilio de rodamiento aquí discutido no fue reconocido al demandante para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino su finalidad era para desempeñar a cabalidad las funciones que le eran asignadas, en ningún momento su naturaleza fue retributivo a la actividad laboral desplegada, aunado al hecho que dicho pago fue acordado como no constitutivo de salario en el contrato de trabajo, por lo tanto, sin lugar a mayores elucubraciones, se confirmará la decisión de primer grado.

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 29 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, Norte de Santander. **Segundo:** Sin costas.

NOTIFÍQUESE.

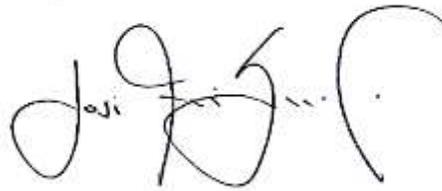
Los magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

JoaquinP

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 5 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-002-2020-00202-00 promovido por **Rafael Segundo Ramírez Marín** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, surtir el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Depreca el actor se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones, lo que resulte probado ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** se afilió al régimen de prima media administrado por el ISS desde el 5 de marzo de 1985, del que mutó el 16 de marzo de 1998 con destino a la administradora Horizonte (hoy Porvenir S.A.). **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 acarrea dicho cambio; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera la nulidad de dicho acto. **3) Que** petitionó a las convocadas a juicio la nulidad del traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa, a sabiendas que el retorno al RPM resulta más beneficioso por cuanto la mesada pensional que percibiría es mayor a la proyectada en el RAIS que alcanza un poco más del SMLMV.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones- se opuso a lo pretendido, admitiendo como hechos ciertos, los relativos a la afiliación y reclamación administrativa elevada por el actor. Argumentó que éste mutó 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: buena fe, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, y la genérica.

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

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

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO: La Procuraduría 10 judicial I para asuntos del trabajo y de la seguridad social, expuso que aun cuando la ley 100 de 1993 permitió a las AFP lucrarse de su actividad, correlativamente les impuso el deber de cumplir con un servicio público, lo que implica suministrar a sus potenciales usuarios *“la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen...”*. Situación fáctica que dice, corresponde probar a la administradora de cara a cualquier afiliado (esté o no próximo a pensionarse), so pena de declararse la ineficacia del traslado de régimen de pensiones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 5 de octubre de 2021, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual que el accionante surtió con el fondo de pensiones Porvenir S.A. Condenó al fondo privado a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de aquel, como cotizaciones, bonos pensionales, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado del accionante del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas solamente 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 Porvenir S.A., no cumplió con esa carga, pues, no obra en el plenario prueba alguna de la correcta y completa asesoría dada al demandante, ni siquiera documental que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y, mucho menos de sus desventajas.

RECURSOS DE APELACIÓN: 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 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 este 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.

Colpensiones también persigue la revocatoria de la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado del incoante a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó literal e), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al establecer que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la pensión de vejez; evento que satisface el actor al encontrarse en el rango de edad prescrito. En cuanto a la ineficacia del traslado, indica que no es viable, en la medida que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, ya que, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su artículo

48. Asevera que a partir del acto de traslado, el afiliado contaba con la carga ineludible de ejercer diligencia y cuidado en los casi 20 años que se mantuvo en el RAIS, pudiendo haber probado que realizó actos tendientes a mejorar su situación pensional, lo que no ocurrió. Añade que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque la entidad tendría que asumir la diferencia monetaria entre la mesada pensional causada en el RAIS de cara a la que llegare a liquidarse en el RPM.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Porvenir S.A. y Colpensiones replicaron los argumentos expuestos en las apelaciones elevadas ante el *a-quo*. El actor no presenta alegaciones finales.

3o. CONSIDERACIONES

Deberá establecerse si el traslado del demandante del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual, ante Porvenir S.A., adolece o no del consentimiento informado de aquel. 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.

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 Rafael Segundo Ramírez Marín para hacer efectivas la mutación de régimen pensional, fue informada, es decir, si la AFP codemandada cumplió o no con su deber legal de información a partir del precedente judicial de la alta corporación en la especialidad y, de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Se tiene que el actor suscribió un formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. (hoy Porvenir S.A.), el 16 de marzo de 1998, data en la que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a la AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que la encartada no le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a ésta desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron 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 Ramírez Marín de la anotación: “*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones(...)*”, como lo señala el órgano cúspide, si bien denota un consentimiento, no se verifica con ello que hubiese

sido informado. Situación que ratifica el protagonista procesal al momento de rendir interrogatorio de parte, pues insiste en que no se asesorado porque su afiliación se perfeccionó en 1998 a través de un asesor bajo el argumento de que el Seguro Social estaba en crisis e iba a desaparecer y que quienes estaban allí afiliados quedarían en el limbo, sin resultar advertido acerca de las ventajas y desventajas del traslado, ni el eventual monto de la pensión de parte de ninguna AFP.

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

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

No resulta de recibo en consecuencia, el dicho de Colpensiones sobre la imposibilidad del traslado luego que le faltaren menos de 10 años al afiliado para alcanzar la edad, ya que, de que se trata es de la ineficacia de un acto, valga decir, de la inexistencia del mismo (traslado). Igual suerte corre la afirmación de que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, al realizarse ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009

en su art 48, habida cuenta de que, como ha quedado establecido, si bien pudo existir un consentimiento el mismo no fue informado como lo demanda la jurisprudencia respectiva. Menos puede aceptarse que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque ningún medio de convicción se arrimó sobre ello.

También se desestima la afirmación de Porvenir S.A. sobre la imposibilidad de aplicar el precedente judicial vertical en el sub-analíse, ya que, si bien la vinculación primigenia del actor al RAIS se dio en 1998, el órgano de cúspide ha sido claro y reiterativo en precisar que la obligación de información a cargo de las AFP se encuentra prevista desde la creación del SGP.

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 demandante del régimen de prima media al RAIS.

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

En lo que tiene que ver con los gastos de administración, seguro previsional y los frutos, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia de la afiliación del demandante al sistema pensional de ahorro individual, son que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos

financieros y los gastos de administración a Colpensiones tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló : *“Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...”*

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

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

Consulta.

En lo que toca con la prescripción de la acción para deprecar la ineficacia del traslado, debe precisarse que, al tratarse de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la seguridad social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener

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

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

Por último, con fundamento en el aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas a Colpensiones y Porvenir S.A., por cuanto sus apelaciones resultaron imprósperas. Se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una \$500.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 5 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas Colpensiones y Porvenir S.A. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de \$500.000 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. 007, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-003-2018-00480-00

Partida Tribunal: 19084

Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta

Demandante: LUIS ISAAC ARTEAGA MATEUS

Demandada (o): COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO

Tema: DESPIDO INJUSTO-REAJUSTE SALARIAL

Asunto: Apelación de Sentencia

San José de Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 15 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-003-2018-00480-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19084 promovido por el señor LUIS ISAAC ARTEAGA MATEUS contra LA COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A.

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

I. ANTECEDENTES

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda ordinaria laboral (acta de reparto 5 diciembre de 2018-fl.16), con el fin de que se declare que entre él y la empresa COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. existió un contrato de trabajo a término fijo sin solución de continuidad; que se declare la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, en consecuencia, se condene al pago de \$14'960.000 por despido injusto, al pago de los 180 días de salario por despido de que trata el art. 26 de la ley 361 de 1997, al pago de reajuste salarial, el pago de la dotación por el tiempo que duró la relación laboral, y al pago de las prestaciones sociales, al uso de las facultades extra y ultra petita, la indexación de las sumas adeudadas y las costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: que fue vinculado laboralmente el día 13 de enero del 2015, desempeñando el cargo de picador, carretero y minero, en la extracción de hulla (carbón de piedra), mediante un contrato a término fijo cumpliendo una jornada laboral de 5:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes, y los sábados dos veces al mes de 5:00 am a 11:00 am; que la vinculación laboral entre las partes finalizó el día 31 de enero del 2018 por decisión unilateral del empleador.

Precisó, que la labor encomendada fue ejecutada de manera personal atendiendo las instrucciones del empleador, sin que llegará a presentarse queja alguna o llamados de atención en el desarrollo del vínculo.

De igual manera agregó que no desarrolló una labor ocasional, accidental o transitoria como tampoco estaba reemplazando a alguien que estuviese disfrutando de vacaciones o de una licencia o incapacidad; precisó que durante la vigencia de la relación laboral sufrió dos accidentes de trabajo cumpliendo sus funciones como minero, el primero el 6 de mayo del 2015, cuando se disponía a quemar explosivos, el cable fallo y detonó, causándole quemaduras en los miembros superiores, espalda, cuello y ruidos en los oídos.

Indicó, que la segunda contingencia se produjo el 21 de Julio del 2015 conforme se constata con el formato de accidente No. 1212235 en el cual se indicó que se encontraba carreteando en el inclinado 1, cuando de repente se golpeó la cabeza con el capi de madera y se le resbaló la carreta de las manos al tratar de levantarla por lo que, le produjo un fuerte dolor en la parte media de la espalda; como consecuencia de estos accidentes de trabajo, presentó deficiencia físicas y por causa de ello tuvo recomendaciones específicas por el médico laboral.

Que la compañía empleadora aceptó tener conocimiento respecto a las patologías padecidas: discopatía degenerativa L5-L5, L3-L4, abombamiento concéntrico de disco intervertebral sin hernias L4-L5 y protrusión discal. Que el 15 de septiembre de 2016 la JRCI de Norte de Santander profirió dictamen del PCL con un 14.80% con origen laboral según la JNCI.

Que el 16 de mayo de 2017 le fue notificada una disminución de su salario de \$1'630.000 a \$737.717 sin justificación alguna. Que el día 25 de enero de 2018 le fue notificada la terminación del contrato de trabajo hasta el 31 de enero de 2018, con la causal de "SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES", dicha suspensión fue dada por el Ministerio de Minas solo por 120 días y para el tiempo del despido ya había vencido el término.

Que el 31 de enero se allegó incapacidad médica por 30 días hasta el 18 de febrero de 2018 y el 02 de febrero de 2018 la JNCI dictaminó un 23,50% de PCL de origen laboral con diagnósticos M511, M513, M518, posteriormente fueron expedidas mas incapacidades hasta el 04 de junio de 2018

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada, a través de apoderado judicial manifestó que son ciertos parcialmente los hechos y se opuso a las pretensiones, alegando que el contrato se terminó por el cierre de la mina desde el 27 de julio de 2016, acogiéndose a la causal

valida de los 120 días de suspensión, que a la terminación del contrato, se le pagaron al trabajador las acreencias y la indemnización; que el demandante fue contratado por un salario mínimo legal vigente y/o el destajo, al desaparecer el destajo se le debe pagar el salario mínimo. Propuso como excepciones de fondo las llamadas: el cierre de las actividades de la mina por más de 120 días, no encontrarse incapacitado el demandante al momento de la terminación del contrato, el pago, el cobro de lo no debido, el enriquecimiento sin causa.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el juzgado de conocimiento que lo fue el Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de fecha 15 de septiembre de 2020, resolvió:

“(...) PRIMERO: CONDENAR a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., a reconocer y pagar al demandante LUIS ARTEAGA MATEUS las diferencias salariales reclamadas entre el salario que debió devengar de \$1.630.000 y el cancelado por el empleador de \$737.717, que se reconocerán por el periodo que va del 16 de mayo de 2017 al 31 de diciembre de 2017, que arrojan una suma total de \$7.138.264.

SEGUNDO: CONDENAR a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., a reconocer y pagar al demandante LUIS ISAAC ARTEAGA MATEUS, las diferencias de las prestaciones sociales causadas como consecuencia del reajuste salarial, por el periodo que va del 16 de mayo de 2017 al 31 de diciembre de 2017.

TERCERO: CONDENAR a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., a reconocer y pagar al demandante LUIS ISAAC ARTEAGA MATEUS, la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en cuantía de \$9.780.000.

CUARTO: CONDENAR a la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., a reconocer y pagar al demandante LUIS ISAAC ARTEAGA MATEUS, la suma de \$14.724.333, por concepto de diferencias de indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada.”

La juez a quo fundamentó su decisión en que, se demostró **la existencia de contrato de trabajo** entre el señor Luis Isaac Mateus Arteaga y La Empresa Compañía Minera Cerro Tasajero S.A., desde el 13 de enero del 2015 hasta el 31 de enero del 2018, fecha en que el empleador decidió dar por terminado el contrato de trabajo, alegando el cierre de operaciones de la mina desde el junio del 2016, y por la imposibilidad de reanudar las mismas a folio 46 y 86, y 88 del expediente.

En cuanto a la **desmejora salarial**, advirtió que de acuerdo con el contrato de trabajo obrante a folio 84 a 86 del expediente, el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de oficios varios, en minería y se pactó como remuneración un SMLMV o destajo; que con la copia de liquidación del contrato de trabajo obrante a folio 101 del

expediente, se encuentra demostrado que el último salario que devengó el demandante correspondió a la suma de \$1.630.000, suma sobre la cual se le cancelaron al actor los salarios y prestaciones sociales causadas en el año 2018, por lo que concluyó que efectivamente entre el 16 de mayo del 2017 al 31 de diciembre del 2017 al señor Luis Isaac Arteaga Mateus se le cambió su salario a destajo que venía percibiendo por la suma de \$1.630.000, a un SMLMV de \$727.717 como consecuencia de la reubicación laboral ordenada por los médicos tratantes.

La jueza *a quo*, modificó su criterio respecto a que se encontraba justificada la variación del salario a destajo un mínimo legal como consecuencia de la reubicación, debido a que el trabajador dejaba de producir las unidades de trabajo requeridas para su causación; en razón a que el salario a destajo no puede equipararse al salario mínimo legal mensual vigente, debido a que tiene una causa distinta por surgir el primero de cantidad de trabajo realizado por el trabajo, mientras que el segundo al cumplimiento de una jornada laboral.

Así las cosas, la jueza de instancia determinó como su nuevo criterio que si como consecuencia de la reubicación, el trabajador se encuentra limitado para desarrollar esa actividad que se remuneraba por unidad producida, en cumplimiento de la protección constitucional debida a esos trabajadores que se encuentran en una condición de debilidad manifiesta por su condición física, que exige el artículo 13 de la C.P., **debe garantizársele que sus ingresos no se vean afectados en perjuicio de su calidad de vida**, como lo explicó la Corte Constitucional en los Sentencia T-292 de 2011 y en aplicación de los artículos 4º y 8º de la Ley 776 de 2002, por lo que, **consideró que le asiste el derecho a la parte demandante al reconocimiento y pago de las diferencias salariales reclamadas entre el salario que debió devengar de \$1.630.000, y el cancelado por el empleador de \$727.717, que se reconocerán por el período que va del 16 de mayo del 2017 al 31 de diciembre del 2017, que arroja una suma total de \$7.138.264.**

En cuanto a la pretensión de **pago de prestaciones sociales** desde el año 2015 al 2018, indicó, que no es posible disponer el pago por toda la vigencia de la relación laboral; sin embargo, en aras de proteger los derechos mínimos irrenunciables del trabajador, y como consecuencia del reajuste del salario ordenado por causa del desmejoramiento salarial, dispuso reconocerle las diferencias de las prestaciones sociales causadas desde el 16 de mayo del 2017 al 31 de diciembre del 2017, sobre una diferencia mensual de \$892.283 que es la diferencia que arroja el salario que debió devengar de \$1.630.000 y el salario cancelado de \$727.717, diferencias que liquidaban sobre un periodo de 224 días que arroja lo siguiente por cesantías la suma de \$555.198 intereses de cesantías la suma de \$41.455, la prima de servicios la suma de \$345.457, y las vacaciones la suma de \$277.599.

En cuanto a la **indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, indicó, que no se demostró que la empresa demandada COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., hubiere solicitado la autorización ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante con ocasión de la suspensión de las actividades por más de 120 días, en cumplimiento de lo establecido en el numeral 2º del artículo 61 del CST. Igualmente, señaló que con el acto administrativo expedido por la Agencia Nacional de Minería tampoco se dio el cierre definitivo del establecimiento para que opere la causal contemplada en el literal e) del artículo 61 del CST, pues el

mismo es claro al indicar que se trata de una suspensión de carácter temporal, y que inclusive, para el 31 de enero de 2018 fecha en la cual se terminó el contrato del actor, ya se había vencido el término de suspensión de actividades mineras dentro del contrato de concesión N.º 267-95, que se concedió por la autoridad minera por el término de 6 meses, contados desde el 28 de julio de 2016 hasta el 27 de enero de 2017; y no se acreditó que se hubiere prorrogado la misma, por lo que, concluyó que en el presente caso no se acreditó por parte del empleador la causal legal de terminación del contrato de trabajo con el actor.

Además, consideró que la demandada COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., tenía conocimiento de la discapacidad del actor con anterioridad al despido, pese que fue calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con el Dictamen No. 13391135-2032 de 02 de febrero de 2018, con el 23.50% de pérdida de capacidad laboral estructurada el 11 de mayo de 2007, en razón a que conocía de la ocurrencia de los accidentes de trabajo, la reubicación laboral y las incapacidades que le habían otorgado los médicos tratantes mientras estaba vigente el contrato, por lo que, concluyó que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, equivalente a la suma de \$9.780.000.

En cuanto a la indemnización por despido artículo 64 del CST, señaló, que si bien la COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., le canceló al actor una indemnización por despido al momento de finalizar el contrato de trabajo por la suma de \$3.857.667, esta fue liquidada como si el vínculo entre las partes estuviera regido por un contrato a término indefinido, contrario a lo probado, pues el mismo se regía por un contrato a término fijo inferior a un año, sobre el cual se habían producido las prórrogas a que se refiere el artículo 46 del CST, siendo que para el momento de la fecha de finalización del vínculo el 31 de enero de 2018, esta se encontraba vigente desde el 13 de enero de 2018 al 12 de enero de 2019; por lo que la indemnización correspondía al tiempo que le faltare para terminar el contrato, la cual ascendía a la suma de \$18.582.00, de forma que debe pagarse la diferencia correspondiente dado que fue cancelada por un valor inferior.

V. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación en contra de la anterior sentencia, indicando que el trabajador fue contratado con una variedad del salario mínimo o destajo, y **que al desaparecer el destajo se le garantiza al trabajador el pago del salario mínimo**, ya que así fue acordado por las partes al momento de suscribir el contrato de trabajo, por ende, considera el recurrente que no fue justa la apreciación por parte del juzgado, pues resulta evidente que, si ya no hay trabajo que desempeñar a destajo, y el trabajador es ocupado donde no hay riesgo, el salario debe variar pues no es el mismo que se produce a destajo.

Con respecto a la **indemnización de los 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, señaló que existe una calificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que le concedió el 14.08% que resulta inferior al 15% que trata la norma en comento, por lo que el trabajador no se encontraría cobijado por la ley 361 de 1997 al

momento de terminar el contrato de trabajo, además, porque considera imposible que se condene a una empresa que le brindó al trabajador una protección más allá de lo que estimaba por cuanto la mina se encuentra cerrada, no tiene producción debido a que está inundada, por ende no recibe ningún ingreso de esta.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

La empresa COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., presento sus alegatos de segunda instancia, ratificando los argumentos del recurso de apelación, manifestando que la terminación del contrato de trabajo con el actor se dio por cierre intempestivo de la mina, que no hubo desmejoramiento del salario porque desapareció el destajo, y que al momento de la desvinculación el demandante no se encontraba calificado con un porcentaje mayor al 15%.

Una vez cumplido el término para alegar, se procederá a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico. De conformidad con los argumentos expuestos por la Juez A quo y la sustentación del recurso de alzada, el objeto de la litis se reduce a establecer si el demandante ARTEAGA MATEUS tiene derecho a que su empleador COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A., le reconozca y pague la diferencia salarial dejada de percibir desde el 16 de mayo del 2017 al 31 de diciembre del 2017, teniendo en cuenta el salario que venía devengando con anterioridad a la reubicación laboral consecuencia del accidente de trabajo; además, determinar si el actor gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada al momento de su despido por su condición de discapacidad, para ser acreedor al pago de la indemnización prevista en la Ley 361 de 1997 o de lo contrario, la terminación del contrato se dio por una causa legal objetiva según lo alega el recurrente.

No es objeto de discusión que entre el demandante LUIS ISAAC MATEUS ARTEAGA y la demandada Compañía Minera Cerro Tasajero S.A existió una relación de carácter laboral reglada mediante un contrato a término fijo desde el 13 de enero de 2015 hasta el 31 de enero de 2018, fecha en que el empleador decidió dar por terminado el contrato de trabajo alegando el cierre de operaciones de la mina desde junio de 2016, y que durante la relación laboral el actor sufrió dos accidentes de trabajo, el primero ocurrido el 6 de mayo de 2016 y el segundo el 21 de julio de 2015 laboral, por lo que, como consecuencia de su estado de salud, se ordenó su reubicación a un lugar de trabajo acorde a las recomendaciones dadas por la A.R.L.

Reajuste Salarial.

Una de las inconformidades del recurrente consiste en señalar que la Juez de primera instancia no apreció que el trabajador fue contratado con una variedad del salario mínimo o destajo, y que, por la reubicación laboral según las recomendaciones médicas, desapareció el destajo, por lo que, la compañía le garantizó al demandante, el pago del salario mínimo, razones suficientes para que el salario variara y no fuera el mismo que se producía a destajo.

En este sentido, se hace importante señalar que la reubicación laboral está relacionada con la estabilidad laboral reforzada, pues despliega la reincorporación y permanencia en el empleo del trabajador luego de padecer alguna limitación física, sensorial o psicológica para ejercer las funciones que normalmente efectuaba.

Es deber de los empleadores reubicar a los trabajadores que presentan discapacidad o condiciones de debilidad manifiesta, pues el derecho al trabajo presenta la connotación de fundamental. El empleador que no reubique o conserve el empleo a su trabajador incurre en un acto de discriminación, así lo previsto en reiterada jurisprudencia tanto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional.

Entre los principios mínimos laborales enunciados por el artículo 53 de la Carta Política se encuentran la estabilidad en el empleo, **la remuneración mínima vital**, la seguridad social y la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos. Además, dicha norma obliga al empleador a respetar la protección que la ley otorga al trabajador a causa de su posición de debilidad. En tal sentido, el artículo 8 de la Ley 776 de 2002 establece que el empleador se encuentra obligado a reinstalar en la entidad a sus trabajadores incapacitados parcialmente. Así mismo, según lo ordena la norma, estos deben ubicarse en el cargo que desempeñaban o en uno que les permita desarrollar alguna función dentro de la empresa:

“ARTÍCULO 8º. REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR. Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios”.

Al respecto, que la Corte Constitucional en numerosas providencias, como la **T-269 de 2010, T-141 de 2016, T-203 de 2017**, ha previsto que al reubicar un trabajador que se encuentra en situación de discapacidad, siguiendo las recomendaciones de la administradora de riesgos profesionales o del médico tratante, **no es admisible una**

desmejora en sus condiciones laborales, dentro de las cuales se incluye el salario que las partes hayan pactado.

En lo pertinente, la Corte Constitucional ha indicado como criterios mínimos para determinar si la reubicación laboral es viable:

"(i) Gozar de todos los beneficios que se desprenden de la ejecución de su trabajo;

(ii) Permanecer en su cargo mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación;

(ii) Desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia;

(iv) Obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes, es decir, de ninguna manera el nuevo cargo podrá derivar en la violación de su dignidad o en la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital;

(v) Recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones;

(vi) Obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes [13]

En conclusión, los criterios y presupuestos señalados anteriormente se encuentran afincados en el respeto de la dignidad humana y la materialización del principio de solidaridad, sumado a la necesidad de efectivizar las normas constitucionales y legales que protegen la estabilidad laboral reforzada de la población discapacitada, la cual tiene derecho a trabajar en condiciones de igualdad; lo anterior con el supremo fin de procurar disminuir el difuso proceso de exclusión y marginación que debe padecer, para así tratar de aminorar la carga que implica soportar su discapacidad."

En otras palabras, la reubicación laboral del trabajador se hará bajo los mismos o mayores beneficios correspondientes al cargo que ocupaba antes. Por tanto, en ningún caso el nuevo puesto podrá dar lugar a la violación de sus derechos fundamentales, dignidad o mínimo vital, entendiéndose este, **como la prohibición de desmejorar el salario pactado en el contrato de trabajo vigente.**

Con respecto al elemento salario, la estipulación prevista en el inciso 1º del art. 132 del C.S.T., prevé que *«El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales».*

La norma transcrita es clara en permitir a los sujetos de la relación laboral acordar libremente el salario, como también modificar el que venía rigiendo el vínculo laboral, con la única restricción de no afectar el mínimo legal o el que este fijado en pactos,

convenciones colectivas y fallos arbitrales. Lo expuesto significa entonces, que el empleador **carece de facultad para disponer unilateralmente su disminución**, de manera inconsulta y contra la voluntad del trabajador.

Caso en concreto.

Descendiendo al caso en estudio, de las pruebas documentales aportadas al expediente, la Sala concluye que el salario convenido entre las partes es **variable equivalente a la suma de \$1'630.000**, compuesto por una remuneración fija (SMMLV) que se pagaba por el cumplimiento de la jornada laboral y una correspondiente a la comisión por productividad o trabajo realizado; más allá de lo señalado en el contrato de trabajo, "DESTAJO", según se observa a folios 86-88 del expediente, luego entonces, no tiene asidero jurídico el argumento sustentado por la demandada, pues para este caso, no puede equipararse el salario variable a un salario mínimo, por lo que, tal como la ha indicado la jurisprudencia constitucional en aras de conservar su empleo ejerciendo una actividad lucrativa a pesar de los padecimientos de salud, mal podría desmejorarse la remuneración inicialmente fijada de la persona reubicada.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-203 de 2017, en un caso similar al aquí debatido resolvió: "Ordenar a Incauca Cosecha S.A.S que reubique al accionante en un cargo distinto al de cortero de caña, compatible con su estado de salud **y con un salario igual o superior al promedio devengado durante el año anterior al comienzo de las dolencias del señor Rivera, es decir entre junio de 2014 y junio de 2015**. La anterior decisión, se fundamenta en el concepto de justicia material, en tanto que, es evidente que los ingresos mensuales del accionante superaban lo estipulado en la convención y, en todo caso, con posterioridad a su reintegro, se vieron disminuidos al punto de ser inferiores al salario mínimo mensual legal vigente. Es decir que, Incauca Cosecha S.A.S. además, de vulnerar con su decisión las garantías constitucionales de igualdad y salud, transgredió los derechos fundamentales a la vida digna y mínimo vital del señor Rivera Villegas".

Bajo ese entendimiento, está demostrado y las partes lo aceptan, que el actor sufrió desmejora salarial (de \$1'630.000 a \$737.717), como consecuencia de la reubicación laboral durante el periodo del 16 de mayo de 2017 hasta el 30 de diciembre de 2017, luego entonces, es procedente reajustar el salario dejado de percibir y las prestaciones sociales causadas, tal como lo resolvió la Juez A quo, por lo que, se **CONFIRMARÁ** en todas sus partes, los ordinales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, por encontrarse ajustada a derecho, siendo desfavorable el recurso de apelación interpuesto por el demandado COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A.

Estabilidad Laboral Reforzada.

Como es sabido, la Ley 361 de 1997 consagra el principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, en virtud del cual estas no pueden ser despedidas por razones de su limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio de Protección Social; y a su vez integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

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

Ahora bien, sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencias N° 32532 de 15 de Julio de 2008, Magistrada Ponente, ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, STL6249 del 3 de mayo de 2015 M.P. Doctor Fernando Castillo Cadena entre otras indicaron en lo pertinente que, el trabajador que busque protección en virtud de la estabilidad laboral reforzada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, debe aportar una prueba que lo califique como limitado físico, en los términos del artículo 5°, en tanto, la indemnización de 180 días, opera únicamente cuando el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral mayor al 15%, y que el empleador conozca tal situación y termine la relación laboral por esta causa, sin la respectiva autorización del Ministerio de la Protección Social.

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

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

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

discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad".

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

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

De tal manera que, con el propósito de evitar que se desborde el parámetro normativo de protección a situaciones para las cuáles no fue concebido por el legislador ya que este diseñó la garantía del artículo 26 de la Ley 361 para las personas con minusvalías en grado moderado o superior; lo que exige demostrar con suficientes elementos de convicción, que para el momento de la finalización del vínculo había una limitación que equivaliera al 15% de pérdida de la capacidad laboral.

Caso en concreto.

Aplicando este precepto al caso concreto, se tiene, que el señor ARTEAGA MATEUS, como consecuencia de dos accidentes de trabajo, el primero ocurrido el día 6 de mayo de 2015, que le ocasionó quemaduras en los miembros superiores, espalda, cuello y ruidos en los oídos; y la segunda contingencia se presenta el día 21 de julio de 2015, en la cual sufrió un fuerte dolor en la parte media de la espalda que según examen realizado por la entidad IDIME fue diagnosticado como "*Discopatía degenerativa L3-L4 y L4-L5. En L3-L4, abombamiento concéntrico del disco intervertebral sin hernias. L4-L5 hay una protrusión discal posterior asimétrica derecha con fisura anular que contacta el saco dural*"; y según dictamen de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, de fecha 8 de septiembre de 2016, que calificó únicamente las patologías de quemaduras del cuerpo arrojó un porcentaje de 14.80% (folio 73 del expediente digital).

Seguidamente, se encuentra a folios 77 a 86 del expediente digital, copia del dictamen 13391135-2398 del 22 de Febrero del 2017 mediante la cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que el demandante sufrió una pérdida de capacidad laboral del 23.50% estructurada el 11 de Mayo del 2017 cuando se encontraba vigente el contrato de trabajo del demandante con la empresa Compañía Mineros Cerro Tasajero S.A, pues como se indicó, el vínculo laboral finalizó el 31 de enero de 2018.

Así las cosas, es claro para la Sala que las patologías que llevan al estado de invalidez del señor LUIS ISAAC ARTEAGA surgieron en vigencia de la relación y afectaban su integridad para la fecha de terminación de la relación laboral, por lo que a partir de estas pruebas es posible concluir, que el estado físico del actor para enero de 2018, era superior al 15% de la pérdida de su capacidad laboral.

De igual forma, se encuentra demostrado, el pleno conocimiento del empleador sobre la patología del trabajador, en primer lugar, con la comunicación del 2 de enero de 2017, mediante la cual, la Compañía Minera Cerro Tasajero S.A., le informa al demandante que su contrato a término fijo vencía el 26 de diciembre de 2016, sin embargo, debido a la incapacidad otorgada por el médico tratante la empresa había decidido prorrogar el mismo hasta el 25 de enero de 2017 (folio 65 del expediente digital). En segundo lugar, la comunicación del 1º de marzo de 2017 (fl.67 digital), en la cual, la empresa Compañía Minera Cerro Tasajero S.A., le informa al demandante que decidió prorrogar su contrato de trabajo debido a la incapacidad médica otorgada por el médico contratante.

Bajo estos parámetros se tiene que el demandante cumple con los presupuestos jurisprudenciales definidos por la Corte Suprema de Justicia, para presumirse a favor, que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud, en la medida, que para el momento de su despido, padecía una limitación física, psíquica o sensorial superior al 15% de PCL y acreditó que el empleador tenía conocimiento de las patologías, deficiencias, discapacidad y minusvalía adquiridas durante el desarrollo del contrato de trabajo.

Así las cosas, estableciéndose que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio, como se indicó, deberá determinarse si el empleador logró derruir tal presunción, demostrando que se dio la ocurrencia real de la causa alegada (suspensión de actividades por espacio de 12 meses por circunstancias económicas); debiendo ser esta una razón objetiva para poner fin al nexo contractual.

Frente a la causa del despido que alega la empresa demandada, debemos decir que la misma se encuentra consagrada como una causal legal de terminación del contrato conforme lo establece el literal f del numeral 1º del Artículo 61 del C.S.T., el cual dispone que el contrato de trabajo termina por la suspensión de actividades por parte del empleador por más de 120 días.

Sin embargo, debe decirse que por disposiciones expresas del numeral 2º ibidem, el empleador debe solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. En el presente caso no se demostró que la empresa demandada Compañía Minero Cerro Tasajero S.A hubiese solicitado la autorización ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante con ocasión de la suspensión de actividades por más de 120 días, inclusive para el 31 de enero del 2018, fecha en la cual se terminó el contrato de trabajo del actor, ya se había vencido el término de suspensión

de actividades mineras dentro del contrato de concesión No. 26795 que se concedió por la Agencia Nacional de Minería por el término de 6 meses que finalizaron el 27 de enero del 2017.

Tampoco, se acreditó que se hubiese prorrogado la misma por parte del demandado a quien le competía dicha responsabilidad probatoria de los términos del artículo 167 del CGP, igualmente vale decir que con el acto administrativo expedido por la Agencia Nacional de Minería tampoco se dio el cierre definitivo del establecimiento para que opere la causal contemplada en el literal e) del Artículo 61 del C.S.T., pues de la lectura del mismo acto administrativo es claro que se trataba de una suspensión de carácter temporal.

Así las cosas, no puede decirse que en este caso hubiere extinguido las causas que le dieron origen a la vinculación del demandante si para el 31 de enero del 2018, no se demostró que la empresa Compañía Mineros Cerro Tasajero S.A hubiese sido autorizada para despedir a los trabajadores por suspensión de sus actividades por parte del Ministerio de Trabajo, o que se hubiere decretado el cierre definitivo del establecimiento. En consecuencia, se concluye que no se acreditó por parte del empleador la causa legal de terminación del contrato de trabajo que mantenía con el señor Luis Isaac Arteaga Mateus.

Como consecuencia de lo anterior, aplicando la postura jurisprudencial vigente desde la providencia SL1360 de 2018, reiterada en sentencia SL260 de 2019, "*el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada*", se rechazaran los argumentos del recurso de la demandada, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** lo resuelto en el numeral tercero de la sentencia impugnada, al no acreditar que se configuren las circunstancias para declarar un despido con justa causa y surtirse así los requisitos jurisprudenciales para concluir que el despido del cual fue objeto el actor, obedeció a un acto discriminatorio en razón a su estado de salud y sin previa autorización de las autoridades administrativas de trabajo, lo que hace que opere a favor del actor la protección especial a la estabilidad laboral reforzada.

Finalmente, la Sala no realizará pronunciamiento respecto de las demás pretensiones de la demanda como quiera que no fueron objeto de recurso por alguna de las partes.

En conclusión, a lo anterior, la Sala de Decisión Laboral, **CONFIRMARÁ** en su totalidad, la sentencia apelada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, el día 15 de septiembre de 2020, según lo analizado en precedencia.

Se condenará en costas procesales de segunda instancia a la demandada COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000 a favor del demandante, por no haberle propuesto el recurso de alzada.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad, la sentencia apelada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 15 de septiembre de 2020, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la demandada COMPAÑÍA MINERA CERRO TASAJERO S.A. fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000 a favor del demandante, por no haberle propuesto el recurso de alzada.

NOTIFÍQUESE



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



**(SALVAMENTO DE VOTO)
NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 03 de febrero de 2022.





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

**Radicado No. 2018-00480
Partida Tribunal No 19.084**

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros de sala, les manifiesto que salvo parcialmente mi voto respecto de la decisión de la sala mayoritaria de confirmar íntegramente la sentencia del 15 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, que condenó por concepto de reajuste salarial y prestacional por reintegro con salario inferior al promedio, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y despido sin justa causa.

Como se planteó en el proyecto derrotado, considero que debió revocarse la condena por reajustes salariales y prestaciones derivados de la reubicación prevista en el artículo 8° de la Ley 776 de 2002, que se refiere a la obligación del empleador de ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, pues la Sala Mayoritaria consideró que el empleador desmejoró las condiciones laborales del trabajador, específicamente en su salario, como consecuencia de la reubicación que le hizo el empleador dado que no era admisible afectar el promedio salarial que venía percibiendo el trabajador, pese a que su contrato laboral se pactara remuneración a destajo.

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

Conforme se indicó en la sentencia, la forma de salario del demandante es variable, integrado por una remuneración fija que correspondía al mínimo legal y un componente variable que correspondía a una comisión por productividad, el cual se pagaba de acuerdo a la tarea u oficio que devengaba el trabajador, de acuerdo a lo señalado en el contrato de trabajo, en donde se pactó que era a destajo (fol. 242), el cual es una modalidad posible de salario, según lo estipulado en el CST Art. 132, subrogado por la L. 50/1990 Art. 18.

De tal manera, que en el caso presente, el salario básico del demandante no estaría siendo desmejorado, ya que atendiendo las condiciones inicialmente pactadas en el contrato de trabajo en términos salariales, habría lugar a que se le reconozca y pague el componente de productividad, siempre y cuando, lograra acreditar la realización de la actividad a destajo que le aumento el salario, pues éste fue uno de los condicionamientos claros y específicos que pactaron las partes para que estas sumas sean canceladas por su actividad laboral.

Así entonces, considero que no es acertada la posición de la Sala Mayoritaria acerca de un desmejoramiento salarial, ya que no se tuvo en cuenta las condiciones en que se ejecutó la relación laboral a partir del momento de la reubicación, ya que esta tiene en cuenta la disminución de la capacidad física del actor y su consecuente asignación de una función que no demanda el esfuerzo productivo que caracteriza el salario a destajo, de allí que resulta inequitativo imponerle una carga salarial al empleador que

como quedó demostrado no había posibilidad de reubicarlo en una actividad productiva que le permitiera acceder al otro componente de su salario.

No comparto así las conclusiones alcanzadas por la Sala Mayoritaria sobre este asunto, pues debieron haberse revocado los numerales primero y segundo de la sentencia de primera instancia. De otra parte, concuerdo con los demás asuntos analizados que llevaron a confirmar las condenas por desconocer el fuero de estabilidad laboral reforzada del trabajador cuando fue despedido.

Atentamente.



NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 7 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-003-2020-00098-00 promovido por **María Susana Moya Moya** 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, 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 18): Depreca la actora se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones; así como cualquier otro derecho que se halle demostrado por conducto de las facultades ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 2 de diciembre de 1964 y desde mayo de 1984 inició a efectuar aportes al sistema general de pensiones a través del ISS, del que mutó en junio de 1999 con destino a la administradora Protección. **2) Que** la vinculación al RAIS se realizó a través de formularios de vinculación, pero

nunca fue advertida de los efectos negativos que conllevaba el traslado, indicando que dichos movimientos no fueron libres ni voluntarios al no mediar una verdadera asesoría sobre los riesgos y consecuencias que acarrearían los cambios; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera nulidad de dicho acto. **3) Que** solicitó al fondo privado la entrega de la información del suministro de la debida asesoría, sin obtener respuesta concisa y de fondo. Contrario a lo relacionado con el pedido de traslado hacia el RPM, tópico que generó un pronunciamiento abiertamente negativo.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido. Acepta como ciertos los hechos relacionados con la edad de la incoante y el momento histórico de su mutación al RAIS. 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: inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del 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 opuso a las peticiones. Admitió la data de nacimiento de la actora y el traslado efectuado ante el fondo, último aspecto sobre el que explicó, se hizo de conformidad con la normatividad vigente en ese momento, por lo tanto, no hay lugar a decretar la nulidad en los términos solicitados, ni a acceder a las demás súplicas. Más, afirma, cuando el término previsto para este tipo de reclamos se encuentra afectado por el fenómeno

extintivo de la prescripción. Sobre los demás factuales dijo que no son ciertos. Propuso como excepciones de mérito las de falta de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la genérica.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el 7 de octubre de 2021, resolvió declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con la AFP Colmena (hoy Protección). Condenó a ésta a devolver al sistema los valores recibidos con motivo de la afiliación de la precitada, con los rendimientos que se hubieren causado. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM valide la afiliación del precitado, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por los fondos privados para financiar las prestaciones económicas del régimen de prima media con prestación definida. En tal línea, desestimó las excepciones formuladas por las encartadas y las gravó en costas.

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

no resulta suficiente 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 la ineficacia del traslado 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, 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. Máxime, cuando el formulario de afiliación no fue tachado de falso. Añade que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados, pues el interés de la mutación obedece exclusivamente al eventual monto pensional que se pudiere percibir en el RPM. Disiente de la condena en costas procesales porque la negativa del traslado obedece a la normatividad vigente y no a un capricho de la entidad.

Protección también 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). 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. Así las cosas, pide que en caso de mantener la declaratoria de ineficacia del traslado, solo se disponga la devolución neta de los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La activa se ratificó en lo propuesto en el libelo introductor, solicitando mantener incólume el fallo apelado, resaltando

que la aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió en el RAIS, por lo que en entendimiento de la jurisprudencia, no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad, que se traduce en la ineficacia del acto jurídico de traslado, en tanto que los fondos, siendo su ineludible carga, omitieron acreditar la veracidad de sus dichos.

Colpensiones replicó 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 de la petente del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual ante Protección, adolece o no del consentimiento informado de aquella. En ese orden, se verificará también, si resulta viable o no que la encartada del RAIS restituir 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 Protección, al argumentar la demandante que se omitió información a la hora de trasladarse. Atendiendo entonces, la carga de la prueba mencionada, se hace necesario verificar si el consentimiento que dio Moya Moya para hacer efectivas las mutaciones de régimen pensional, fue informado, es decir, si la AFP codemandada cumplió o no con su deber legal de información a partir del precedente judicial de la alta corporación en la especialidad y, de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Se tiene que la actora suscribió un formulario de afiliación a Protección, el 27 de mayo de 1999, 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 ello no ocurrió pues no se 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 conduce para ese propósito, pues, el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de María Susana Moya Moya 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 efectuaron, lo cual brilla por su ausencia.

En conclusión, el fondo de pensiones convocado a juicio, se sustrajo al momento de suscribirse los distintos formularios de traslado y en perjuicio de la demandante, de suministrar información relevante con la finalidad de promover su cambio de régimen, es decir 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 que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, al realizarse ejerciendo el derecho a la libre elección, 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 *A-Quo* en lo que se refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del régimen de prima media al RAIS.

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

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

Y, como la irregularidad en el acto objeto de debate, se itera fue por conducta indebida de la administradora privada, ésta también debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital

destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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

Consulta.

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

Condena en costas a Colpensiones en primer grado.

El artículo 365 del Código General del Proceso consagra un criterio objetivo para la imposición de las costas, orientado a que éstas sean cubiertas por la

parte que pierde el litigio. Como las pretensiones prosperaron en este juicio, habiéndose opuesto a ello la AFP del RPM no cabe duda que debe ser condenada al pago de las costas del proceso en primera instancia.

En síntesis, como no se encontró que el cambio de sistema pensional se hubiere celebrado con el cumplimiento del deber de información, resulta ajustada a derecho la intelección que, frente a dicho tópico, efectuó 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 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 7 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Tercero 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 Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 12 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-003-2020-00234-00, promovido por **Paubla Andrea Martínez Vélez** contra **Grupo Empresarial M y L Moda S.A.S.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (Expediente digital): Depreca la accionante se declare que sostuvo una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido con la convocada a juicio desde el 1º de agosto de 2017 hasta el 31 de agosto de 2019. Como consecuencia de ello, solicita se condene a la accionada al pago de los reajustes de los salarios causados durante el vínculo teniendo como referencia el SMMLV, cesantías, intereses a éstas, vacaciones compensadas en dinero, primas de servicio, dotación y calzado, la indemnización moratoria de que trata la Ley 65 del CST, indemnización por terminación con causa imputable al empleador, aportes al sistema general de seguridad social integral, y a las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** fue vinculada por la pasiva mediante contrato de trabajo verbal que inició el 1° de agosto de 2017, para desempeñar funciones de revisión de cortes, manejo de material de costuras y apertura y cierre del establecimiento comercial, ubicado en la Calle 12 no. 14-65 de Cúcuta devengando hasta la finalización del vínculo, la suma de \$700.000 mensuales. **2) Que** ejerció sus labores en horario de 7:00 am a 6:00 pm y devengó un salario equivalente a los \$700.000 mensuales, suma de la cual se le descontaba el 10% a título de “*ahorro*” que al momento de la desvinculación sumó \$1.100.000. **3) Que** durante los veintisiete meses de trabajo no le fueron reconocidas prestaciones sociales, vacaciones ni fue afiliada al sistema integral de seguridad social. **4) Que** citó a la representante legal en el Ministerio de Trabajo, con la finalidad de solicitar el pago de todos y cada uno de los derechos laborales y prestacionales derivados de la relación laboral, quien pese a reconocer inicialmente el vínculo, se negó posteriormente a conciliar bajo el argumento de no existir contrato laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: No se dio contestación al escrito seminal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, el 12 de octubre de 2021, declaró la existencia de una relación laboral del 1° de agosto de 2017 y el 16 de marzo de 2019 entre la demandante y la pasiva, condenando a esta última al pago del reajuste de salarios causados durante la vigencia del contrato, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., aportes a pensión y a las costas del proceso. La absolvió de las demás pretensiones.

Tuvo por acreditada la prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, surgiendo en favor de la actora la presunción del artículo 24 del CST, que dijo, no logró desvirtuar la convocada a juicio, ni

siquiera bajo la tesis de existencia de labores independientes. Adujo que pese a que la pasiva alegó que la demandante verdaderamente prestó su fuerza de trabajo al servicio de su socia, no demostró tal aseveración por lo que mal podría acogerse la tesis de que aquella actuó con independencia y autonomía.

Manifestó también, que la actora no cumplió con la carga probatoria de acreditar el despido y los descuentos a los que se hizo alusión en la demanda, razón por la que se absolvió de estas súplicas.

RECURSO DE APELACIÓN: La pasiva solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se le absuelva de todos los pedimentos. Discute que la accionante no logró demostrar los extremos laborales ni subordinación directa con la empresa en tanto siempre se indicó que fungió como empleada de la administradora “Olga”, quien no se logró vincular con la sociedad. Critica que la *A Quo* revistiera de valor probatorio la certificación laboral allegada al trámite, acotando que si bien contiene la firma de la representante legal de la sociedad comercial, ello obedeció a un favor solicitado por la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: No han sido presentados.

3o. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester partir del artículo 53 superior, el cual consagra el principio de *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*. Formulación protectora del trabajador que, en esencia, hace prevalecer siempre los hechos sobre la apariencia

o por encima de los acuerdos formales. Dicho de otra manera: interesa es lo que sucede en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido.

Este principio encuentra complemento en el artículo 24 del CST que reza: “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Significa esto, que probada la prestación personal del servicio se tiene por cierta la existencia del contrato de trabajo. Presunción legal que admite prueba en contrario, esto es, que se desvirtúe la continuada subordinación o dependencia del trabajador y/o el carácter remunerado del servicio. En este sentido ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, verbigracia en sentencia de enero 25 de 2017 radicación 48890.

Así, es al incoante a quien le corresponde hacer ese primer esfuerzo de aportar todas aquellas pruebas necesarias para demostrar las afirmaciones plasmadas en sus hechos y que den cuenta de la prestación personal del servicio y de los extremos temporales. Una vez establecido lo anterior, se invierte la carga, correspondiéndole a la demandada, derribar dicha presunción.

Como se reseñó, la demandante afirmó haber estado vinculada a la accionada a través de un contrato de trabajo entre el 1º de agosto de 2017 y 31 de diciembre de 2019, cuando le fue terminada la relación laboral sin que mediara justa causa. Esto lleva a auscultar el acervo probatorio para determinar en un primer momento si tal circunstancia en efecto se acreditó o no, 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 **Cindy Lorena Arévalo Pérez**, de estado civil unión libre, bachiller y microempresaria, quien manifestó conocer a la demandante como trabajadora de una

empresa (cuyo nombre no indicó) ubicada a tres cuadras del restaurante donde laboraba como mesera desde 2014 y hasta principio de 2020, cuando salió por temas de la pandemia. Indicó que la mayoría del personal del lugar eran mujeres que se dedicaban a coser y que las veía cuando iba a llevarles almuerzos o a cobrar los pedidos de toda la semana. Explicó que percibió a la actora como la mano derecha de la dueña del lugar (de quien tampoco dio denominación), porque se quedaba hasta tarde y en ocasiones pedía comida en el, turno de la noche. Dijo que eran más o menos diez las personas que almorzaban en el restaurante y luego se dirigían a laborar cosiendo pero que nunca observó bien lo que empacaban, si camisas o ropa interior.

Segundo testimonio es el de **Sergio Eduardo Romero**, de 49 años de edad, vendedor ambulante de ocupación y de estado civil soltero. Informó conocer a la actora porque le vendía tintos diarios -con excepción del domingo- en el taller ubicado en la Calle 12 con Avenida 14 y 15, donde afirmó, ella laboraba como cosedora con responsabilidad de jefe encargada de otros empleados y de los materiales de trabajo; lugar que describió como una casa en un segundo piso que no contaba con letrero. Dijo ignorar el nombre del dueño del lugar y la fecha de ingreso de la accionante al sitio de trabajo, que en todo caso situó en tres o cuatro años atrás, más o menos en abril de 2017. Aseguró que Paubla Andrea era la primera en llegar al taller y abrirlo porque le vendía el café entre las 6:00 a.m. y las 6:15 a.m. Explicó que nunca ingresó al lugar ni supo el nombre del jefe inmediato de la actora.

Finalmente, se practicaron los interrogatorios de parte de los extremos procesales. **Stephanie Johanna Peralta Mejía**, en calidad de representante legal de la encartada reconoció que la demandante desarrolló distintas actividades en la fábrica de su propiedad pero que no fue su empleada directa sino de Olga, a quien dijo haber contratado para que se encargara del taller en calidad de administradora. Por su parte, **Paubla Andrea Martínez Vélez**, aseguró que cuando inició a laborar

al servicio de la empresa demandada le pagaban por prenda cosida, percibiendo en la quincena el valor total de las acumuladas, y que luego le pusieron un salario fijo de \$350.000 quincenales porque se encargaba del taller y supervisaba la entrada y salida de operarios. Aseguró que los primeros meses percibió incentivos, pero luego le empezaron a retener el 10% de cada quincena (\$35.000) a título de “*aborro*” que les era devuelto a fin de año como si se tratara de una liquidación.

La documental está conformada por piezas correspondientes a actas de no conciliación emitidas por el Ministerio de Trabajo, certificación laboral y certificado de existencia y representación legal de la empresa Grupo Empresarial M y L Moda S.A.S.

Del estudio del cúmulo probatorio, se verifica la prestación personal de un servicio de la actora en favor de la pasiva como costurera del Grupo Empresarial M y L Moda S.A.S. Efectivamente, los dos testigos escuchados, fueron coincidentes, contestes y precisos al afirmar que vieron a la demandante prestar diariamente labores de costura en el taller de propiedad de la convocada a juicio, sitio hasta donde aseguran se dirigieron a ofrecer sus servicios comerciales de ventas de comidas y tintos. Situación que guarda estrecha relación con la información suministrada a través de los interrogatorios de parte surtidos, pues la accionante fue tajante en aseverar que laboró al servicio de la sociedad por acciones simplificada, primero cosiendo prendas, y luego, como encargada del taller y del personal en general. Y a su vez, la representante legal de la empresa reconoció que la precitada “*estuvo haciendo distintas labores en la fábrica*”, es decir, que prestó su fuerza de trabajo en instalaciones de propiedad de la sociedad comercial.

Surge así, la presunción establecida en el artículo 24 del CST, lo que significa que se tiene que tal prestación de servicios personales, se dio en virtud de la existencia de un contrato de trabajo. Ahora, para que se derruya tal presunción, necesaria e inevitablemente, de los medios de

convicción adosados, debe aparecer o quedar establecido que en la susodicha prestación personal no hubo una continuada dependencia o subordinación de Paubla Andrea Martínez Vélez respecto de Grupo Empresarial M y L Moda S.A.S., o que tal no fue renumerada.

Tópicos fácticos que brillan por su ausencia si en cuenta se tiene que el único argumento de defensa de la enjuiciada gira entorno a asegurar que verdaderamente, el vínculo laboral de que se duele la accionante se perfeccionó con su socia “*Olga*”, quien se desempeñaba como administradora del taller donde se desarrollaban las labores de costura. Circunstancia que no se probó dentro del trámite, pues en un claro acto de desidia, además de no darse contestación al escrito genitor, tampoco se asomaron vestigios documentales o de tinte testifical a partir de los cuales se lograra demostrar la veracidad de la teoría del caso planteada; resultando extraño el que en ningún apartado del certificado de existencia y representación de la sociedad accionada repose el nombre de “*Olga*” como socio accionista.

Contrario sensu, a partir de la certificación laboral fechada del 16 de marzo de 2019 y que reposa en el plenario, se ratifica la existencia del vínculo laboral entre los sujetos en litigio desde agosto de 2017 y a la data de expedición del documento, que, por demás, no fue desconocido ni tachado de falso pues quien lo suscribe (Stephanie Johanna Peralta Mejía) admitió al rendir interrogatorio, tratarse de su rúbrica.

Sobre este punto (valor probatorio del certificado laboral referenciado) vale acotar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica y reiterativa en precisar que “...*el juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo*”, y es bajo tal égida que “...*la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que para destruir el hecho admitido*

documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario” (Ver sentencia SL14426/2014).

En ese orden, no resulta de recibo lo dicho por la demandada en su apelación cuando indica que la *a-quo* erró al revestir de pleno valor la referida certificación, habida cuenta que, esta últimas da cuenta de la existencia de la vinculación laboral entre los sujetos en contienda desde agosto de 2017. Hecho que no puede ser analizado de manera aislada de los testimonios practicados, y que bajo un análisis en conjunto permiten arribar a la misma conclusión.

Igualmente se equivoca la apelante cuando asevera que no existe ningún elemento del contrato de trabajo, ya que, de lo visto se concluye que la trabajadora cumplió suficientemente con la carga probatoria de demostrar la prestación personal del servicio, de la mano con el análisis integral de los testigos que determinan la existencia de la prestación personal del servicio. Situación que no puede predicarse de la parte demandada, la cual incumplió con la carga procesal a su cabeza de desvirtuar los hechos probados. Por el contrario, su argumento de defensa aunque orientado a la demostración de la existencia de un contrato autónomo y no dependiente, coincidió con los dichos de las otras deponentes en cuanto a las labores desplegadas por la trabajadora y las tareas desarrolladas como costurera.

Por fuerza de todo lo dicho, se tiene acreditada la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo entre Paubla Andrea Martínez Vélez contra Grupo Empresarial M y L Moda S.A.S., como bien lo dedujo la jueza *A Quo*, sin que resulte viable entrar a verificar lo relativo a los extremos temporales y asignación salarial declaradas por el sentenciador primigenio, menos, respecto a las condenas en concreto impartidas, en tanto que tales aspectos no fueron objeto de apelación, por lo que, con apego al principio de consonancia, ninguna consideración se hará al respecto.

En resumen, como quedó demostrado que el vínculo laboral gestado entre las partes fue de naturaleza laboral, se confirmará la decisión de primer grado, en tanto declaró la existencia del contrato trabajo y dispuso el pago de las acreencias laborales causadas.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas a la demandada Grupo Empresarial M y L Moda S.A.S. por no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada \$500.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 12 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la pasiva. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$500.000. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,



ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

Nidiam Belén Quintero Géives

José Andrés Serrano M.

José Andrés Serrano Mendoza

Katty M.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 03 de febrero de 2022.

[Handwritten signature]

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Clase de Proceso: Ordinario Laboral
Radicado Juzgado. 54-001-31-05-004-2016-00079-00
Partida Tribunal: 19323
Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.
Demandante: José Delio Parra Rivera
Demandado: Junta Regional de Calificación de Norte de Santander
Asunto: Recurso de queja
Tema: Extensión de término para allegar dictamen de contradicción.

San José de Cúcuta, dos (02) de febrero dos mil veintidós (2022).

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito a decidir el recurso de queja interpuesto por el demandante José Delio Parra Rivera, en contra de la decisión de no conceder el recurso de apelación contra el auto proferido el 13 de octubre de 2020, por el señor Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

El aludido recurso fue remitido por ese despacho a la Secretaría de la Sala Laboral el 06 de mayo de 2020, habiendo correspondido al despacho del Magistrado Doctor Elver Naranjo según consta en el acta individual de reparto vista en el expediente digital, sobre el cual, presentó impedimento por la causal prevista en el numeral quinto del artículo 141 del C.G.P., en igual sentido, la Magistrada de turno doctora Nidiam Belén Quintero Gelves, se encuentra impedida por la causal prevista en el numeral 3º del mismo compendio.

Una vez calificados y aceptados los impedimentos anteriores, entró la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, de lo cual quedó constancia en el Libro de Actas, se profirió el siguiente:

AUTO

La Sala se referirá, en primer lugar, a la oportunidad del recurso reseñado, a su competencia y a los antecedentes procesales relevantes en el

asunto del que se ocupará para proferir, después de las consideraciones del caso, la decisión correspondiente.

COMPETENCIA DE LA SALA

Por competencia funcional asignada en el numeral 4 del literal B. del artículo 15 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por la Ley 712 de 2001 en su artículo 10, esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de queja reseñado y por lo mismo para decidir si procede o no el recurso de apelación denegado en primera instancia con indicación del efecto respectivo, teniendo en cuenta la sustentación formulada por el recurrente al interponer el recurso de queja.

ANTECEDENTES

Por parte del señor José Delio Parra Rivera se instauró demanda ordinaria laboral en contra de la Junta Regional de Calificación de Norte de Santander, solicitando como pretensión principal, la nulidad o ineficacia parcial del dictamen de PCL respecto al origen de la invalidez, proferido el día el 02 de diciembre de 2011. Al proceso judicial fue integrado la LADRILLERA EL ZULIA, quien coadyuvo a las pretensiones del actor.

Habiéndose integrado el contradictorio, en fecha 23 de noviembre de 2018 (fl.237 expediente), en la primera audiencia de trámite, el Juez A quo decretó como prueba solicitada por la parte activa, un nuevo Dictamen ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Santander para que, de acuerdo con las pruebas aportadas, determinara el origen de la invalidez del actor, dictamen que se aportó el 24 de mayo de 2019 y se le corrió traslado a las partes en auto del **19 de junio de 2019** (fl.255), para lo cual, el apoderado judicial del actor el día 21 de junio de 2019 (fls.257-258), con fundamento en lo previsto en el art. 228 del CGP, presentó contradicción del dictamen No. 13391396-1189 fechado el 24 de mayo de 2019 solicitando para lo pertinente, lo siguiente: “...(3º) **Que se conceda el término pertinente para presentar un nuevo dictamen pericial...(4º) Por lo anterior, solicitó designar como perito a la IPS ASSOT S.A.S...o el perito que considere pertinente...**”, entre otros.

En auto adiado el **30 de julio de 2019 visto a folios 259-261** del expediente, el Juzgado resuelve la solicitud, bajo los siguientes términos:

“...Tercero. -Poner en conocimiento del apoderado de la parte demandante, para el petitum de los numerales 3,4 y 5, lo previsto en el art. 228 del CGP y el requerimiento que hizo la junta a folio 250 “pruebas que no fueron aportadas” punto 4 acápite ANÁLISIS DE RIESGO O ESTUDIO DE PUESTO DE TRABAJO” Folio 252. Cuarto. -En la audiencia de trámite se recepcionará la prueba de interrogatorios y testimonial que hubieran sido decretadas en audiencia inicial...”

Mediante memorial allegado **el 2 de agosto de 2019** el apoderado judicial del demandante, interpuso recurso de reposición contra el auto anterior, solicitando extender *“...el término de traslado para la presentación del dictamen idóneo de origen de pérdida de capacidad laboral, en aras de ejercer el derecho de contradicción plasmado en el art. 228 del CPT y de la SS (sic), toda vez que el término concedido no resulta suficiente para la práctica del mismo”* (Fl.252), recurso que reiteró el 05 de agosto de 2019 (fl.269).

AUTO OBJETO DE IMPUGNACIÓN

El Juez A quo mediante auto fechado el 13 de octubre de 2020, resolvió no reponer la decisión del 30 de julio de 2019 en lo pertinente al numeral 3º, con fundamento en el art. 117 del CGP, que establece que los términos son perentorios e improrrogables; además, señaló: *“Ha de resaltarse que por auto en mención se dio traslado para la contradicción del art. 228 del CGP en concordancia con el artículo 11 parágrafo 1 numeral 4 sobre la prueba pericial, traslado con anterioridad a la audiencia. Resaltar que la prueba que solicitaba la Junta en su momento folio 250 se le puso en conocimiento por auto del 22 de abril de 2019 para lo pertinente.”*

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE DECIDIÓ NO ACCEDER A LA REPOSICIÓN

El apoderado judicial del demandante presentó recurso de apelación contra el auto anterior (20 marzo de 2021), alegando que, el Juez al no pronunciarse respecto a la aportación de un nuevo dictamen según lo previsto en el artículo 238 del C.G.P., **no dio lugar al curso de la contradicción del dictamen pericial y negó la práctica de la prueba**; por lo que, solicita revocar el auto del 30 de julio de 2019 y acceder a la solicitud de conceder término para aportar otro dictamen en el ejercicio de la contradicción regulada en el artículo 228 del C.G.P.

AUTO QUE NEGÓ LA CONCESIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

El señor Juez A quo al negar el recurso de alzada interpuesto por el demandado contra la providencia proferida el 13 de octubre de 2019, argumentó que no era del caso concederlo por improcedente, conforme a que:

“...este auto en ningún momento está negando pruebas, diferente es que no puede extender el término legal para que presente el dictamen, si a bien quería presentarlo y no lo hizo en oportunidad procesal, desatendió ese término, para el ejercicio del derecho de contradicción como lo dice la norma artículo 228 CGP.

Se dio respuesta a los numerales 3,4,5, del petitum del aquí memorialista en auto calendado 30 julio de 2019 folio 259 y ss., auto en el cual se dispone lo pertinente sobre el dictamen aportado por el perito JUNTA REGIONAL DE SANTANDER, prueba legalmente decretada, y sobre la contradicción del dictamen, auto que solo fue impugnado en reposición con respuesta el 13 de octubre de 2020, el cual no es apelable con fundamento en el artículo 65 CPT y SS, ni si quiera forzada la inteligencia puede admitir que, sea apelable este auto.

Lo anterior, es una simple cortina de humo a sabiendas que no es apelable y curiosamente solicita la revocatoria del auto 30 julio de 2019 cuando no fue apelado, increíble.

Ahora bien, si el demandante estaba interesado en presentar un dictamen, lo hubiera podido hacer desde el inicio para someterlo al ácido crítico de la prueba, las pruebas hay que pedir las en oportunidad procesal, los términos son improrrogables para presentar pruebas si quería presentar un peritazgo frente a la prueba pericial allegada de la JUNTA REGIONAL DE SANTANDER, que fue decretada en este proceso, hoy en día se materializa la contradicción que dice ejercer con memorial al folio 21 de junio de 2019 folio 257 y ss., en la audiencia del artículo 228 CGP. Lo anterior es importante para que el abogado de una vez por todas, ajuste procesalmente su actuación”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En este asunto se discute si es procedente o no el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto de fecha 13 de octubre de 2020, por medio del cual el Juzgador no accedió a la práctica de un nuevo dictamen pericial, alegando que el término para presentar dicha prueba es improrrogable.

Es importante en este momento precisar, que el dictamen contra el cual se pretende ejercer el derecho de contradicción, fue decretado por orden judicial ante la solicitud presentada por el apoderado judicial del demandante, en audiencia del 23 de noviembre de 2018 (fls.237-238).

Igualmente, se tiene que la JRCI de Santander el día 22 de abril de 2019 solicitó aportación de los siguientes documentos: (i) investigación del accidente, (ii) el dictamen proferido por la JRCI de Norte de Santander y (ii) el Certificado de cargos y labores emitido por la Ladrillera el Zulia (fl.250); solicitud que fue puesta en conocimiento al demandante mediante providencia del **23 de abril de 2019** (fls.251).

A pesar de no haberse cumplido con la presentación de la carga probatoria solicitada, la JRCI de Santander profiere el dictamen No.13391396-1189 de fecha **24 de mayo de 2019** (fls.252-254) y, el Juez mediante providencia del **18 de junio de 2019** cumplió con correrle traslado a las partes por el término de tres días previsto en el parágrafo 1° numeral 4° del art. 77 del CPT y SS modificado por el art. 11 de la Ley 1149 de 2007 (fls. 255).

Luego, la parte activa en memorial presentado a los tres días del traslado, (21 de junio de 2019-fl.257-258) solicitó ante el Juzgado para lo pertinente:

“3. De igual manera solicito que se me conceda el término pertinente para presentar un nuevo dictamen pericial, debido que al examinar el contenido del practicado, este no se ajusta a lo establecido en el art. 226 del CGP, por cuanto no fue claro, preciso y exhaustivo y detallado, en la medida en que no se valoró integralmente la historia clínica y las circunstancias especiales en que se produjo del suceso (sic), que fueron acreditados por los documentos remitidos por la empresa Ladrillera Zulia a esa Junta, con los cuales se demuestra que no se dan los presupuestos de la Decisión 584 de la CAN, para que se califique el origen laboral sucedido el 05 de marzo de 2011.

4. Por lo anterior, solicito que se designe como perito a la IPS ASSOT S.A.S. ASESORIAS Y SERVICIOS DE SALUD OCUPACIONAL, ubicada en la Avenida 0 No.16-68 en la ciudad de Cúcuta, o el perito que usted estime conveniente.

5. Se disponga al momento de decretar la prueba pericial que, para la calificación del origen de la pérdida de capacidad del actor, se tenga en cuenta los conceptos de actividad, desempeño/realización, ocupación, trabajo habitual, rol laboral y características (Perfil ocupacional...) ...” (negrilla fuera de texto).

En ese orden de ideas, es evidente que en el sub-examine, estamos en presencia de una concreta petición por parte del actor, para la **PRACTICA DE UNA PRUEBA JUDICIAL**, concretada en la presentación de un nuevo dictamen pericial, solicitud que a contrario sensu de lo indicado por el señor Juez Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, fue NEGADA por

extemporánea, al señalar que el término legal para la presentación del dictamen y el traslado correspondiente ya había concluido.

Por lo anterior, funge palmario, que no obstante a que el señor Juez de instancia omitió realizar pronunciamiento expreso sobre la procedencia de la práctica de un nuevo dictamen pericial, el hecho de indicar que la oportunidad para tal efecto había concluido, implica la NEGATIVA a la solicitud de probatoria elevada, de tal suerte que de conformidad con lo dispuesto en el No 4° del artículo 65 del CPL, dicha determinación es por naturaleza apelable, debiéndose conceder entonces el recurso de alzada.

Sin condena en costas en esta instancia, ante la prosperidad del citado mecanismo de impugnación, conforme a la previsión contenida en el artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**, por intermedio de su **SALA DE DECISIÓN LABORAL**

R E S U E L V E

PRIMERO: DECLARAR procedente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 13 de octubre de 2020, por medio del cual se NEGÓ la solicitud de practica un nuevo dictamen pericial.

SEGUNDO: SIN CONDENAS en costas de esta instancia.

TERCERO: En firme esta decisión remítase la actuación al juzgado de origen para que del trámite pertinente al recurso de apelación impetrado.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina y firma el acta respectiva por los que en ella intervenimos.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado Ponente



MARIA CAROLINA REYES VEGA
Magistrado (conjuez)



MARIA TERESA ORTIZ MENDOZA
Magistrada (conjuez)

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



Sala De Decisión Laboral

Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Elver Naranjo

Magistrado sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 21 de septiembre de 2021, del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado número 54001-31-05-004 2018-00444-01, promovido por Graciano Rodríguez Ortiz y Nelly Rodríguez González contra Carbones La Esperanza SAS.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (Fl. 125 a 149): Deprecan Graciano Rodríguez Ortiz y Nelly Rodríguez González, se condene al empleador demandado al pago de la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, de conformidad con la pérdida de capacidad laboral que argumentan sufrió el primero producto del accidente de trabajo y la enfermedad profesional que se ocasionaron por culpa patronal. Solicitan además la indexación y los intereses bancarios.

Adujeron para ello: **1) Que** Graciano Rodríguez Ortiz labora para la sociedad demandada desde el 31 de enero de 2007, ejecutando labores de carretero-picador. **2) Que** durante la vigencia de la relación laboral le han realizado exámenes médicos ocupacionales de ingreso, los cuales certifican

que se encontraba apto para desempeñar las labores encomendadas. **3) Que** el 22 de noviembre de 2012 sufrió un accidente de trabajo al quedar sepultado bajo un alud de carbón, causándole traumas y lesiones de consideración, los cuales fueron calificados el 10 de noviembre de 2015 con un 39,02% de pérdida de capacidad laboral. **4) Que** el 21 de febrero de 2013, le fue diagnosticada la patología “neumoconiosis de los mineros del carbón”, siendo calificada el 27 de septiembre de 2018 de origen laboral y con una pérdida de capacidad laboral del 26,40%. **5) Que** las patologías adquiridas en el accidente de trabajo y la neumoconiosis le han generado crisis nerviosas, debiendo acudir a valoración por psiquiatría. **6) Que** el 31 de enero de 2013, la ARL POSITIVA en la investigación del accidente de trabajo encontró que “habían ocurrido eventos similares anteriormente”. Como agente que produjo el accidente describió que “el bloque de carbón había estado suspendido tres días atrás y lo habían intentado tumbar, sin poder lograrlo”, concluyendo que “se presume que la causa del desprendimiento del bloque de carbón, fue producto de la sobrepresión que generó el agua filtrada y la falta de realizar más intentos a la hora de tratar de tumbar ese bloque que se encontraba suspendido desde tres días atrás” y “además se evidenció una falla en la supervisión de las labores, ya que las personas encargadas de esta labor también lo pasaron por alto”, según anexo de prueba visto a folios 15 a 21. **7) Que** el 25 de noviembre de 2013, radicó petición ante la demandada solicitando el diligenciamiento del formato único para reporte de enfermedad profesional del empleador suministrado por la ARP atendiendo la enfermedad diagnosticada “neumoconiosis de los mineros del carbón”. **8) Que** al realizar el análisis del puesto de trabajo para calificación de origen de enfermedad neumoconiosis, la ARL Positiva encontró que la concentración promedio ocupacional es de 7.833 mg/m³ para su puesto de trabajo en el momento del monitoreo, el cual es grado de riesgo alto para la exposición a polvo de carbón, y que finalmente acotó “la utilización de elementos de protección personal respiratorios no se evidenció en el desarrollo de la visita”. **9) Que** la demandada realizaba la explotación minera del título contrato 094-93, sin

contar con estudio de geología local no regional del macizo rocoso y sin tener aprobado el plan de trabajos e inversiones PTI por la Agencia Nacional Minera, que no tenían implementado el registro de accidentalidad de la mina, no suministraban respiradores idóneos y certificados, que aun a pesar de tener conocimiento de la fracturación del macizo rocoso, la presión y la sobrecarga que tenía el techo de la mina, no reforzaron la calidad de los respaldos ni realizaron el mantenimiento, que no recibió capacitación técnica y operacional por parte del empleador para la realización de sus actividades, ni se contaba con equipos de atención de emergencia por incendios, derrumbes, inundaciones. **10) Que** el día del accidente fue rescatado por sus compañeros, quienes, sin tener capacitación en ello, lo sacaron a la superficie y lo trasladaron en el platón de una volqueta a la clínica Santa Ana de Cúcuta donde fue atendido. **11) Que** la Agencia Nacional Minera en actas de visitas técnicas de seguimiento y control de seguridad minera, detectó incumplimientos a las recomendaciones efectuadas, a las normas sobre salud ocupacional, manejo inadecuado del sostenimiento en las labores bajo tierra, sistema de ventilación inadecuado, entre otras, situación que la conllevó el 7 de octubre de 2014 a imponer medida de seguridad sobre la mina hasta tanto se subsanaran los hallazgos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Fl. 386 a 448): La sociedad Carbones La Esperanza SAS, se opuso a las pretensiones. Aceptó la vigencia de la relación laboral con el actor, la labor desempeñada y la existencia de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral por el accidente de trabajo y la enfermedad laboral. Manifiesta no conocer el estado de salud del actor, los tratamientos médicos que sigue, ni las patologías neumoconiosis, así como las adquiridas en el accidente de trabajo. Señala que el informe de investigación del accidente de trabajo debe ser analizado en su totalidad y no de manera sesgada como lo propone la activa. No admitió su culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo del 22 de noviembre de 2012, ni en la enfermedad laboral neumoconiosis que

padece el actor. Por el contrario, afirma que existe culpa exclusiva del empleado pues dentro de sus funciones y responsabilidades se encontraban las de asegurar el área de trabajo, instalar elementos y mitigar el riesgo de derrumbe; obligaciones que dice, incumplió y generaron el citado accidente. Expone que acata en su totalidad la normativa de salud ocupacional al realizar capacitaciones a sus empleados y entregar la respectiva dotación. Propuso las excepciones de mérito que denominó preexistencia de patologías que agravaron y generaron el desarrollo de la patología, preexistencia de los síntomas de la enfermedad antes de la vinculación laboral con Carboesperanza SAS, no exposición del demandante durante el tiempo de vinculación a Carboesperanza SAS a los factores de riesgo que generan la enfermedad, prescripción, caducidad, exoneración de culpa de accidente de trabajo, inexistencia de las obligaciones emanadas de la responsabilidad patronal por el accidente y enfermedad profesional, cobro de lo no debido y no causado, buena fe, genérica e innominada, imposibilidad de reconocimiento de la responsabilidad patronal y por ende en no pago del derecho reclamado por no haber nexo de causalidad, carencia para reclamar por hechos propios y culpa del trabajador, carencia para reclamar por hechos atribuibles al demandante, fuerza mayor o caso fortuito, las que resulten probadas dentro del proceso, enriquecimiento sin causa lícita y la inexistencia de las obligaciones y pretensiones incoadas y reclamadas como base de la presente acción ausencia de los derechos reclamados falta de causa para demandar carencia de acción improcedencia de condenas en contra de la demandada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el 21 de septiembre de 2019, declaró a la sociedad demandada responsable de las lesiones personales sufridas en el accidente laboral conforme el artículo 216 del CST. La condenó al pago de 39 smlmv por perjuicios morales subjetivados, y 3.33 smlmv por perjuicios morales daño a la vida en relación, ambos conceptos debidamente indexados;

reconoció las costas a favor del actor. Negó las demás pretensiones y condenó en costas a Nelly Rodríguez González.

Consideró que no hay nexo causal entre la patología neumoconiosis adquirida por el actor y las condiciones de trabajo en la empresa, por la falta de prueba técnica en este aspecto y porque la existencia de la enfermedad no determina la imputabilidad directa y exclusiva de la demandada en la adquisición de dicha patología, dado que el trabajador dice, laboró en actividades idénticas desde el 2000, iniciando con la activa a partir del 2007. Acotó frente al accidente laboral acaecido el 22 de noviembre de 2012, que se demostró sin prueba en contrario la omisión de las obligaciones de protección al trabajador frente a los eventuales riesgos expuestos, procediendo bajo su riesgo a derribar el bloque de carbón sin tomar las precauciones pertinentes para conservar la integridad del trabajador, aunado al hecho de que ya habían tenido un hecho similar en la empresa. Apuntó que la condena por concepto de lucro cesante no es procedente al continuar el trabajador vinculado en la empresa y percibir ingresos. En cuanto a los perjuicios morales subjetivados dijo que se probó el sufrimiento y preocupación del actor por las consecuencias adquiridas en el accidente de trabajo; frente a los perjuicios en la vida de relación encontró acreditada una afectación mínima en la esfera externa del demandante. Indicó también que Nelly Rodríguez González no demostró su calidad de cónyuge o compañera permanente, ya que, el acta de matrimonio religioso no acredita tal condición, por lo que desechó sus peticiones y la condenó en costas. Afirmó que la demanda se interpuso dentro del trienio siguiente a la fecha de estructuración de las patologías adquiridas en el accidente de trabajo, por lo que la excepción de prescripción no estaba llamada a prosperar.

RECURSOS DE APELACIÓN: Los demandantes aspiran a que se revoque parcialmente la decisión y en su lugar se declare suficientemente probada la culpa de la pasiva en la enfermedad de origen

laboral neumoconiosis sufrida por el actor. Pretenden igualmente que se acceda a la indemnización pro lucro cesante, perjuicios materiales y se revise el monto concedido por perjuicios inmateriales. Piden también condena a favor de Nelly Rodríguez González.

Resaltan que la documental aportada permite concluir que efectivamente la demandada omitió sus deberes de diligencia y cuidado al exponer a Graciano Rodríguez al polvo de carbón por un lapso de 5 años sin los elementos de protección personal adecuados, ocasionando la enfermedad laboral al servicio de la pasiva, pues los exámenes medico ocupacionales de ingreso en ningún momento arrojan la preexistencia. Indican que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es prueba suficiente para tasar los perjuicios en la salud y en la vida de relación. Alegan que con el acta de matrimonio aportada al plenario se logra demostrar la calidad de cónyuge de Nelly Rodríguez González.

Carbones La Esperanza SAS, deprecia la revocatoria de la sentencia y en su lugar ser absuelta. Funda su descontento en que el accidente de trabajo fue producto de una fuerza mayor como lo fue la lluvia, y, en la culpa exclusiva de la víctima, atendiendo a que, pese a estar prohibido ingresar a la mina cuando llovía, el actor de manera irresponsable ingresó y fue sorprendido por el accidente al caerle la laja de carbón, situación que dice, queda en evidencia al absolver el interrogatorio. Manifestó que sigue los lineamientos normativos en seguridad y salud en el trabajo y que la enfermedad neumoconiosis no fue adquirida a su servicio. Finalmente atacó la condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Ambas partes replicaron los argumentos expuestos en la apelación.

3o. CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que no comporta escenario de discusión el que (i) Graciano Rodríguez Ortíz se encuentra vinculado a la pasiva mediante un

contrato de trabajo a término fijo desde el 15 de enero de 2012, que **(ii)** el 22 de noviembre del 2012, el actor sufrió un accidente laboral siendo calificadas las patologías con un 39,02% de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración 14 de mayo de 2015, que **(iii)** el mencionado se encuentra diagnosticado con la enfermedad de origen laboral neumoconiosis calificada con un 26,40% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración 19 de marzo de 2018.

En ese orden, atendiendo a los argumentos esbozados en las alzas, el problema jurídico consiste en determinar si existió o no culpa patronal, en el accidente de trabajo y la enfermedad profesional padecida por Graciano Rodríguez Ortiz y si hay lugar o no a la indemnización plena de perjuicios a favor de los demandantes.

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, 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, puede el dador de laborío desligarse de tal o salvar su responsabilidad, 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 o la enfermedad generadores 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 la actividad minera es considerada de alto riesgo según el art. 26 del Decreto 1295 de 1994 y requiere de esfuerzos coordinados de los empresarios, trabajadores, administradoras de riesgos laborales y las entidades públicas de vigilancia, con el fin de prevenir accidentes y enfermedades de origen laboral.

En este sentido, cuando se alega la culpa patronal en actividades relacionadas en actividades mineras subterráneas, existe norma expresa que regula los temas de seguridad y salud en el trabajo. El cuerpo legal concreto que controla esta actividad es el Código de Minas Ley 685 de 2001 modificado por la Ley 1382 de 2010 que en el artículo 97 establece: *“En la construcción de las obras y en la ejecución de los trabajos de explotación, se deberán adoptar y mantener las medidas y disponer del personal y de los medios materiales necesarios para preservar la vida e integridad de las personas vinculadas a la empresa y eventualmente de terceros, de conformidad con las normas vigentes sobre seguridad, higiene y salud ocupacional”*. Por su parte, el artículo 318 de la norma en cita dispone que la autoridad minera directamente o por medio de auditores que autorice, ejercerá la fiscalización y vigilancia de la forma y condiciones en que se ejecuta el contrato de concesión tanto por los aspectos técnicos como por los operativos y ambientales.

Así mismo, debe traerse a colación el Decreto 1335 de 1987, vigente hasta el 14 de septiembre de 2015, el cual contiene el reglamento de seguridad en las labores subterráneas, aplicable al caso analizado en virtud de la fecha de la ocurrencia de los hechos, el que dispone en sus artículos 47 y ss, las obligaciones del dueño de la mina o explotación en cuanto a polvo respirable y sostenimiento.

Como queda visto, la normatividad concreta que regula la **seguridad** en labores de minería subterránea 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.

A partir de lo enunciado entonces, imperioso resulta el análisis del material probatorio, a fin de establecer la presencia o no del accidente de trabajo, la enfermedad profesional, el daño inferido a los actores y nexo de causalidad entre estos dos elementos. En otros términos, la presencia o no de culpa en el actuar de la pasiva en la ocurrencia de los dos eventos mencionados. 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:

- Certificación laboral (folio 2).
- Formato Único de Reporte de Accidente de trabajo (folio 3-4).
- Historia clínica (folio 5-12).
- Investigación accidente laboral (folio 15-21).
- Estudio de puesto de trabajo (folio 28-41).
- Dictamen de calificación de invalidez accidente de trabajo (folio 44-49).
- Dictamen de calificación de invalidez enfermedad laboral (folio 50-52).
- Informes Ingeominas (folio 56-97).
- Acta de matrimonio religioso (folio 98).
- Reglamento interno de trabajo (folio 160-223)
- Reglamento de higiene y seguridad industrial (folio 223-228, 360-364)
- Historia clínica salud ocupacional del trabajador (folio 233-236)
- Evaluación de puesto de trabajo enfermedad tendinitis hombro derecho (folio 237-243)
- Listado de asistencia charla enfermedad silicosis (folio 248-253)
- Listado de asistencia charla sobre farmacodependencia (folio 254-258)
- Actas y documentos conformación copaso (folio 272-280)
- Listados de asistencia charla promoción y prevención, sensibilización orden y aseo, elementos de protección personal, ergonomía y manejo

- de cargas, reinducción, pausas activas, capacitación enfermedades infectocontagiosas (folios 281-299)
- Evaluación anual del programa de salud ocupacional (folios 300-309)
 - Registro de inducción a la mina (folios 310-311)
 - Actas comité paritario de salud ocupacional (folios 312-359, 365-368)
 - Informe de accidente (folio 369-374)

De los testimonios practicados al interior del proceso, se hace hincapié en los de Rubén Vega Bolívar y Jaime Espinoza, pues son los que brindan mayor credibilidad y convicción, ya que, el primero fue compañero de trabajo de Graciano Rodríguez Ortíz y el segundo el ministro o administrador de la mina y les consta de manera directa los hechos investigados, mostrándose claros y precisos en su narración.

Así, **Rubén Vega Bolívar**, de ocupación minero por más de 15 años, afirmó haber conocido al demandante en la mina las Dalidas donde laboró por un año y posteriormente en Carbones La Esperanza, estando presente al momento del accidente. Relató que llevaban un mes trabajando en un “*descuñe*” de cuñas abandonadas que no aguantaban madera y ahí fue el accidente ya que, mientras estaban trabajando se le cayó el derrumbe. Informó que la cuña al estar abandonada y no aguantar madera se podía venir en cualquier momento el derrumbe. Aclara que una cuña abandonada es cuando ya se ha sacado todo el carbón y solo queda puro derrumbe. Indicó que solamente a él y al actor los metieron a trabajar ahí y que al estar mojada la peña puede caerse en cualquier momento, adiciona que es conocido que en esos “*descuñes*” siempre está el riesgo de derrumbe por estar agrietado, cayéndose de repente. Señaló que él advirtió al administrador Jaime el riesgo de derrumbe y que “*dejáramos eso quieto*” pero la orden fue meterle madera porque debían sacar la cuña completa, y, que en su concepto no aguantaba sacarla pero que a pesar de “*maderear*” se cayó. Dice que en el momento del accidente fue él quien lo sacó debajo del carbón y pidió ayuda. Alude que al ingresar a la empresa les hacen exámenes de

columna, pulmón de todo y si sale no apto no lo aceptan; relata que no conoce enfermedad alguna del actor. Afirmó que solo recibió una pala, un gancho y la pólvora para trabajar, que no recibió ningún tipo de elemento de protección tales como mascarilla de protección para polvo y nunca le vio alguno al actor. Afirmó que al momento del accidente se encontraban a unos 800 metros de la bocamina, que no tenían ventilación y que al levantar la pala para llenar la carreta siempre levantaban mucho polvillo. Alude que intentaron derrumbar el bloque de carbón durante 3 días y no se logró, recibiendo la orden del administrador de poner madera y seguir laborando. Menciona que nunca recibió capacitaciones por parte de la empresa en sostenimiento o en el campo de las detonaciones y aun así les tocaba dinamitar. Que al ser temporada de lluvias corría agua por el techo y piso. Sostuvo que al estar muy alta la laja de carbón que afectó al actor no se podía desprender con dinamita.

Por su parte **Jaime Espinoza**, de 48 años de edad, de ocupación minero, supervisor “*ministro*” de la mina la esperanza y cuenta con 19 años de experiencia como supervisor, informó que llevaban trabajando por 3 meses en la zona donde ocurrió el accidente, que al iniciar la cuña del tambor se realizó la voladura en la tarde y que en la mañana cuando Graciano ingresó a las 7.30 de la mañana a sacar la carga del explosivo le cayó el bloque de carbón que queda suspendido por efecto del explosivo en la parte inferior, siendo llamado en la minería “*chilingo*”. Que al no estar presente en el momento del accidente le fue informado que el actor al pasar con la barra a intentar tumbar el “*chilingo*” le cayó encima dejándolo atrapado. Sostiene que la orden de la empresa era asegurar con madera para seguir extrayendo el carbón. Señaló que se realizan dos mediciones de gases, una en la mañana antes del ingreso del personal y otra en la tarde antes de las detonaciones, pero no sabe si se realizan mediciones de carbón particulado. Narró que la obligación de retirar el carbón suspendido era directamente del demandante, y que es obligatorio retirar todo este material porque está “*en falso*” puesto que el carbón y la roca no se compactan muy bien, en

ocasiones es necesario usar explosivo, pero en el caso del que lesionó a Graciano se pudo evidenciar que no estaba muy difícil de bajar. Menciona que no recibió recomendación de los trabajadores en suspender esas labores y que el descuñe se venía dando a normalidad. Alude que Graciano sí recibió capacitaciones en sostenimiento y medidas de seguridad, pero no conoce la cantidad o periodicidad. Que la empresa tenía contratado a José Luis Colmenares como ingeniero asesor de la mina en su parte técnica y a Diana Pilar Salcedo, encargada de seguridad y salud en el trabajo. Indicó que realizaba dos visitas diarias a los frentes de explotación y no advirtió peligro alguno en el puesto de trabajo del demandante. Afirmó que Graciano recibió botas con punta de acero, guantes de caucho, ropa. Consideró que el actor pudo haber evitado el riesgo si hubiera ido por la parte de atrás del carbón suspendido donde ya existía sostenimiento y con la barra hubiese tumbado el bloque de carbón. Al ser increpado sobre cómo debía hacerlo, no logra darse a entender atendiendo que solamente existía una misma entrada y salida, además que el carbón suspendido era de gran extensión. Afirmó que los trabajadores manipulan explosivos sin tener certificación de ello y es permitido. Acotó que la minería es un trabajo de alto riesgo y que ningún minero se busca un accidente.

Igualmente, **Jorge Luis Wester Escorcía**, de 58 años, en unión libre, sin escolaridad, trabajador como cochero de Carbones La Esperanza desde 1999. Afirmó que la empresa cumple con la normativa de seguridad y salud en el trabajo, pues cada mes son capacitados y evaluados por Diana Salcedo y Elkin que son del Sena y está conformado el comité paritario. Que cuando llueve no pueden entrar a la mina, igualmente cuando el ministro lo dice por temas de gases. Definió el “*chilingo*” como aquella parte que queda encima después de quitar el carbón, el cual debe quitarse desde un lado con una pica o barra para no correr riesgo que no caiga encima y por lo tanto no se le puede poner sostenimiento. Indicó que no supo del accidente hasta las horas de la tarde que le comentaron. Señaló que no conoce si al

demandante le daban mascarillas contra polvo, pero que a él si se las proporcionaban y cada 2 meses les cambiaban los filtros y quedaba registro de ello. Que el ministro entra 2 veces a diario a supervisar el corte.

En su momento, **Wilmer Alonso Flórez Vargas**, con 36 años, de estado civil soltero, con primaria de escolaridad, trabajador como toldero de la demandada desde enero del 2007. Afirmó que la empresa cumple con la normativa de seguridad y salud en el trabajo, y de la existencia del copaso.

En **interrogatorio** de parte Graciano Rodríguez Ortiz, dijo haber laborado como ayudante de construcción y carreteador-picador antes de vincularse con la demandada, tiempo que estuvo expuesto a polvillo de carbón. Señala no haber sido capacitado en labor alguna, no obstante, reconoce su firma en los documentos de asistencia a capacitaciones. Afirmar estar casado por la iglesia católica con Nelly Rodríguez y haber procreado un menor. Dijo que el día del accidente estaba lloviendo y dentro de sus labores estaba retirar el carbón que le lesionó la columna, pero que llevaban 3 días intentando derrumbar la piedra de carbón junto con el “*ministro*” (administrador de la mina) y no pudieron retirarlo, y que al ser el único corte que tenían para laborar debían sacar esa cuña para continuar trabajando existiendo una única entrada y salida. Dice que igualmente debía taladrar, taca la dinamita y detonarla de manera eléctrica. Sostiene que en años anteriores los patronos los ponían a “*quemar*” la dinamita y cuando no había dinamita les daban clorato y azufre y con esos “*quemaban*”. Relata que en ocasiones quedaba un “*tiro*” sin estallar y debían esperar que el humo saliera y arriesgar su vida ingresando a la mina para repetir el procedimiento con la carga que quedo sin explotar. Informa de manera clara que no era posible dinamitar la piedra que lo lesionó por cuanto al taladrar afectaba el techo de la mina y podía generar el derrumbe total de la misma. Enunció que si había un adecuado sostenimiento del techo al ser ellos mismos los

encargados de realizarlo. Finalmente indica que pasó por debajo de la piedra que cayó y lo lesionó al ser la única entrada y salida.

De esta manera las cosas, analizado en conjunto el acervo probatorio en cuanto al primer elemento para que sea procedente la indemnización total y ordinaria de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, esto es, la existencia de una enfermedad laboral y la ocurrencia del accidente o la denominada por algunos como la imputabilidad material, que se produce por causa o con ocasión del trabajo tal como lo preveía el artículo 9° del Decreto 1295 de 1994, hoy artículo 3 de la Ley 1562 de 2012, no existe discusión alguna, pues, la pasiva aceptó en audiencia del 23 de enero de 2020 (folio 1206) los hechos contemplados en los numerales 22 y 23 la existencia y conocimiento del dictamen de calificación de invalidez del accidente de trabajo (folio 44-49) y el de enfermedad laboral (folio 50-52).

En cuanto al segundo, es decir, la culpa suficientemente comprobada del empleador Carbones La Esperanza SAS, que se concreta como se dijo, en el incumplimiento de los deberes de protección y de seguridad para con sus trabajadores establecidos en los artículos 56 y 57 del CST, el Código de Minas Ley 685 de 2001 en su artículo 97 y el reglamento de seguridad en las labores subterráneas Decreto 1335 de 1987 al exponer al demandante a una labor de riesgo alto sin adoptar las medidas necesarias para asegurar la integridad del demandante, se configura de manera clara e indubitable en la ocurrencia de los dos eventos. Dígase accidente de trabajo y adquisición de enfermedad profesional.

En efecto en cuanto al primero de los aludidos, véase como el testigo Rubén Vega Bolívar compañero de trabajo del demandante y quien estuvo presente al momento del accidente, relató que se encontraban trabajando en el “*descuñe*” del bloque de carbón que queda suspendido en el techo por efecto del explosivo, cuando a Graciano Rodríguez le cayó el bloque de carbón que intentaban derrumbar, fue tajante al manifestar que en esos “*descuñes*” siempre está el riesgo de derrumbe por estar agrietado, cayéndose

de repente, situación que advirtió al administrador acotándole que “dejáramos eso quieto”, y, obviando la recomendación de un minero con experiencia de 15 años, el representante del empleador emitió la orden de meterle madera (sostenimiento) y continuar con las labores, dándose el desventurado accidente. Manifestación que es concordante con lo señalado en la investigación de accidentes y accidente de trabajo elaborado por la ARL Positiva (folio 15-21) y lo dicho por el administrador de la mina Jaime Espinoza.

Igualmente, nótese que en la citada investigación de accidentes y accidente de trabajo, en el anexo 2 (folio 20) la ARL Positiva al realizar análisis de causalidad del accidente de trabajo grave del demandante en uso del método árbol de causas, consagró como tales, *(i) la falta de sostenimiento inicial adecuado derivado de una falta de programa de sostenimiento, no realización de inspecciones planeadas – falta de programa de tareas críticas, (ii) sobrepresiones de los respaldos de la mina relativo a la falta de diseño y planeamiento minero, falta previsión de la presión de la filtración del agua y (iii) falta de previsión de la situación de peligro resultante de un desconocimiento de los riesgos a los que está expuesto por falta de programa de inducción con evaluación de conocimiento e inexistencia de diseño e implementación y divulgación de los procedimientos de trabajo seguro”*.

Conclusiones tales que confirman diáfamanamente el incumplimiento por parte de la pasiva de los deberes de protección y de seguridad al exponer al trabajador a una labor de riesgo alto sin las medidas necesarias para asegurar su protección, menospreciando la integridad de su empleado. Incumplimiento que refulge al contrastar lo establecido en el Decreto 1335 de 1987, toda vez que, el mismo en su artículo 52 impone la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar que las labores subterráneas no presenten derrumbes ni desprendimientos de rocas que pongan en peligro la integridad de las personas, pues como fue dicho, el empleador dio la orden de seguir laborando pese a existir advertencias de un trabajador y de la autoridad minera quien en informe del 23 de junio de 2011 (folio 56-

61), notó la ausencia del programa de sostenimiento, solicitando su implementación y en visita técnica del 30 de diciembre de 2011 (folios 65-68) encomendó a la pasiva mantener y supervisar el programa de sostenimiento, teniendo en cuenta que los techos, pisos y respaldos inestables son la principal causa de accidentes en el departamento, debiendo llevar un libro de registros con tales anotaciones, acatamiento que brilla por su ausencia dentro de la documental arrimada y que de haberse llevado a cabo, se hubiese evitado el trágico suceso.

Ahora, si bien la sociedad demandada con el fin de salvar su responsabilidad, fundamentó su defensa en el cumplimiento de la normatividad de salud ocupacional y existencia de una fuerza mayor como lo fue la lluvia y en la culpa exclusiva de la víctima, ya que, pese a estar prohibido ingresar a la mina cuando llovía, el actor de manera irresponsable ingresó ocasionándose el accidente, tales argumentos no son de recibo por las siguientes razones:

Aunque la empresa al momento del accidente contaba con el programa de salud ocupacional, había conformado el comité paritario de la seguridad y salud en el trabajo y realizó la inducción laboral, según prueba mediante documento visto a folio 310 a 311 en el cual Graciano Rodríguez, el 5 de abril de 2011, declara haber recibido capacitación de inducción y la importancia de aplicar las medidas de seguridad necesarias, para evitar accidentes, al buscar las medidas empleadas por la demandada enfocadas a prevenir la ocurrencia de accidentes de trabajo que involucraran de manera específica, la caída de material carbón del techo, un programa de sostenimiento, y la ejecución de labores de manera segura en temporada de lluvia, no encuentran respaldo probatorio alguno. Véase como los testigos asomados por la susodicha, es decir, Jorge Luis Wester Escorcia, Wilmer Alonso Flórez Vargas y Jaime Espinoza hicieron afirmaciones que no tuvieron otro respaldo probatorio, pese a que aludieron que se dejaba un registro documental de inducciones y capacitaciones, empero, de todos los

documentos aportados no hay uno solo en que se demostrara que el actor fue debidamente capacitado y evaluado para el desarrollo de esa función ni que se establecieran las medidas de prevención y protección en estos casos, tal como lo recomendó la autoridad minera.

Aunado a lo anterior, se denota la infracción del numeral 3 del artículo 57 del CST, el artículo 127 de la Ley 9 de 1979, y el numeral 5 del literal b del artículo 30 del Decreto 614 de 1984 que obligan al empleador a prestar y mantener un servicio oportuno de primeros auxilios, normativa que se ve respaldada por los artículo 158 y ss del iterado Decreto 1335 de 1987. Violación que surge al auscultar el caudal probatorio y no encontrarse prueba alguna de su cumplimiento, situación que fue puesta de presente en los hechos del libelo genitor, y no fue motivo de demostración contraria.

Otro hecho que contradice lo aseverado por la pasiva sobre la fuerza mayor como lo fue la lluvia y en la culpa exclusiva de la víctima al ingresar de manera arbitraria al puesto de trabajo pese a estar lloviendo, se da cuando el testigo Rubén Vega Bolívar señala que se encontraban trabajando en un “*descuñe*” el cual siempre está el riesgo de derrumbe por estar agrietado, que advirtió tal riesgo pero la orden fue asegurar con madera para seguir extrayendo el carbón, testimonio conteste con el de Jaime Espinoza quien aseveró que era obligación del demandante retirar el carbón suspendido, el cual infortunadamente cayó sobre la humanidad de este. Lo dicho deja sin asidero la defensa, y, por el contrario, permite ver que el actor estaba en sus labores por disposición y con el aval del empleador, quien de manera negligente permitió que el trabajador ingresara a la mina pese a encontrarse en temporada de lluvias lo que genera filtraciones de agua sobre los estratos de carbón ocasionando presión sobre los respaldos de la mina, los cuales terminaron cediendo con resultados trágicos.

Es más, extraña que quien fuera administrador de la mina y aseveró visitar dos veces al día el lugar de los hechos no se percatara del ingreso de los trabajadores a la mina. Debió por lo menos, a partir del poder de

subordinación que ejercía sobre el accidentado ordenarle una y otra vez que saliera de la mina hasta tanto mejoraran las condiciones climáticas, y si dicha directriz no fuera atendida debió suspender las actividades en ese momento, en aras de tomar las medidas necesarias para garantizar la salud y vida de los trabajadores.

Quedó probada así la conducta omisiva del empleador en la ocurrencia del siniestro, esto es, permitir que el trabajador ingresara a la mina a desempeñar sus labores pese a existir un riesgo alto por la sobrepresión generada por las filtraciones de agua sobre los estratos de carbón, notándose falta de diseño y planeamiento minero, previsión y una total violación a las obligaciones como empleador en tareas de alto riesgo consagradas en el Código de Minas Ley 685 de 2001, el Decreto 1335 de 1987 y lo relativo en el artículo 56 y 67 del CST.

En distintos términos, el actuar negligente y omisivo (culposo) del empleador aparece de manera suficientemente comprobada en el accidente laboral acaecido el 22 de noviembre de 2012. Valga decir, el segundo elemento de la responsabilidad hace presencia en el sub-analíse.

En cuanto al tercero, es decir, el nexo de causalidad entre el insuceso (hecho ilícito) y la culpa de la demandada, que como se sabe es la relación causa-efecto que permite establecer los hechos determinantes del daño, sin mayor esfuerzo se establece el mismo. Diáfananamente, entre el daño (accidente de trabajo) y la culpa de la pasiva, se configura un nexo causal, valga decir, las lesiones en la humanidad del actor devienen del comportamiento negligente e imprudente de la sociedad traída a juicio. En otras palabras, si la pasiva hubiese empleado el cuidado ordinario necesario para impedir el accidente y no le hubiera ordenado al actor seguir con sus labores, no se habría dado el lamentable resultado.

A partir de lo antes establecido, al amparo del artículo 216 del CST, como se acotó, surge la obligación indemnizatoria. Como a igual conclusión llegó el Juzgado de Primera Instancia se confirmará tal determinación.

Por otro lado, como se busca se declare probada la culpa de la pasiva en la enfermedad de origen laboral neumoconiosis adquirida por el actor, por los factores de riesgo, negligencia y condiciones inseguras a las que fue expuesto por parte del empleador, necesarias resultan las siguientes observaciones.

En cuanto a la existencia de la enfermedad de origen laboral, como se dijo, no es objeto de discusión por las partes que el actor se encuentra diagnosticado con la patología laboral neumoconiosis, calificada con un 26,40% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración 19 de marzo de 2018.

Frente a la culpa de la empleadora en dicho evento, nuevamente se denota una completa omisión y desconocimiento de los deberes legales de cuidado, protección y supervisión de la misma respecto de sus trabajadores, quienes ejercían labores de minería subterránea. En efecto, no aparece medio probatorio que permita acreditar que el ente dador de laborío cumplió con lo previsto para dichas actividades en el artículo 51 del decreto 1335 de 1987, que establece la obligatoriedad de dotar a sus empleados de máscaras contra polvo con sus respectivos filtros. Tampoco aparece que tomó las medidas necesarias para evitar la presencia de agentes químicos y biológicos, como polvo de roca en la atmósfera, en concentraciones que puedan representar riesgos para la salud y el bienestar de los trabajadores, cuya comprobación debe hacerse mediante análisis de muestras de polvo, pues, era su obligación que se diera cumplimiento a las normas de seguridad tal y como lo establece el citado reglamento de seguridad de labores subterráneas, sometiendo así a Graciano Rodríguez Ortiz al ejercicio de sus labores sin los elementos de seguridad y protección

certificados que le permitieran de manera adecuada la ejecución en un ambiente con concentraciones altas de polvo de carbón. Mírese como el testimonio de Rubén Vega Bolívar corrobora lo anterior, cuando señala que la empresa no les proporcionaba mascarillas contra polvo. Adviértase que la pasiva no realizó ningún esfuerzo probatorio en acreditar la entrega de este elemento obligatorio.

De esta manera las cosas, no es de recibo lo manifestado por Carbones La Esperanza SAS, al indicar que no se encontraba acreditado el incumplimiento de los deberes de cuidado y protección, y la ausencia de entrega de elementos de seguridad, primero porque quien pretende la declaratoria de culpa patronal le basta con concretar la omisión en el deber de cuidado del empleador, para que sea este quien demuestre que obró con diligencia y cuidado, y segundo porque más allá de esto, en el plenario hay pruebas que permiten acreditar tal descuido, obsérvese en el informe de la Agencia Nacional Minera del día 23 de junio de 2011 visto a folios 56 al 64 encontró que en la mina Carboesperanza *“no se tenía implementado un estudio de polvo de carbón”*, y del estudio de puesto de trabajo para calificación de origen folio 28 a 41 la ARL no logró evidenciar dotación ni utilización de protección respiratoria, y que esta era usada por los trabajadores hasta que los filtros se tapaban, recibiendo repuesto cada 6 meses, situación que riñe directamente con los parágrafos 1 y 2 del artículo 51 del decreto 1335 de 1987, que impone la carga al empleador del lavado, limpieza y esterilización de la mascarilla y sus filtros. Cabe señalar que la versión de Jaime Espinoza nada aporta al debate, pues no narra acerca de si el empleador cumplió o no con su obligación de cuidado y de dotar de elementos de protección, sino que sólo da referencia de un comportamiento descuidado e imprudente del actor, lo cual no exime de responsabilidad por culpa al empleador tal y como lo señaló la Sala de Casación Laboral en sentencia SL- 5463 de 2015.

En lo referente al nexo causal, que como se sabe no requiere de la existencia de un acto determinante sino de la identificación del hecho antecedente y el consecuente con una relación de probabilidad, diáfano resulta que la pasiva no dotó al demandante de los elementos propios para trabajos de minería subterránea y lo expuso durante los 5 años que duró la ejecución de labores a un riesgo alto como lo fue una concentración de material particulado polvo de carbón de 7.833 mg/m³, es decir, superior al límite máximo permisible sin protección (Estudio de puesto de trabajo para calificación de origen folio 28 a 41) llevando al actor a adquirir la enfermedad laboral neumoconiosis que no padecía al ingreso y la cual se encuentra directamente ligada a los mineros del carbón (Resolución No.2844 de 2007 del Ministerio de la Protección Social).

Conforme lo anterior, se declarará suficientemente probado que el empleador Carbones La Esperanza SAS, es el responsable de la enfermedad laboral neumoconiosis y las lesiones personales sufridas en el accidente de trabajo por Graciano Rodríguez Ortiz, surgiendo la obligación de indemnizar los perjuicios de este, artículo 216 CST. Por fuerza de lo dicho no hay prosperidad de las excepciones propuestas por la pasiva.

De otra parte, como la demandada aspira a que se revoque la condena argumentando que no se encuentran probados los perjuicios deprecados por los accionantes, ha de decirse desde ya que dicho aserto no es de aceptación, en la medida en que, probada como se tiene la culpa patronal en la enfermedad y el accidente de trabajo, clara es la existencia de perjuicios. Por manera que, aclarándose que los perjuicios materiales se dividen en daño material, el cual debe estar objetivamente probado, (en el caso presente no fue objeto de condena), y en lucro cesante consolidado y futuro que no requieren prueba más allá del vínculo de dependencia (SL 2206-2019) y los ingresos dejados de percibir. Perjuicios que valga la pena señalar nacen como consecuencia del daño padecido, debe concluirse al igual que el a quo, que ello no se configura en el caso presente, habida

cuenta de que, la relación laboral continua vigente hasta la fecha del fallo y, no fue motivo de controversia incumplimiento alguno de las obligaciones laborales o de seguridad social.

En lo que atañe al **daño emergente**, que según el artículo 1614 del Código Civil, aplicable en materia laboral en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en *“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”*, concepto que abarca la pérdida de elementos patrimoniales, así como los gastos en que se incurrió o que deban generarse en el futuro, y el arribo del pasivo a causa de los hechos sobre los cuales quiere deducirse responsabilidad, habrá de impartirse absolución, ya que, no obra dentro del infoliado medio de convicción alguno que deje ver que alguno de los integrantes de la activa hubiese tenido que cancelar de su propio peculio valores por concepto de gastos de hospitalización, tratamientos derivados de las patologías adquiridas.

En lo relativo a los perjuicios morales, la Sala de Casación Laboral ha reiterado que: *“se delimitan a aquellos subjetivados, o precio del dolor físico y afecciones psicológicas padecidas por el actor”*. Siendo los objetivados los *“resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso”*, y los daños subjetivados son *“los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir”*. Estos últimos, identificados en las consecuencias que se generan dentro de la unidad familiar del actor, por los efectos de su estado de salud.

Frente a los beneficiarios de este rubro indemnizatorio, ha de señalarse que si alguien está interesado en acceder al reconocimiento de perjuicios morales, tales son procedentes tanto para la víctima como para las personas más cercanas de la misma, siempre y cuando demuestren haber padecido una lesión o menoscabo en sus condiciones materiales o morales con ocasión de la muerte, la discapacidad o invalidez generadas por el infortunio

laboral. Sobre la demostración de éste, la Corte desde el fallo del 5 de mayo de 1999 en rad. 4978 (reiterado en SL4213 de 2019), ha adoptado la postura de la «*Presunción de hombre (presunción hominis) o presunción judicial*», donde una vez demostrado el lazo de parentesco o cercanía con la víctima y la incidencia del insuceso en los sentimientos propios de una relación familiar directa, hay lugar a los mismos. Esta presunción puede ser derruida por el llamado a reparar los perjuicios.

Advirtiéndose que el accidente laboral acaeció el 22 de noviembre de 2012, fecha en la cual sufrió lesiones en su humanidad, que el 16 de mayo de 2014 es diagnosticado con trastorno depresivo recurrente, episodio grave con síntomas psicóticos (folio 44-49) y el 17 de abril de 2015 se expide constancia medica de la patología trastorno de estrés postraumático (folio 174 expediente digital 04), padecimientos psiquiátricos que han sido derivados del accidente de trabajo y de la enfermedad laboral neumoconiosis, estando debidamente comprobado el impacto emocional de las lesiones y la enfermedad profesional en el actor, hay lugar al resarcimiento económico del mismo, incrementándose el fijado por el a quo en la cifra de 45 smlmv al comprobarse la responsabilidad patronal en la citada enfermedad. Valor que deberá ser indexado a la fecha de su pago efectivo.

Como el demandante persigue el resarcimiento los perjuicios en la vida de relación correspondiente a la alteración sufrida en sus condiciones de existencia, impidiéndole desarrollar las actividades placenteras de la vida agradable, como practicar deportes, entre otras actividades que a él le gustaban, se condenará al pago de tales y se tasarán al arbitrio judicial (SL.492-2021). Ahora, atendiendo las condiciones de la lesión y la incidencia en el normal desenvolvimiento de la víctima en su entorno social, como que demostrado según la historia clínica que obra en el expediente (fls. 5-12), que el actor no perdió toda capacidad de desplazamiento, resulta

razonable modificar la sentencia y estimar este perjuicio en 10 smlmv. Valor que deberá ser indexados a la fecha de su pago efectivo.

En cuanto a los beneficiarios, vale indicar que como no se acreditó la calidad de cónyuge de Nelly Rodríguez González, por cuanto no se demostró por ningún medio tal condición y la partida de matrimonio aportada con la demanda (folio 98), no fue registrada como lo ordena el artículo 5° del Decreto 1260 de 1970, no pudiéndose tampoco valorar las declaraciones extra proceso aportadas con los alegatos de alzada al no ser la oportunidad procesal, habrá de confirmarse la decisión de primea instancia sobre el particular. Declarándose probada de oficio la excepción falta de legitimación en la causa por activa.

En síntesis, al resultar probado que Carbones La Esperanza SAS es responsable de la enfermedad laboral neumoconiosis se adicionará la sentencia de primera instancia para proferir condena en su contra y a favor del trabajador en las sumas y por los conceptos anotados. Se confirmará en lo demás.

Conforme al artículo 365 del C.G.P., aplicado por remisión normativa prevista en el 145 del CPTSS, se condenará en costas de segunda instancia a Carbones La Esperanza SAS en la presente actuación respecto del recurso de apelación, fijándose como agencias en derecho \$1.000.000 a favor de Graciano Rodríguez Ortiz, igualmente a Nelly Rodríguez González en la suma de \$500.000 a favor de la pasiva. Montos que se muestran conforme al Acuerdo N° PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Las de primera instancia a cargo de los mismos.

DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: Modificar la sentencia del 21 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en su ordinal primero en el sentido de declarar a Carbones La Esperanza SAS, responsable de la enfermedad laboral neumoconiosis y las lesiones personales sufridas en el accidente de trabajo por Graciano Rodríguez Ortiz.

Segundo: Modificar el ordinal tercero en el sentido de declarar a cargo del empleador demandado y a favor de Graciano Rodríguez Ortiz, condena por perjuicios morales subjetivados, en la suma de 45 smlmv indexados a la fecha de su pago efectivo.

Tercero: Modificar el ordinal cuarto y declarar a cargo del empleador demandado y a favor de Graciano Rodríguez Ortiz, condena por perjuicios morales daño a la vida en relación, en la suma de 10 smlmv indexados a la fecha de su pago efectivo

Cuarto: Revocar el ordinal quinto, conforme lo señalado en el ordinal primero de esta sentencia.

Quinto: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Sexto: Declarar probada de oficio la excepción falta de legitimación en la causa por activa respecto las pretensiones de Nelly Rodríguez González.

Séptimo: Condenar en costas de segunda instancia a Carbones La Esperanza SAS en la presente actuación respecto del recurso de apelación, fijándose como agencias en derecho \$1.000.000 a favor de Graciano Rodríguez Ortiz, y a Nelly Rodríguez González en la suma de \$500.000 a

favor de la pasiva. Líquidense de manera concentrada por el despacho de origen.

Octavo: Confirmar en todo lo demás.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

JoaquínP

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2019-00364-00
Partida Tribunal: 19306
Demandante: OSCAR GUILLERMO CÁRDENAS SÁNCHEZ
Demandada (o): COLPENSIONES
Tema: PENSIÓN DE VEJEZ
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Labora del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de apelación presentados por el demandante y por COLPENSIONES y surtir el grado jurisdiccional de consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 16 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2019-00364-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19306 promovido por el señor OSCAR GUILLERMO CÁRDENAS SÁNCHEZ en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

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

I. ANTECEDENTES.

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, demanda a la entidad anteriormente mencionada, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se ordene a COLPENSIONES, el pago de su pensión de vejez a partir del 11 de enero de 2017; así mismo solicitó el pago del correspondiente retroactivo pensional y los intereses de mora a que tiene derecho, indexación, al uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las costas procesales.

II. HECHOS

El demandante alega los siguientes hechos: que cumplió los 62 años de edad el 10 de enero de 2017, que trabajo en el sector privado en varias instituciones educativas y en docencia universitaria hora-catedra, cotizando a COLPENSIONES 1335 semanas hasta el 30 de junio de 2016, que reúne totalmente los requisitos previstos en el art. 13 de la Ley 797 de 2003 para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez legal; que solicitó la prestación ante COLPENSIONES el 24 de enero de 2017 y fue negada en 4 oportunidades por gozar de pensión gracia por parte de CAJANAL hoy LA UGPP por los servicios prestados en el sector público conforme a las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, pensión de jubilación por parte del magisterio conforme a la Ley 33 de 1985, 91 de 1989 y 37 de 1933.

III. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, ésta dio contestación admitiendo parcialmente los hechos y se opuso a la totalidad de pretensiones manifestando que, el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez por ser incompatible con la prestación económica que actualmente recibe 2 pensiones, por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL EICE - CAJANAL y de jubilación reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, fruto de los aportes pensionales que sirven de sustento para el financiamiento de la pensión que actualmente disfruta. Propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, la prescripción y la innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 16 de abril del 2021, resolvió:

“Primero.- Condenar a COLPENSIONES S.A., pagar a favor de la actor Sr. OSCAR GUILLERMO CARDENAS SANCHEZ, C.C. 13.255.903 la pensión de vejez vitalicia a partir de LA EJECUTORIA DE ESTA Sentencia por haberse causado en fecha 10 de enero de 2017 sin retirarse de fondo pensional, razón por la cual se hará efectiva a la ejecutoria de esta sentencia judicial, por valor que no será inferior nunca al S.M.L.M.V., 13 mesadas año según acto legislativo 01 de 2005 inciso 8 y parágrafo 6 transitorio, actualizada en los términos artículo 14 ley 100 de 1993, todo conforme a lo considerado.

Segundo. - Condenar a la pasiva a la ejecutoria de la sentencia, por intereses en los términos del artículo 141 ley 100 de 1993, conforme a lo considerado.

Tercero. - Condenar en costas, a la pasiva y a favor actor, se itera **artículo 365-1 del CGP y acuerdo PSAA16-10554** artículo 5 numeral 1, se fijan las agencias en 4 S.M.L.M.V, cada salario asciende a \$908.526 D. 1785 de 2020, las agencias se tendrán en cuenta para la liquidación de costas.

Cuarto. - Ordenar el grado jurisdiccional de la consulta por el sentido de la decisión artículo 14 ley 1149 de 2007, negativa para COLPENSIONES S.A, incluso así apele COLPENSIONES S.A, conforme a lo considerado.”

Para fundamentar la decisión, tuvo en cuenta lo siguiente: **(i)** que el demandante NO es beneficiario del régimen de transición, **(ii)** que reúne 1335 semanas de cotización y cumple la edad de los 62 años, cumpliendo los requisitos de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, **(iii)** que las últimas 42 cotizaciones a COLPENSIONES fueron hechas sobre salario mínimo y a veces inferior a este, por ser profesores cátedra, precisándose que la Ley 4 de 1992 literal D exceptúa de una asignación del tesoro público en los términos del art. 128 superior, razón por la que, no EXISTE INCOMPATIBILIDAD para otorgarse la pensión de vejez por COLPENSIONES, aplicándose la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Rigoberto Echeverri Bueno Magistrado Ponente en S.L. 451 del 2013 radicado 41001 acta 21 del 17 de julio de 2013, porque los aportes que se tuvieron en cuenta para otorgarle la pensión gracia y la de jubilación son de carácter oficial, de origen y causa diferente, igualmente, se ajusta a lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C378 del 27 de julio de 1998; **(iv)** Que el decreto 692 del 1994 artículo 32 es claro sobre la necesidad de cotizar el docente cuando trabaje en el sector privado y permite que le sean aplicables las respectivas prestaciones. **(v)** Que la pensión de vejez se causó el 10 de enero de 2017, sin embargo, hasta la fecha no se ha retirado del régimen pensional y todavía se encuentra laborando como docente, razón por la que, el pago de la mesada pensional será efectivo desde la ejecutoria de la sentencia junto con los intereses legales moratorios en los términos del artículo 141 ley 100 del año 1993, desde la ejecutoria y hasta la inclusión en nómina y pago efectivo de la misma entonces los 13 y 35 del decreto 758 de 1990, ya que no presenta desafiliación del sistema pensional. **(vi)** Que conforme lo dispone el inciso 8º del párrafo 6º del Acto Legislativo de 2005, le corresponde 13 mesadas anuales, **(vii)** que el IBL no es discutido ya que la pensión no puede ser inferior a 1SMMLV, además, que la misma deberá ser indexada según los términos del artículo 14 ley 100 del año 1993 año a año sin ser nunca inferior al salario mínimo legal.

V. APELACIÓN

DEMANDANTE. El apoderado judicial del actor, recurre la sentencia parcialmente en el ORDINAL PRIMERO respecto a la fecha del disfrute de la mesada pensional de vejez, al considerar que el ***último empleador del señor Cárdenas Sánchez Oscar Guillermo fue la Universidad Francisco de Paula Santander y cualquier reporte de novedad lo debería haber hecho el empleador no el trabajador dependiente.***

Aunado a lo anterior, arguye que Colpensiones en ningún momento invoco al resolver mediante resolución GNR 39021 del 3 de febrero de 2007, que el trabajador no fue desafiliado, luego entonces, considera que el Juez A quo interpretó en forma errada la norma, por lo que, solicita se revoque la decisión contenida en el artículo 1 sólo en cuanto a la fecha de efectividad de la pensión de jubilación reconocida a Oscar Guillermo Cárdenas Sánchez y en su lugar se disponga como fecha de la misma de la efectividad la pensión el día siguiente al momento en que Oscar Guillermo cumplió con su estatus pensional, esto es a partir del 11 de enero del año 2017.

COLPENSIONES. El apoderado judicial inconforme con la decisión proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, interpuso recurso de apelación manifestando que, se configura una imposibilidad de otorgar el derecho pensional ante la existencia de una incompatibilidad legal, en cuanto a la pensión que ya devenga el señor Oscar Guillermo Cárdenas suministrada por el Magisterio y la que pretende que sea reconocida por Colpensiones bajo las previsiones que se expresan en la constitución política de Colombia en el artículo 128 en donde se manifiesta que nadie puede recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, al igual que está contemplado en el artículo 19 de la ley 4 de 1994 y se entiende por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas, estando incluidas dentro de esta denominación la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Rarificó que, las normas constitucionales y legales citadas son claras en determinar que por mandato expreso nadie puede devengar más de un de una asignación que provenga del tesoro público; además, que con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 se encuentra totalmente prohibida la doble percepción de mesada pensional cuando se trata de cubrir la misma contingencia, que en este caso es la vejez del señor Oscar Guillermo Cárdenas que ya se encuentra cubierta por el Magisterio, esto también en concordancia con la circular 001 del 1 de octubre de 2012 de Colpensiones el concepto 2015 8457995 del 9 de septiembre del 2015, el concepto de 2016 11520676 del 28 de septiembre de 2016, todos proferidas por Colpensiones.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA.

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

COLPENSIONES alega que el actor no tiene derecho a la pensión de vejez por la existencia de una incompatibilidad legal, dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política de Colombia, ley 4 de 1992 art 19 y ley 549 de 1999 en el artículo 17. Que con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 se encuentra totalmente prohibida la doble percepción de mesada pensional,

cuando se trata de cubrir la misma contingencia o riesgo como es el caso de la vejez no siendo posible ser afiliado y pensionado al mismo tiempo al sistema de seguridad social integral, por lo tanto, no existe compatibilidad entre la prestación que ostenta actualmente con la FIDUPREVISORA y el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada a Colpensiones, según La Circular 001 del 1 de octubre de 2012 de COLPENSIONES, el concepto BZ-2015-8457995 del 9 de septiembre de 2015, el concepto BZ_2016_11520676 del 28 de septiembre de 2016, proferido por COLPENSIONES.

EL DEMANDANTE a través de su apoderado judicial, ratificó los argumentos del recurso de alzada, manifestando que COLPENSIONES debe pagar la mesada pensional desde la fecha en la Universidad Francisco de Paula Santander lo retiro del sistema en junio de 2016, considerando que el actor tiene derecho al pago del retroactivo pensional de vejez desde la causación de la misma.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

El problema jurídico se reduce a determinar si la Juez A quo se equivocó al determinar que COLPENSIONES estaba en la obligación de reconocer y pagar la pensión vejez a favor del demandante por ser compatible con la pensión de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación Municipal de Cúcuta del Fondo de Prestación Social de Magisterio y la pensión GRACIA igualmente reconocida por CAJANAL hoy LA UGPP obtenidas por tiempos laborados como docente en el sector oficial; de ser favorable al demandante, verificar si es procedente modificar la fecha del disfrute de la prestación conforme a lo expuesto por el recurrente demandante.

En este asunto no existe discusión en que el actor goza de una **pensión de jubilación** reconocida por la Secretaría de Educación del Municipio de Cúcuta mediante la Resolución No. 0695 del 29 de octubre de 2010 por los 34 años prestados como docente Nacionalizado del Colegio San Bartolomé, en el periodo desde el 20 de mayo de 1975 hasta el 10 de enero de 2010, lapso en el que estuvo afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio (fls.50-52). Así mismo, el actor goza de una **pensión gracia** reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL- por los servicios prestados desde el 20 de mayo de 1975 hasta el 30 de enero de 2005, mesada pensión que disfruta desde el 10 de enero de 2005 (fls.47-49).

De la misma forma, se hace importante recalcar que el actor tiene fecha de nacimiento el 10 de enero de 1955 (fls.2-3), que no es beneficiario del régimen de transición, que reporta historia laboral de cotización al sistema pensional en COLPENSIONES desde el 1º de mayo de 1975 hasta el 30 de junio de 2016 con diferentes entidades de carácter privado, entre ellas, la Sociedad de artesanos Gremio, el Colegio la Salle, con Peñaranda Ayala, con la Cooperativa de Servicios, El Instituto Metropolitano y la Universidad Francisco de Paula Santander, esta de carácter público pero con vinculo laboral HORA-CATEDRA. (fls.37-44).

Que el actor solicitó en una primera ocasión ante COLPENSIONES la pensión legal de vejez el 24 de enero de 2017 y mediante resoluciones GNR 39201 del 4 de febrero de 2017 (fls.5-9), SUB 263 del 16 de marzo de 2017 (fls.20-24), DIR 5519 del 15 de mayo de 2017 (fls.25-33) y AASUB 481 del 5 de junio de 2017 proferidas por COLPENSIONES, se le negó la pensión de vejez legal, argumentando en todas ellas, incompatibilidad con las pensiones anteriores.

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

Por otra parte, el literal m) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, expresamente establece que *“los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que lo administran”*; es claro, entonces, que hoy y dentro del Sistema General de Pensiones, no se puede afirmar que las pensiones reconocidas por los fondos de pensiones o por el ISS, financiadas en todo o en parte con los aportes o cotizaciones de índole parafiscal obligatoria pagados por entes públicos a dichos fondos o al ISS, constituyen asignaciones provenientes del tesoro público, pues una vez pagadas dichas cotizaciones patronales en cumplimiento de ese deber legal, los recursos son del Sistema y no pertenecen ni a la Nación ni a las entidades que los administran. Con tales aportes, las entidades públicas satisfacen un deber legal respecto de sus servidores y, por consiguiente, los recursos salen de su patrimonio e ingresan al sistema general de pensiones, refundiéndose con todos los demás recursos del mismo sistema, los cuales, si bien tienen naturaleza pública por provenir de una contribución parafiscal, no son propiedad de ninguna entidad,

primer argumento no favorable a lo alegado por COLPENSIONES en el recurso.

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

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

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

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

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

Sin embargo, con la llegada del sistema general de pensiones regulado por la L. 100/1993, y la forma como se diseñó la financiación del fondo común administrado por el Instituto de Seguros Sociales, la que se estructuró sobre la base de contribuciones bipartitas de empleadores y trabajadores, dejando por fuera al Estado, se han ido desfigurando las incompatibilidades de

percibir mesadas y salario, inclusive se ha posibilitado el disfrute de dos prestaciones, una de jubilación proveniente del Tesoro Nacional y la otra a cargo del Instituto, por ejemplo cuando se trate de servicios prestados por una misma persona a entidades públicas y privadas”.

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

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

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

De otro lado, advierte la Sala que tampoco existe incompatibilidad entre la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES y la pensión gracia reconocida por CAJANAL hoy LA UGPP a aquellos docentes y directivos que cumplieron los requisitos de tiempo de servicios y edad en **establecimiento educativos oficiales del orden territorial o nacionalizado** y que se hubieran vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980 según lo previsto en la Ley 114 de 1913, como quiera que dicha prestación, al igual que la pensión de jubilación, es financiada con recursos provenientes de la actividad que como docente oficial desarrollo el demandante en el orden territorial, los cuales difieren del financiamiento realizado para acceder a la pensión de

vejez, los cuales son fruto de las cotizaciones realizadas por las entidades educativas de naturaleza privada, donde la demandante presto sus servicios.

Al respecto, se hace importante traer a colación los pronunciamientos reiterados por el Consejo de Estado, que constituye un referente inequívoco, donde se determinó la compatibilidad de la pensión gracia con la de jubilación contemplada en la Ley 91 de 1989, pues la ley fue diáfana en que los demás requisitos para su reconocimiento debían acreditarse, es decir, la prestación efectiva en la docencia territorial o nacionalizada por espacio de al menos 20 años y 50 años de edad. (Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 27 de abril de 2016 Rad. 2114-2016, y de radicado Rad. No.: 25000-23-42-000-2013-06449-01(3989-15) del 2018).

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

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

Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Así las cosas, de las pruebas obrantes y analizadas en renglones anteriores, el señor OSCAR GUILLERMO CÁRDENAS SÁNCHEZ causó el derecho a la pensión de vejez a partir del **10 de enero de 2017**, en consideración que en dicha data cumplió con la edad mínima requerida, 62 años (fecha de nacimiento: 10 de enero de 1955), además desde el 30 de junio de 2016 (fecha de última cotización) reunía el requisito de las 1300 semanas y a partir del 24 de enero de 2017 solicitó la prestación ante COLPENSIONES.

Resuelto el problema jurídico favorable al demandante, al ser beneficiario de la pensión de vejez por cumplir con los requisitos previstos en el art. 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 por ser compatible con la mesada pensional de jubilación y gracia reconocida por el Magisterio y la UGPP, se tiene que, respecto **al disfrute de la misma**, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, prescribe que una vez reunidos los requisitos de la pensión por vejez, la entidad administradora reconocerá este derecho a solicitud de la parte interesada, **siendo indispensable** la desafiliación al régimen para el desembolso efectivo de las mesadas pensionales.

La anterior disposición normativa establece dos aspectos principales para el reconocimiento de la pensión de vejez y su posterior pago de la mesada pensional, según lo dispone la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado No. 44987 del 11 de mayo de 2016 M.P. Doctor Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señaló que la **causación del derecho** a la pensión de vejez opera una vez el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y tiempo de servicios o número de cotizaciones; y **el disfrute** hace referencia a la fecha real en la cual el beneficiario debe comenzar a devengar la mesada pensional y está **condicionada al retiro del sistema**.

De igual manera, en sentencia de **radicado No. 47236 del 6 de abril de 2016**, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, M.P. Doctora Clara Cecilia Dueñas indicó que, ante la regla general anteriormente señalada, pueden presentarse las siguientes excepciones:

- (i) Cuando **el afiliado** a pesar de haber solicitado en tiempo la prestación, **ha sido conminado a seguir cotizando** en virtud de la conducta renuente de la administradora de pensiones, caso en el cual, la Corte ha adoctrinado que **la pensión de vejez deberá reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos**; ésta posición ratifica las sentencias de radicado No. 34514 del 1º de septiembre de 2009, radicado No. 39391 del 22 de febrero de 2011, radicado No. 38558 del 6 de julio de 2011 y radicado No. 37798 del 15 de mayo de 2012.
- (ii) **También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema**, ante la cual, la prestación deberá ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema; posición igualmente que ratificó la sentencia de radicado No. 35605 del 20 de octubre de 2009 y SL4611 de 2015.

De lo anterior, emerge con claridad, que pueden existir situaciones especiales que ameriten una observación minuciosa por parte del operador judicial, que conlleve a inaplicar la regla general de la desvinculación del sistema como

requisito necesario para el inicio de la percepción de la mesada pensional, ante la concurrencia de varias peculiaridades como son, el haber tenido cumplidos los requisitos para acceder a la pensión, la no cotización al sistema pensional y la solicitud de reconocimiento y pago de la misma.

En este asunto, al Juez de primera instancia consideró que el demandante a pesar de haber causado la pensión de vejez LEGAL desde el 10 de enero de 2017, el disfrute de la misma se efectuaría desde la ejecutoria de la sentencia, ante la inexistencia del retiro efectivo del sistema de seguridad social en pensión, fundamentado en que, al momento de absolver el interrogatorio, el señor Cárdenas Sánchez manifestó que, se encontraba laborando en el cargo de COORDINADOR DEL COLEGIO SAN BARTOLOMÉ de la Ciudadela de Juan Atalaya en la ciudad de Cúcuta; interpretación que esta Sala considera equivocada, puesto que como se analizó en precedencia, dicha Institución Educativa es de carácter oficial y, las mesadas pensionales reconocidas por el MAGISTERIO-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE CÚCUTA y la UGPP, se fundamentaron en la prestación del servicio que el actor realizó en dicha institución con el cargo de docente nacionalizado, lo cual indica que, no es procedente exigir cotizaciones al sistema pensional de COLPENSIONES, sobre éste régimen especial, además, según la normatividad que rige a esa clase de empleados públicos, para lo pertinente, el art. 32 del Decreto Ley 22767 de 1979 y el art. 1º de la Ley 1821 de 2016, el docente del sector oficial que haya recibido la pensión de jubilación y posterior a ello, se encuentre ejerciendo un cargo directivo en este caso, el cargo de Coordinador, permite que a criterio propio, continúe laborando hasta los 70 años, hasta cuando la administración decida retirarlo de forma forzosa (Concepto 192881 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública). Aunado a ello, las últimas semanas de cotización reportadas a COLPENSIONES, fueron con el empleador Universidad Francisco de Paula Santander que a pesar de ser ésta de carácter oficial, la vinculación del actor se llevó a cabo bajo la modalidad de HORA-CÁTEDRA, formalidad que regula la condición de trabajador regido por las normas de derecho privado.

En esta medida, se equivoca el Juez A quo al exigir la desafiliación formal del sistema de seguridad social en pensión en COLPENSIONES, por el contrario, se evidencia, que desde el 10 de enero del año 2017, el señor OSCAR GUILLERMO CÁRDENAS SÁNCHEZ, ya contaba con los requisitos de edad y semanas exigidas en la Ley 797 de 2003 (causación), elevando la solicitud de reconocimiento pensional a COLPENSIONES desde el 24 de enero de 2017, fecha para la cual, su empleador Universidad Francisco de Paula Santander no reportó el retiro y tampoco el actor continuó prestando los servicios desde el mes de junio de 2016, razón por la cual, la negligencia de la institución educativa no puede ser trasladada al trabajador dependiente, que habiendo cumplido a cabalidad con las semanas de cotización, la edad exigidas en la Ley 797 de 2003 y además, de haber manifestado su deseo de

pensionarse, pierda el derecho que le asiste al reconocimiento efectivo del retroactivo pensional.

De manera tal, en este asunto se constituye en una excepción a la regla general, en cuanto a la información de la desafiliación al sistema, puesto que ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas deben ser interpretadas evitando perjuicios del afiliado; ya que la institución educativa con la cual se encontraba trabajando en calidad de empleado privado, omitió el retiro efectivo del sistema pensional aun teniendo en cuenta que no se encontraba prestando los servicios, se hace evidente que el actor dejó de cotizar al sistema integral de seguridad social, y el último mes de pago reportado fue en junio de 2016, en consecuencia, **la desafiliación se efectuó desde ésta fecha**; por lo anterior, el demandante CÁRDENAS SÁNCHEZ tiene derecho al retroactivo pensional solicitado desde el 10 de enero de 2017, siendo necesario MODIFICAR el ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, en lo que respecta a la fecha del disfrute de la mesada pensional, aclarando que en este caso, no opera el fenómeno de la prescripción sobre las mesadas pensionales, teniendo en cuenta que la misma fue interrumpida el 24 de enero de 2017 cuando fue solicitada, y la demanda fue interpuesta el 17 de octubre de 2019 (fl.142 del expediente).

Además, se procederá a **COMPLEMENTAR la misma sentencia de primera instancia**, en el sentido de establecer el monto del retroactivo pensional, según lo previsto en el art. 283 del CGP, que corresponde a la suma de \$54'512.936,90 desde el 10 de enero de 2017 hasta la fecha de esta sentencia 30 de enero de 2022, con mesada pensional de 1SMMLV, y 13 mesadas pensionales anuales según lo previsto en el parágrafo 6º del inciso 8º del Acto Legislativo 01 de 2005.

DESDE		HASTA		MESADAS
Año	Mes	Año	Mes	
2017	01	2022	01	\$516.401,90
2017	02	2022	01	\$737.717,00
2017	03	2022	01	\$737.717,00
2017	04	2022	01	\$737.717,00
2017	05	2022	01	\$737.717,00
2017	06	2022	01	\$737.717,00
2017	07	2022	01	\$737.717,00
2017	08	2022	01	\$737.717,00
2017	09	2022	01	\$737.717,00
2017	10	2022	01	\$737.717,00
2017	11	2022	01	\$737.717,00
2017	12	2022	01	\$737.717,00

2017	M14	2022	01	\$737.717,00
2018	01	2022	01	781242
2018	02	2022	01	\$781.242,00
2018	03	2022	01	\$781.242,00
2018	04	2022	01	\$781.242,00
2018	05	2022	01	\$781.242,00
2018	06	2022	01	\$781.242,00
2018	07	2022	01	\$781.242,00
2018	08	2022	01	\$781.242,00
2018	09	2022	01	\$781.242,00
2018	10	2022	01	\$781.242,00
2018	11	2022	01	\$781.242,00
2018	12	2022	01	\$781.242,00
2018	M14	2022	01	\$781.242,00
2019	01	2022	01	828116
2019	02	2022	01	\$828.116,00
2019	03	2022	01	\$828.116,00
2019	04	2022	01	\$828.116,00
2019	05	2022	01	\$828.116,00
2019	06	2022	01	\$828.116,00
2019	07	2022	01	\$828.116,00
2019	08	2022	01	\$828.116,00
2019	09	2022	01	\$828.116,00
2019	10	2022	01	\$828.116,00
2019	11	2022	01	\$828.116,00
2019	12	2022	01	\$828.116,00
2019	M14	2022	01	\$828.116,00
2020	01	2022	01	\$877.803,00
2020	02	2022	01	\$877.803,00
2020	03	2022	01	\$877.803,00
2020	04	2022	01	\$877.803,00
2020	05	2022	01	\$877.803,00
2020	06	2022	01	\$877.803,00
2020	07	2022	01	\$877.803,00
2020	08	2022	01	\$877.803,00
2020	09	2022	01	\$877.803,00
2020	10	2022	01	\$877.803,00
2020	11	2022	01	\$877.803,00
2020	12	2022	01	\$877.803,00
2020	M14	2022	01	\$877.803,00
2021	01	2022	01	\$908.526,00
2021	02	2022	01	\$908.526,00
2021	03	2022	01	\$908.526,00
2021	04	2022	01	\$908.526,00
2021	05	2022	01	\$908.526,00
2021	06	2022	01	\$908.526,00
2021	07	2022	01	\$908.526,00
2021	08	2022	01	\$908.526,00
2021	09	2022	01	\$908.526,00
2021	10	2022	01	\$908.526,00
2021	11	2022	01	\$908.526,00
2021	12	2022	01	\$908.526,00
2021	M14	2022	01	\$908.526,00
2022	01	2022	01	\$1.000.000,00
				Total Mesadas
				\$54.512.936,90

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

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

En efecto, cuando el afiliado reúne los requisitos exigidos por la Ley para pensionarse por vejez, se dice que ha causado el derecho, oportunidad que faculta al trabajador para solicitar el reconocimiento de la prestación ante la entidad administradora, quien goza de un **tiempo de gracia para** realizar el estudio pertinente de **cuatro meses** para dar respuesta de fondo a las solicitudes en materia pensional, contados a partir de la presentación de la petición, conforme lo dispone el art. 9º de la Ley 797 de 2003.

De igual forma, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Radicado No.55758 del 27 de agosto de 2014 M.P Carlos Ernesto Molina señaló lo siguiente:

“Ahora bien, la ley otorga un período de gracia a las administradoras de pensiones, de cuatro (4) meses, tratándose del reconocimiento y pago de la prestación económica de invalidez o vejez, y de dos (2) meses, tratándose de pensiones de sobrevivientes, lapso que corresponde a una prerrogativa de orden legal para que las administradoras de fondos de pensiones públicas y privadas realicen los estudios, las gestiones administrativas y logísticas atinentes al reconocimiento y pago de pensiones.

Así, mientras no se cumpla el citado plazo, la administradora del fondo de pensiones a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de la prestación, no incurre en «mora» ni, por lo mismo, en la posibilidad de que se aplique la aludida sanción del art. 141 de la L. 100/1993, que comienza a contabilizarse a partir del vencimiento de tal período que es, en últimas, a partir de cuándo se hace exigible el pago y hasta cuando este efectivamente se realice.

(...)

Sobre este particular, la Sala, en sentencia CSJ SL, 30 oct. 2012, Rad. 44662, manifestó:

“Al respecto se advierte que la fecha en que se hacen exigibles los citados intereses de mora no es otra que la del retardo o retraso en el pago de ese beneficio pensional, por lo que se debe precisar que sólo es dable hablar de retardo cuando los beneficiarios que se consideran con derecho a una pensión de sobrevivientes han elevado la respectiva solicitud de reconocimiento, que es cuando la entidad de seguridad social ha debido iniciar el trámite para su reconocimiento y su pago y, además de ello, se ha cumplido el término establecido en la ley para el reconocimiento de la prestación; mas no desde la fecha de la causación del derecho, porque su otorgamiento no es de oficio sino a petición de parte y porque si la ley ha conferido un plazo, no puede considerarse que incurre en un retardo la entidad que se atiene a esa concesión.

El plazo concedido a las administradoras para el reconocimiento de la pensión de invalidez, es de 4 meses conforme al artículo 19 del Decreto 656 de 1994 aplicable para estos casos según lo precisó la Corporación en sentencia de 1° de febrero de 2011, rad. N° 44900.”

Entonces, el demandante solicitó la pensión de vejez el 24 de enero de 2017, cuando ya tenía colmados los requisitos verificados en precedencia. Por lo cual, los cuatro (4) meses que tenía la entidad para iniciar el pago de la pensión según lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, vencieron el 24 de mayo de 2017, sin que se encuentre ninguna justificación por parte de Colpensiones para dicho retardo; de manera tal que, SE MODIFICARÁ el ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, en el sentido de CONDENAR A COLPENSIONES, a reconocer y pagar los intereses moratorios desde el 25 de mayo de 2017 hasta el pago efectivo de la mesada pensional; se aclara que, el estudio de esta condena es procedente así no se hubiese alegado en el recurso de alzada del apoderado judicial del demandante, puesto que es consecuencia directa de la modificación de la condena principal, esto es, al corregir la fecha del disfrute real de la pensión de vejez indicada en el ordinal primero de la misma providencia, todo ello, con fundamento en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001 y, siguiendo la orientación adoctrinada por la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencias de radicado SL4981-2017, SL5159-2018 y SL2010 del 2019 y la Corte Constitucional en la sentencia C-968 de 2003.

Así las cosas, esta Sala considera correctos los lineamientos tanto normativos como jurisprudenciales la posición adoptada por el Juez *A quo* en lo referente a la normatividad aplicada por el mismo para el reconocimiento de la pensión de vejez al determinar la compatibilidad con las pensiones gracia y de jubilación de carácter oficial, y en cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 13 de la Ley 797 de 2003, pero no así, en cuando a la fecha del disfrute real de la prestación con la consecuente pago del retroactivo pensional y la fecha del pago de los intereses moratorios del art. 141 de la ley 100 de 1993, siendo necesario en esta instancia, MODIFICAR los ORDINALES PRIMERO Y SEGUNDO de la sentencia

apelada y consultada proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 16 de abril de 2021, determinándose en consecuencia, que COLPENSIONES deberá reconocer y pagar el retroactivo pensional a favor de OSCAR GUILLERMO CÁRDENAS SÁNCHEZ a partir del 10 de enero de 2017 hasta la fecha de esta sentencia el 30 de enero de 2022, las mesadas ordinarias no pagadas en la suma \$54'512.936,90, correspondientes a 13 mesadas anuales, sobre 1SMMLV, y, al pago de los intereses por mora consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 25 de mayo de 2017 hasta que se haga efectivo el pago de la pensión; y se **CONFIRMARÁ** en todo lo demás, como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

De la misma manera, conforme lo señalado por el numeral 1º del art. 365 del C.G. del P. aplicable por remisión normativa del art. 145 del C.P del T. y de la S.S., es que se condenará en costas de segunda instancia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" por no haberle prosperado el recurso de alzada y se fijaran **como agencias en derecho de segunda instancia la suma de (\$600.000)** a cargo de esta y a favor de la demandante, costas que deberán ser liquidadas conforme lo dispone el art. 366 ibídem.

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 16 de abril de 2021, en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo pensional a favor de OSCAR GUILLERMO CÁRDENAS SÁNCHEZ a partir del 10 de enero de 2017 hasta la fecha de esta sentencia (31 de enero de 2022), las mesadas ordinarias no pagadas en la suma de \$54'512.936,90, correspondientes a 13 mesadas anuales de conformidad con el Acro Legislativo 01 de 2005, mesada prevista sobre 1SMMLV, según lo analizado.

SEGUNDO: MODIFICAR el ORDINAL SEGUNDO de la misma sentencia, en el sentido de, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses por mora consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 25 de mayo de 2017 hasta que se haga efectivo el pago de la pensión, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación, a saber, la demandada COLPENSIONES, por no haberle prosperado el recurso de alzada, y fijar como agencias en derecho de segunda instancia, el valor equivalente a (\$600.000 m/cte.) a cargo de COLPENSIONES y en favor del demandante CÁRDENAS SÁNCHEZ, conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-2020-00074-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19371
JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: JAIME GUERRERO CAICEDO
DEMANDADO: COLPENSIONES
TEMA: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE VEJEZ
ASUNTO: APELACIÓN

DR. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

San José de Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver el recurso de alzada interpuestos por el actor contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral, con radicado interno No. 54-001-31-05-004-2020-00074-00 y Partida del Tribunal No. 19371 promovido por el señor JAIME GUERREO CAICEDO a través de apoderado judicial, contra COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES.

El demandante a través de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES para que se condene al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez correspondiente a las 787,72 semanas de cotización, al pago de los intereses moratorios, indexación, uso de las facultades extra y ultra petita y las costas procesales.

II. HECHOS:

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Que nació el 27 de mayo de 1957 cumpliendo los 62 años el mismo día y mes del año 2019; que realizó cotizaciones a pensión en COLPENSIONES para un total de 782.72 semanas (sic); que solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez ante COLPENSIONES; que el 28 de enero de 2013 mediante apoderado judicial solicitó ante el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA la pensión vitalicia de jubilación por reunir los requisitos. Que FONPRECON reconoció la prestación

mediante Resolución del 11 de enero de 2014; que COLPENSIONES negó la indemnización argumentando que no se encontraba activo en la administradora de pensiones.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó la demanda, admitió los hechos y se opuso a todas las pretensiones, manifestando que el señor JAVIER GUERRERO CAICEDO percibe una pensión de jubilación reconocida por el FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA (FONPRECON) mediante Resolución No. 0132 de 11 de marzo de 2014 que reconoce pensión vitalicia de jubilación, siendo esta incompatible con lo pretendido según lo señala el art. 128 de la CP y el art. 19 de la Ley 4ª de 1992, pues nadie puede recibir doble asignación del Tesoro Público. Que los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 no son procedentes. Propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, la buena fe, la prescripción y la innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del **31 de mayo de 2021**, negó las pretensiones del demandante, determinó decisión incita sobre las excepciones de mérito y condenó en costas al actor.

El Juez A quo al revisar las pruebas documentales aportadas al plenario en especial la resolución 0132 del 11 de marzo de 2014 señaló que, las cotizaciones aportadas a COLPENSIONES fueron tenidas en cuenta al capital y por eso ordena el bono pensional, cobrado por el Fondo de Previsión del Congreso Nacional para financiar el pago de la pensión de jubilación que percibe el demandante. Aclaró que de las cotizaciones aportadas al RPMPD, se debían excluir los tiempos trabajados en el SENA y los tiempos prestados para la Gobernación de Norte de Santander, entonces, quedaría para una eventual pago de la indemnización sustitutiva, los periodos del 1º de febrero de 2006-31 de marzo de 2007 y los tiempos cotizados en forma independiente por el demandante del 01 de noviembre del 2011 hasta el 31 de mayo del 2013 en forma interrumpida, no obstante, consideró el Juez A quo, que en este caso, la condena no es procedente ya que siendo parte del Fondo del Congreso del Sistema Nacional de Pensiones, se genera **INCOMPATIBILIDAD** prevista en el Decreto 1730 de 2001 art. 6º que reglamenta las indemnizaciones sustitutivas de vejez, en este caso, son incompatibles con las pensiones de vejez e invalidez.

V. ARGUMENTOS DE LOS RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del demandante, interpuso parcialmente recurso de apelación contra la sentencia anterior, alegando que, en la Resolución 0132 del 11 de marzo de 2014 no se tuvo en cuenta los tiempos que el demandante cotizó a Colpensiones con el empleador **SENA**, con la empresa privada **PLANTULAS LTDA** y aquellas efectuadas por el demandante como **trabajador independiente**; que no existe prueba sumaria que el SENA haya pagado lo correspondiente a ese bono o que haya expedido el bono o el capital de dichos aportes o cotizaciones realizados por el demandante.

Que las cotizaciones efectuadas en este caso a Colpensiones fueron aportadas al SGSS en pensiones, y **no existe la figura de la incompatibilidad pensional**.

Asegura que ni FONPRECON ni COLPENSIONES notificó al demandante la expedición del bono, que haya recibido o haya pagado un bono, o haya entregado ese capital, por lo que, considera que no es posible asumir un reconocimiento sin que exista una prueba sumaria o una prueba que demuestre que realmente se tuvo en cuenta ese tiempo del SENA para poder pagarle la pensión al demandante.

Que en la resolución 0132 de 2014 no se hace referencia al tiempo prestado por el actor en el SENA, ni existe liquidación alguna, *siendo favorable para el trabajador conocer si efectivamente ese bono fue cobrado o no fue cobrado, y de esta manera tener la opción en el futuro de poder solicitar una reliquidación de su pensión con los tiempos que han sido tenidos en cuenta por parte del Fondo de Previsión del Congreso, aquellos que incluso fueron aportados por el Departamento y que de pronto no hayan sido tenidos en cuenta por parte del Fondo de Previsión del Congreso.*

Insiste en que, los aportes realizados a través de una empresa privada y como trabajador independiente, merecen el reconocimiento porque son aportes realizados por el trabajador y que no fueron afectados, por un bono o por un tiempo de servicio público y que por lo tanto le asiste el legítimo derecho que le sea pagada su indemnización, o pagados su devolución de dichos aportes, en razón a que ese tiempo es de orden privado.

Solicitó el apoderado judicial del demandante, que esta Sala tenga en cuenta si efectivamente FONPRECON cobró ese bono o recibió el dinero por ese capital para que haga llegar prueba sumaria de dicho aporte, *de lo contrario, se presume que estaría en el limbo, en el aire, esos aportes o ese tiempo del SENA y que realmente fueron aportados por el trabajador.* Y, segundo, que se tenga en cuenta que el trabajador también estuvo vinculado después del año 2001 cuando no había cumplido los requisitos para la pensión de vejez, y cuando recibió la pensión de jubilación, la última cotización la hizo como servidor Público y después como trabajador independiente y con una empresa privada, teniendo en cuenta que hay unas cotizaciones que vienen como servidor público y otras como trabajador independiente, y que Colpensiones recibe aportes privados más no los aportes públicos, por lo que, es procedente condenar a

COLPENSIONES al pago y reconocimiento de la indemnización, además, solicitó que se aclare la situación frente al bono pensional en relación con los aportes al SENA entre los años 1983 a 1994.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

COLPENSIONES alega que no es procedente acceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en razón de su incompatibilidad legal con la pensión de jubilación otorgada por FONPRECON; así mismo tampoco es viable acceder a la devolución de valores por concepto de cotizaciones efectuadas con destino a pensión. Según la Ley 100 de 1993, todos los aportes efectuados por los afiliados sirven de sustento para mantener el sistema y financiar las pensiones, todo dentro un fondo prestacional común como es la pensión de jubilación.

Que no es procedente solicitar el pago de estos intereses, considerando que no se genera para Colpensiones obligación pensional respecto del demandante ya que este se encuentra devengando una pensión de jubilación pagada por el régimen de prima media a cargo de FONPRECON. Igualmente, no es procedente la indexación solicitada.

Concluido el termino para los alegatos de segunda instancia, se procede a resolver el asunto, conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente para resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante conforme a lo consagrado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que modificó el 66 A del Código Procesal del Trabajo.

Previo a establecer el objeto de la litis, se hace importante responder a la solicitud del apoderado judicial del demandante en el recurso de alzada, respecto a la facultad oficiosa de decretar prueba que acredite si efectivamente FONPRECON cobró o recibió un bono y/o el dinero por los aportes cotizados por el demandante en COLPENSIONES con el empleador SENA desde el 08 de febrero de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1994.

Al respecto, esta Sala de decisión considera que, a pesar de existir una disposición normativa que permite al Tribunal decretar pruebas en segunda instancia (art. 83 CPT y SS), en este caso lo pedido no se ajusta a lo reglamentado, en primer lugar, porque la pretensión principal del actor es el reconocimiento de la indemnización sustitutiva e vejez, prestación social que tiene su propia reglamentación y que corresponde al RPMPD en este caso COLPENSIONES; en segundo lugar, según los argumentos

expuestos por el actor, la petición tiene como fundamento lograr una futura reliquidación de la pensión de jubilación que percibe en FONPRECON, debate que no es objeto de este asunto y que la jurisdicción ordinaria laboral no es competente para resolver.

De otro lado, si el actor considera que el Juez A quo se equivocó ante la valoración de las pruebas documentales aportadas y válidamente incorporadas al expediente, se procederá a determinar el objeto del litigio para verificar el presunto error.

Conforme a lo anterior, **el problema jurídico** se reduce en resolver:

Determinar si el Juez A quo se equivocó cuando absolvió a COLPENSIONES del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez ante la presunta configuración de una INCOMPATIBILIDAD con la pensión de jubilación percibida por el demandante por parte del FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA (FONPRECON).

HECHOS ACREDITADOS. Descendiendo al caso en mención y conforme a las pruebas documentales allegadas al proceso, se tienen acreditados los siguientes hechos:

1. Que el señor Jorge Mora Contreras nació el 27 de mayo de 1957, según la cédula de ciudadanía vista a folio 11 del cuaderno de primera instancia.
2. Que el FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA (FONPRECON), mediante **resolución No. 0132 del 11 de mayo de 2014** reconoció al actor la pensión vitalicia de jubilación por cumplir los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985 a partir del **27 de mayo de 2012**, por acreditar 22 años, 9 meses y 22 días de servicio público y privado, de los cuales, 20 años y 6 meses corresponden al sector público exclusivamente.

Para lo pertinente, la resolución anterior dispuso:

“Que, con la finalidad de financiar la pensión, la Subdirección Administrativa y Financiera de esta Entidad, deberá cobrar a COLPENSIONES los aportes solicitados mediante oficio No.20144000015941 del 4 de marzo de 2014 del señor JAVIER GUERRERO CAICEDO por el periodo del 1 de abril al 31 de diciembre de 1994, en razón a la simultaneidad de cotizaciones presentada por haber laborado en el SENA del 8 de febrero de 1983 al 31 de diciembre de 1994 efectuando aportes al Seguro Social y a la GOBERNACIÓN DE NORTE DE SANTANDER del 3 de junio de 1980 al 26 de febrero de 1989 y del 1 de febrero de 1992 al 30 de diciembre de 1995 realizando las cotizaciones a la Caja Departamental de Previsión de Norte de Santander de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3995 de 1998 (Folio 189 y 190).

Que así mismo, la Subdirección Administrativa y Financiera de esta Entidad, con fundamento en lo dispuesto en el art. 2 del Decreto 2527 de 2000, deberá cobrar los aportes solicitados a Colpensiones mediante oficio No. 20144000015941 del 4 de marzo de 2014 por el medio comprendido entre el 1 de enero de 1996 hasta el 31 de marzo de 2013 que no es financiado mediante bono pensional (Folio 189 y 190).

Que adicionalmente, la Subdirección Administrativa y Financiera de esta Entidad, deberá cobrar a la Gobernación de Norte de Santander mediante cálculo de una reserva actuarial, conforme a lo ordenado en los incisos 6 y 8 del art. 17 del Decreto 3798 de 2003, el periodo laborado en la Gobernación de Norte de Santander del 1 de julio de 1995 hasta el 31 de diciembre de 1995, que tampoco es financiado a través de bono pensional...”.

Se hace preciso indicar que, el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA FONPRECON fue creado por la Ley 33 de 1985, es un establecimiento público, de orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, encargado del reconocimiento y pago de las pensiones de vejez y jubilación, de invalidez y de sobrevivientes de los congresistas, de los empleados del Congreso y del Fondo.

El reconocimiento y pago de las pensiones realizadas por FONPRECON, tiene distintas fuentes de financiación: bonos pensionales, cuotas partes y aportes pensionales; respecto a los **bonos pensionales tipo C1 y C2** son aportes destinados al pago de las pensiones reconocidas por FONPRECON, pueden tener varios contribuyentes según su proporción en la historia laboral, su valor es calculado a una fecha de corte posterior a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y devengan una tasa real de rendimiento de 4% + el IPC, estos fueron creados mediante el decreto 816 de 2002.

Los bonos C son los que se emiten a favor del Fondo de Previsión Social del Congreso y entre estos existen dos modalidades C1, se emitirá para aquellos servidores públicos afiliados al Fondo de Previsión Social del Congreso que no tengan la calidad de congresistas, que se hubieran trasladado o afiliado al Fondo después del 31 de marzo de 1994, y los bonos C2 se emitirán para los servidores públicos, que se hubieren trasladado o afiliado al Fondo con posterioridad al 31 de marzo de 1994, que tengan o hubieren tenido la calidad de Congresistas y reúnan los requisitos establecidos en las disposiciones vigentes para pensionarse en tal calidad.

Se hace importante recalcar, que los bonos tipo C se emiten y se redimen simultáneamente dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que FONPRECON comunica el reconocimiento de la pensión, acorde con lo dispuesto en el art. 4º del Decreto 816 de 2002, so pena de incurrir en intereses.

Conforme a lo anterior, en este asunto la resolución de reconocimiento pensional señala, que el actor se afilió a FONPRECON el 22 de marzo de 2000 y acreditó cotizaciones hasta el 7 de noviembre de 2001 en el cargo de asistente V de la Cámara de Representantes, cumpliendo los 20 años de servicio requeridos en la Ley 33 de 1985, cuando se encontraba activo en dicho fondo, que el 28 de enero de 2013 el afiliado presentó petición de reconocimiento de la pensión de jubilación y el 27 de mayo de 2013 le solicitaron el retiro de COLPENSIONES, aportando en debida forma el 11 de diciembre de 2013, la CONDICIÓN DE INACTIVO de la administradora de pensiones, esto es, que tal como se visualiza en la historia laboral, desde el mes de mayo de 2013 no registraba pagos en la calidad de afiliado independiente.

Igualmente señala la resolución, que la MESADA PENSIONAL DE JUBILACIÓN se financiará con los aportes registrados en COLPENSIONES en los siguientes periodos:

Del 1º de abril de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1994, porque para esas fechas, se presentó simultaneidad de aportes por haber laborado en el SENA del 8 de febrero de 1983 al 31 de diciembre de 1994, al igual que los aportes reportados con la GOBERNACIÓN NORTE DE SANTANDER desde el 3 de junio de 1980 hasta el 26 de febrero de 1989 y del 1º de febrero de 1992 hasta el 30 de diciembre de 1995 de conformidad con lo previsto en el Decreto 3995 de 2008.

El Decreto Reglamentario 3995 de 2008, fue creado para solucionar los conflictos de múltiple vinculación o de cotizar en los dos regímenes pensionales, es decir, el demandante registraba afiliación durante el periodo aportado por el SENA en FONPRECON y COLPENSIONES al mismo tiempo, configurándose la multi-vinculación, cuya la solución definitiva, fue el traslado al Fondo de Prevención del Congreso, a quien evidentemente le correspondió el reconocimiento de la pensión de jubilación, luego entonces, durante los periodos objeto de impugnación por parte del actor, esto es, los del SENA, no es procedente solicitar bono pensional o cuota parte según los argumentos expresados, porque dichos aportes deberán ser devueltos por COLPENSIONES junto con la historia laboral según lo dispone el Decreto.

Esto es, la devolución de los aportes de COLPENSIONES hacia FONPRECON se debía efectuar por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, y la determinación de las sumas a trasladar, deben ser acordadas por las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quienes quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos, según lo previsto en el Artículo 7º del mismo decreto.

Aunado a ello, al dar aplicación al art. 2º del Decreto 2720 de 2000, FONPRECON dispuso en la resolución No.0132 del 2014, que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS hoy COLPENSIONES, serían UTILIZADOS para financiar la pensión de jubilación, durante el lapso del 1º de enero de 1996 hasta el 31 de marzo de 2013, que comprende: las cotizaciones reportadas en la historia laboral

del demandante Jaime Guerrero Caicedo, actualizada al 19 de mayo de 2019 con los siguientes afiliaciones:

1. En calidad de trabajador dependiente, con la Gobernación de Norte de Santander y con la empresa PANTUFLAS LTDA.
2. Y en calidad de trabajador independiente hasta marzo de 2013.

En estas condiciones, respecto a la pretensión principal de la demanda, se trae a colación lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 1730 de 2001, que dispone, que salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994 (este último declarado inexecutable mediante Sentencia C 452 de 2002), las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez y que las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva, no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.

A su vez, se itera, el artículo 2º del Decreto 2527 de 2000, consagró que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, **todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al I.S.S., serán utilizados para financiar la pensión.**

Frente a este tema, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-674 del 28 de junio de 2001, mediante la cual declaró executable el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, explicó que la seguridad social, tiene como principios la integralidad y unidad, los cuales hacen razonable evitar que una misma persona se beneficie de dos prestaciones que cumplan idéntica función y que permitirlo no sólo podría llegar a ser inequitativo, sino que implicaría una gestión ineficiente de recursos que son limitados.

Por su parte, Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL 3342 de 2020, reiterando lo dicho en las sentencias SL 3153-2014, SL9282-2014. SL 17433-2014, SL 17447-2014, SL 12155-2015, SL 18072-2016, SL1764-2018 entre otras, indicó los derroteros para definir **la compatibilidad o incompatibilidad de dos pensiones son los siguientes:** (i) el origen de la contingencia o riesgo que amparan – criterio principal-, ello siempre que no exista una normativa especial que prohíba la compatibilidad; (ii) la existencia de una reglamentación propia, y (iii) la autonomía de la fuente de su financiación.

Aunado a ello, la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencias SL 5228 de 2018, SL 1712 y SL536 del 2018 indicaron que la regla general del Sistema General de Pensiones es la **incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia**, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que lo gobiernan, los cuales impiden que un mismo afiliado perciba dos prestaciones que cubran el mismo riesgo; además precisó que en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y

cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.

En este caso, al haber nacido el 27 de mayo de 1957 (fol. 11), el actor había cumplido la edad necesaria para obtener la pensión de jubilación oficial – 55 años – y, tal como ocurrió, el demandante JAIME GUERRERO CAICEDO cumplió con los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985 y le fue reconocida por parte del FONDO DE PREVISION SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA (FONPRECON), la pensión de jubilación oficial, **mesada pensional que deberá ser financiada con todos los aportes, ya sean, tiempos de servicios públicos y/o el cotizado en el sector privado**, razón por la cual, la entidad encargada del reconocimiento de la pensión, realizó el cobro correspondiente tanto a COLPENSIONES (por el tiempo cotizado en el SENA, PANTUFLAS LTDA y con afiliación independiente) como al DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER (una parte, realizando la respectiva compensación por el tiempo simultaneo cuando aparecía multi afiliado y otra parte, mediante el cálculo de una reserva actuarial).

En consecuencia, el problema jurídico se resuelve en forma desfavorable al demandante recurrente, por lo que, la Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas en esta providencia, en el sentido, de no ser procedente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez consagrada en el régimen de prima media, al ser incompatible con la pensión de jubilación reconocida por FONPRECON, al tratarse de dos prestaciones que cubren las mismas contingencias (vejez), tienen la misma naturaleza y tienen la misma fuente de financiación, esto es, los aportes cotizados en COLPENSIONES deberán ser devueltos a la entidad que reconoce y paga actualmente la mesada pensional de jubilación.

Se condenará en costas de segunda instancia al demandante al no prosperar el recurso de alzada, fijando agencias en derecho en la suma de \$400.000 a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo dispuesto en el ACUERDO No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 31 de mayo de 2021, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia al demandante JAIME GUERRERO CAICEDO por no haberle prosperado el recurso de alzada y fijar como agencias en derecho en esta instancia la suma de **\$400.000** a cargo del actor y a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en el ACUERDO No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 5 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-004-2020-00150-00, promovido por **Misael Sánchez Balaguera** y **Zoraida Luna Sandoval** contra **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (Expediente digital): Deprecan los actores se condene a la administradora de pensiones demandada a reconocerles y pagarles la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de su hija Edi Johanna Sánchez Luna, a partir del 22 de agosto de 2018; intereses de mora desde el 25 de marzo de 2019 y hasta la data del pago efectivo de la obligación, o en subsidio la indexación de las condenas, más las costas del proceso.

Señalaron: **1) Que** contrajeron matrimonio por el rito católico el 11 de octubre de 1986, unión de la cual fue procreada quien en vida se llamó Edi Johanna Sánchez Luna, fallecida el 22 de agosto de 2018 producto de una enfermedad catastrófica. **2) Que** ésta se hallaba afiliada a Protección S.A. en el subsistema de pensiones en donde cotizó desde

diciembre de 2008, data desde la cual los empezó a apoyar económicamente proyectándoles los elementos básicos para su subsistencia, dado que si bien sido agricultor artesanal de café en Gramalote, Norte de Santander, desde el mencionado año, sus cultivos fueron afectados por una plaga y luego por el fenómeno de la niña experimentado en 2010 y 2011. Calamidad por la que aseguran, fueron acogidos en el programa de reactivación económica del fondo de adaptación del gobierno nacional. **3) Que** como a principios de marzo de 2017, su descendiente fue diagnosticada con tumor maligno de ovarios, su madre Zoraida Luna Sandoval se trasladó a vivir con ella en Cúcuta para suministrarle los cuidados personales, siendo cubiertos los gastos del núcleo familiar a partir del pago de incapacidades y ahorros de la afiliada. **4) Que** ésta anteriormente, había tomado póliza de seguros para el riesgo de enfermedades graves con la sociedad Seguros de Vida S.A., quien, con ocasión de su patología, le reconoció \$20.869.737, suma que utilizó para adquirir bien inmueble a través de contrato de compraventa, además de otros ahorros y ayudas de su progenitor. **5) Que** a la fecha de ocurrencia del deceso de la causante, aun no generaban las cosechas ni recursos suficientes para proveer sus necesidades, lo que demuestra que dependían económicamente de aquélla, pues sus aportes económicos eran fundamentales para el sostenimiento de la familia. **6) Que** el 25 de enero de 2019 solicitaron a la encartada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por su hija en tanto la afiliada no tenía cónyuge ni hijos, pero les fue negada el 28 de marzo de 2019. **7) Que** cumplen con los requisitos exigidos para la procedencia de la prestación económica deprecada, respecto a la dependencia económica; hecho que obvió la convocada a juicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: Protección S.A. se opuso a las peticiones arguyendo que en el presente caso o se acredita el requisito de la dependencia económica en tanto que los ingresos de la fallecida le impedían luego de cubrir los propios, costear los gastos de sus

progenitores, como erradamente se afirma en la demanda. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, improcedencia de la pensión de sobrevivientes, improcedencia de intereses moratorios, buena fe, prescripción, y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, el 5 de noviembre de 2021, condenó a Protección S.A. a pagar a los demandantes la pensión de sobrevivientes, en cuantía mínima y por trece mesadas, causada por la muerte de la afiliada Edi Johanna Sánchez Luna, a partir del 22 de agosto de 2018 junto con la respectiva indexación de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, hasta la data de ejecutoria de la sentencia, y, a partir del día siguiente, intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Despachó desfavorablemente las excepciones formuladas y gravó en costas a la demandada.

Consideró probada la dependencia económica relevante de los actores respecto a la afiliada fallecida. Llegó a esa conclusión teniendo en cuenta los testimonios recepcionados, que encontró ciertos y coincidentes en tanto que debido a los vínculos cercanos (nuera y cuñado) que ostentan con los demandantes pueden dar fe de la convivencia y dependencia aludida. Dijo que de tales dichos se pudo establecer que la afiliada era quien todos los meses hacía el mercado del hogar y periódicamente les suministraba entre \$100.000 y \$150.000 destinados a cubrir las necesidades básicas de sus padres, y, además, ayudaba en lo posible a su hermano menor estudiante. Refirió además que el que Misael Sánchez Balaguera tenga un lote grande donde cultiva como campesino no demuestra la suficiencia económica que se requiere para cubrir las necesidades indispensables del hogar, pues conforme aquel testimonio, esa actividad no genera ingresos superiores a los \$200.000 mensuales, por lo que concluyó que componente proveído por la fallecida era determinante.

RECURSO DE APELACIÓN: Protección S.A. impugnó las condenas pidiendo sean revocadas y se le absuelva. Dijo que el informe en que se basó la negativa de la prestación económica es un estudio serio y acucioso que no logra ser desvirtuado con las pruebas aportadas, pues a partir de allí se concluye que a la afiliada no le era posible efectuar el aporte económico que refieren los demandantes (\$680.000 mensuales).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: No han sido presentados.

3o. CONSIDERACIONES

Sea preciso señalar que no existe discusión en que i) los demandantes eran padres de la causante según consta en el registro civil de nacimiento expedido por la Registraduría del Estado Civil de Gramalote, Norte de Santander; ii) que su hija al momento del fallecimiento se encontraba afiliada al sistema general de seguridad social en pensiones a través de la Administradora Protección S.A.; y iii) que cotizó más de 50 semanas durante los últimos tres años a su deceso pues reunió un total de 154,08 semanas.

Expuesto ello y en consonancia con la apelación, los problemas jurídicos consisten en determinar si está probado o no, que los padres de la afiliada Edi Johanna Sánchez Luna dependían económicamente de ésta, a efectos de ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

La dependencia económica 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 la afiliada al sistema de pensiones Edi Johanna Sánchez Luna el 22 de agosto de 2018 (folio 13).

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 los demandantes eran autosuficientes en la satisfacción de los gastos necesarios para subsistir o si, por el contrario, estaban supeditados a los aportes económicos de la finada —*como estimó el a quo.*—

Para el efecto resulta necesario precisar que Protección S.A. mediante oficio del 28 de marzo de 2019 negó a los demandantes la pensión de sobrevivientes, con fundamento en que según sus investigaciones, pudo constatar que no existió dependencia económica respecto de su hija fallecida, pues sin su aporte pueden subsistir sin ser vulnerado su mínimo existencial.

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

La primera testigo en declarar fue Claudia Patricia Rivera Ospina, de 29 años, quien dijo ser vecina y nuera de los demandantes hace 13 años, por convivir con el hijo mayor de la pareja de nombre Wilmer Omar Sánchez Luna. Señaló que vive en una casa al lado de la finca de sus suegros en una casa de propiedad de éstos llamada “*Finca La Alcancía*” en Gramalote, Norte de Santander. Contó que su esposo trabajaba en minería pero renunció y ahora labora como obrero en lo que le salga, a veces ayuda al papá a sembrar café o echar abono, otras veces por fuera de la casa, por lo cual cobra \$22.000 al día. Preciso que Edi Johanna (QEPD) ayudaba mensualmente a sus padres con un mercado y al hermano le ayudaba con el estudio, uniforme y útiles escolares. Agregó que semanalmente, cuando tenía la posibilidad, la fallecida le colaboraba a su progenitor con el pago de obreros (\$100.000 semanal porque por obrero son \$20.000 más o menos), y que a su hijo, sobrino de aquella, le proporcionaba pañales y

leche estudiaba en el Sena y a la vez laboraba en un supermercado. Insistió en que la ayuda puntual y constante que la afiliada proporcionaba a sus padres era el mercado del mes completo, que aseguró, ella reclamaba porque se enviaba en bus que pasaba por la vía de Gramalote. Al respecto, aclaró que Edi Johanna hacía el mercado en Cúcuta y se encargaba de enviarlo y que cuando no podía, le pedía el favor al marido de la tía “*don Luis Manrique*”; paquete donde en ocasiones también metía dinero para pago de servicios públicos y demás. Indicó que cuando su cuñada falleció, su esposo se fue a trabajar a la mina para ayudar a los padres. Afirmó que el insuceso cambió la vida de los demandantes en tanto que la obitada siempre estaba pendiente de ellos y les ayudaba económicamente, por lo que desde entonces, ella y su esposo tratan de socorrerlos actualmente compartiendo el mercado y estando al pendiente, porque la eventual ganancia que dejan los cultivos de la finca son prácticamente para el pago de obreros porque las cosechas están muy malas. Dijo no conocer detalles sobre los préstamos tramitados por su suegro ante el Banco Agrario, pero que se destina para la producción de café. Acotó que Edi Johanna vivió en Gramalote con sus padres, luego se mudó a Cúcuta a trabajar en 2008 y empezó a vivir con la tía Aliria, después con una prima y una amiga, y finalmente en una casa que compró donde convivió con su madre, que la cuidó hasta su deceso; precisa que durante esos diez años siempre le colaboró a sus progenitores, pese a su enfermedad que ocasionó reducción de sus ingresos. Informó que la fallecida era soltera y no tuvo hijos.

El segundo testimonio es el de Luis Alfonso Manrique Tovar, de 71 años, ex taxista y actual desempleado, manifestó ser cuñado de Zoraida, quien es hermana de su cónyuge. Coincidió con la primera testigo al decir que la causante se fue a vivir a Cúcuta para ayudar a sus padres, desde 2008 más o menos, residió en su casa mientras trabajaba y con los ingresos le colaboraba a sus progenitores que se encontraban en una situación muy crítica por la cuestión del café. Al respecto adujo que el padre de aquella

tiene una hectárea de café y en esa época le cayó la roya y se le acabó el cultivo, y como ya no tenían con qué subsistir ella se desplazó a la ciudad a trabajar. Refirió que lograron sobrevivir cuando aconteció la enfermedad de Johanna, porque a ésta le reconocieron un seguro y junto con sus ahorros y los auxilios por incapacidad percibidos, logró comprar una casa. Afirmó que la hija fallecida de la pareja, cada mes les aportaba mercado y dinero que se metía en un sobre, más o menos \$100.000 o \$150.000, circunstancia que asegura conocer por ser el encargado de llevar dicha encomienda. Dijo ignorar si Misael ha hecho préstamos o demás para invertir en la finca. Agregó que Edi Johanna siempre le comentaba que debía ayudar a su familia porque estaban muy mal económicamente, lo que ganaba era para compartirlo con ellos hasta que se murió. También manifestó que aquella regalaba presentes el día de madres, en navidad daba ropa a sus ascendientes, ayuda a su hermano menor con los libros para el estudio. Adujo que Johanna no tuvo hijos, siempre fue soltera y murió conviviendo con su madre, quien se vino a vivir a Cúcuta para cuidarla.

También se recaudaron los interrogatorios de los demandantes. Zoraida Luna Sandoval, ama de casa y madre de la finada, indicó que su hija era auxiliar de enfermería y desde 2008 se fue a vivir a Cúcuta donde una tía, hermana suya, de nombre Aliria Luna. Aseguró que todos los meses cuando recibía su salario, su familiar siempre les ayudaba con mercado que mandaba con su cuñado hasta la finca en Gramalote, dinero (\$100.000, \$150.000 o \$200.000), más daba ropa en cumpleaños y navidad; razón por la cual asegura, calcularon que el aporte mensual ascendía a los \$600.000 que reportaron ante la AFP al momento de solicitar la pensión. Dijo ignorar el valor del salario percibido por su hija. Comentó que a raíz de la enfermedad, Johanna recibió un auxilio económico de veinte millones de pesos por parte de Seguros Bolívar, que junto con un crédito que hizo el padre, le sirvió para comprar una vivienda en Cúcuta, donde vivió hasta su fallecimiento en su compañía.

Aseguró que desde el fallecimiento de su hija su calidad de vida ha mermado porque no hay para tanta comida y vestido, aunque reciben \$400.000 de arriendo de la casa que ella compró. Adujo que la finca en la que viven produce como máximo ocho millones de pesos, de los que toca pagar gastos de producción y préstamos al banco, obteniendo de ganancia a lo sumo, dos millones en la vigencia. Agregó que solo ella percibe actualmente el ingreso solidario equivalente a \$160.000 mensuales.

Por su parte Misael Sánchez Balaguera, aseguró que desde que su hija se vino a vivir a Cúcuta les ayudó muchísimo porque enviaba mercado y dinero mensualmente, a veces \$100.000 o \$150.000, lo que ella pudiera, con lo cual pagaban recibo y compraban lo que necesitaban. Indicó que la finca donde vive con su esposa tiene tres hectáreas y allí se produce café (en una hectárea), caña y plátano, productos que vende y percibe \$200.000 más o menos en el mes -cuando le va bien, como para hacer el mercado-. Agregó que la cosecha de café en buena temporada le deja un aproximado de dos o tres millones de pesos al año porque si se hace diez millones debe pagar de allí trabajadores y demás gastos de producción. Dijo no percibir ayudas del estado ni de terceros, pero que sí ha solicitado préstamo en el Banco Agrario para impulsar la cosecha del café, que cada seis meses generan intereses, por ejemplo, de \$500.000 en caso de desembolso de doce millones en adelante. Afirmó que sus ingresos mensuales oscilan entre \$200.000 y \$300.000. Acotó que el fallecimiento de la afiliada lo afectó porque estaba acostumbrado a que ésta le llevara ropa y comida y eso ya no puede suceder. Refirió que sus otros dos hijos no le ayudan económicamente porque tienen su hogar aparte. Aclaró luego que el hijo menor es policía y mensualmente les da \$50.000 o \$100.000. Manifestó que, en caso de venta, cree que por la parcela le ofrecerían treinta millones de pesos, precisando que la adquirió por medio de herencia de su padre.

De otro lado, como pruebas documentales se tienen: registros civiles de matrimonio de los demandantes, nacimiento y defunción de la afiliada, historia laboral, historia clínica, certificados de incapacidades, certificaciones expedidas por el Comité de Cafeteros de Norte de Santander, respuesta derecho de petición por parte del Banco Agrario de Colombia, constancia de entrega de subsidio por póliza de seguro en favor de la obitada, contrato de compraventa de bien inmueble, certificado de pago de aportes y auxilio funerario por parte de la Cooperativa Multiactiva “COOHEM”, pago de seguro de vida, solicitud y negativa de pensión, certificado de la Cifin, y constancias de afiliaciones al Sisbén.

Analizado el elenco probatorio, debe decirse que la activa, como era su deber y especial interés satisfizo la carga procesal de acreditar su dependencia económica respecto a su hija Edi Johanna Sánchez Luna. Por consiguiente, resulta infundada la apelación.

En efecto, nótese en primera medida como las declaraciones de Claudia Patricia Rivera Ospina y Luis Alfonso Manrique Tovar, dan certeza de la dependencia económica de los demandantes respecto de su hija muerta, no solo por los comentarios que esta familiar les hacía, sino, por presenciar directamente las circunstancias que relataron, en su calidad de nuera y amigo cercano, respectivamente.

Mírese que, ambos fueron contestes y precisos en afirmar que Edi Johanna siempre vivió con sus padres en la finca ubicada en Gramalote, Norte de Santander, hasta cuando en el año 2008 se vio obligada a desplazarse hasta Cúcuta en búsqueda de empleo que le permitiera contribuir con la economía del hogar que para ese entonces catalogaron como “*crítica*” debido a las afectaciones de los cultivos por plagas e inundaciones. Y que, estando en esta ciudad se encargaba de enviarles mercado mensualmente que alcanzaba para los 30 días, dinero en efectivo, que, insistieron, no superaba el tope de \$200.000, mismo que

era destinado al pago de servicios públicos y gastos extras del hogar. Dieron cuenta, además, de la colaboración que la finada le prestaba a su hermano menor estudiante para uniforme y compra de libros, como también, en forma esporádica, suministraba ropa y detalles a sus progenitores en fechas de celebraciones (navidades, cumpleaños y día de madres).

Cabe señalar como, la deponente Claudia Patricia Rivera Ospina, quien indicó convivir en la misma finca de los reclamantes, pero en casas diferentes, señaló que los ingresos de su suegro, obtenidos con la venta de los productos cultivados en el lote cafetero de una hectárea, resultaban insuficientes para costear los gastos de la pareja, por lo que era su cuñada la que asumía por completo la alimentación de aquellos, en tanto que periódicamente -cada mes- les enviaba el mercado y dinero. Situación ratificada por el segundo testigo Luis Alfonso Manrique Tovar, quien aseguró que como trabajaba en un taxi, se encargaba de transportar hasta la finca, la encomienda contentiva de dichas ayudas.

Componentes de alimentación y dinero en efectivo que según el dicho de Claudia Patricia, dificultosamente tuvo que asumir su esposo (hijo mayor de los actores) luego del fallecimiento de su hermana, en tanto ello lo obligó a retomar las labores de minería que en todo caso asegura, no puede asumir sus propios gastos familiares y la alimentación de sus padres, cual se repite, subvencionaba la obitada. Este evento deja en evidencia la dependencia económica, no absoluta, si parcial de los incoantes frente a Edi Johanna Sánchez Luna.

Situación que contraría lo discutido en la alzada, ya que, también se consignó en la investigación administrativa efectuada por Protección S.A. a través de la empresa Valuative, que los entrevistados Yesid Alfonso Manrique Luna y Aliria Luna Sandoval, primo y tía de la causante, también resaltaron la contribución económica constante y relevante que aquella efectuaba en vida a sus padres, últimos que al discriminar los

gastos de su hija al momento de solicitar la prestación, plasmaron un total de \$680.000, que aunque no se acreditó plenamente, tampoco resulta desfasado si en cuenta se tiene que el contenido de la historia laboral revela cotizaciones en los últimos tres años entre \$900.000 y \$1.300.000, que la afiliada no tenía pareja ni hijos y hasta cuando recibió el seguro por enfermedad grave, vivía donde un familiar.

Importa señalar que el hecho de que el hijo mayor de la pareja luego de la muerte de su hermana, empezara a asumir en pequeñas proporciones los gastos de sus padres, no desdice la dependencia que encontró acreditada el a-quo respecto de la causante, por el contrario, lo que ello denota es que Misael Sánchez Balaguera (campesino agricultor) y Zoraida Luna Sandoval (ama de casa) no son autosuficientes financieramente, al punto que la venta de los productos cultivados y las ayudas económicas que previo al insuceso les otorgaba su hija, les alcanzaba para subvenir todas sus necesidades mínimas; de ahí que la calidad de vida de los accionantes sí se viera afectada con el deceso del asegurado.

Así, la circunstancia de que existan ingresos adicionales a las de la hija fallecida, no hace autosuficientes a los demandantes, sino que, a lo sumo, los convierte en coportantes del sostenimiento de su hogar, pues, es claro que los gastos correspondientes al componente de alimentación - relevante en cuanto a la congrua subsistencia- y el que, se precisa, a hoy no pueden subvencionar de manera independiente, eran cubiertos por la causante, lo cual lo hace un verdadero sustento económico.

En conclusión, acertó el a-quo en su decisión al señalar que en el sub-analíse se satisface la exigencia contemplada en el literal d) inciso único del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, ya que, como quedó visto, la dependencia económica fue cierta y no presunta, la participación fue regular y periódica, y las contribuciones de la *de cuius* fueron significativas respecto de los ingresos de los beneficiarios, por lo que es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deprecada.

Ahora, como el sentenciador de instancia no concretó la condena respecto al retroactivo pensional, se procederá adicionar en este aspecto la providencia fustigada. Adicionalmente, conforme al artículo 283 del C.G.P, aplicado por analogía según el 145 del CPTSS, se extenderá la condena en concreto hasta la fecha de esta providencia.

Las mesadas retroactivas causadas entre el 22 de agosto de 2018 y el 31 de enero de 2022, calculadas sobre el SMLMV, ascienden a **\$39.128.367¹** conforme a cálculo que se detalla.

De igual forma, se complementará la decisión para autorizar que del retroactivo se realicen los descuentos de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por disponerlos así los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, 26 del Decreto 806 de 1998 y 2° del Decreto 4248 de 2007, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia –*como la sentencia SL 7061-2016 de mayo 18 de 2016*.

En lo que respecta a la prescripción de la acción para el reclamo de las prestaciones, ha de decirse que no se configuró en los términos de los artículos 6° y 151 del CPTSS, 488 del CST y 94 del CGP. En efecto, el oficio que negó la pensión de sobrevivientes le fue notificada a la activa el 28 de marzo de 2019, no transcurriendo tres años desde entonces hasta la presentación de la demanda, que fue el 9 de julio de 2020. Además, como el auto admisorio de la demanda fue notificado a la pasiva dentro del año siguiente a su publicación por estados, es evidente que la prescripción fue interrumpida oportunamente.

De esta manera las cosas y sin lugar a mayores elucubraciones, se confirmará la decisión de primera instancia, por resultar infundados los

1

AÑO	PENSIÓN	MESADAS POR AÑO	PENSIÓN ANUAL
2018	\$ 781.242	5,3	\$ 4.140.582
2019	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508
2020	\$ 877.803	13	\$ 11.411.439
2021	\$ 908.526	13	\$ 11.810.838
2022	\$ 908.526	1	\$ 1.000.000
TOTAL			\$ 39.128.367

argumentos de la apelación, ya que, quedó demostrado que Misael Sánchez Balaguera y Zoraida Luna Sandoval se hallaban supeditados económicamente de manera parcial a su hijo Edi Johanna Sánchez Luna porque sus ingresos eran insuficientes para subvencionar su congrua subsistencia y los aportes de ella constantes y determinantes para su sustento material.

Se complementará eso sí para concretar y a su vez extender la condena del retroactivo pensional desde el 22 de agosto de 2018 – cuando devino el fallecimiento de la afiliada- y hasta el 31 de enero de 2022, así como para autorizar los descuentos al sistema de seguridad social en salud.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del CGP numeral 4, aplicado por remisión normativa prevista en el 145 del CPTSS, se condena en costas en esta instancia a cargo de la demandada. Se fijará como agencias en derecho de la alzada \$500.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: COMPLEMENTAR la sentencia del 5 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, concretando y extendiendo el monto del retroactivo causado entre el 22 de agosto de 2018 y el 31 de enero de 2022, que asciende a **\$39.128.367**. También, en el sentido de autorizar que del retroactivo se descuenten las cotizaciones de la demandante al sistema de seguridad social en salud.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: GRAVAR en costas al fondo de pensiones accionado. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$500.000. Líquidense de manera concentrada en 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. 007, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo
Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO.

Se deciden el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 7 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios – Norte de Santander-, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-405-31-03-001-2020-00038-01, promovido por **Andelfo Duran Soto**, contra **Cemex Colombia SAS**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (fl 4 al 13) Depreca el actor se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo que desempeñaba o a uno de mejor categoría, por encontrarse protegido por el fuero de estabilidad laboral reforzada a pareja de mujer embarazada no trabajadora y por su condición de padre cabeza de familia. En consecuencia, pide se ordene el pago de los salarios y prestaciones sociales a que tuvo lugar durante el cese de actividades. Así mismo, pretende el pago de la indemnización plena de perjuicios por la finalización sin justa causa del vínculo laboral. Subsidiariamente aspira al pago de la indemnización contemplada en el capítulo II clausula 10 Régimen Contractual, literal d numeral 5 de la convención colectiva de trabajo la cual estima en \$22.250.000, junto con la indexación y/o moratorios, lo ultra y extra petita y las costas.

Adujo para ello: **1) Que** el 7 de diciembre de 2007 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la pasiva para desempeñar las labores de ayudante general (empacador), siendo finalizado el 1 de noviembre de 2018 unilateralmente y sin justa causa, devengando para esa fecha un sueldo de \$1.500.000. **2) Que** el 12 de septiembre de 2008 se afilió al Sindicato de Trabajadores de la Industria de Materiales para Construcción, SUTIMAC. **3) Que** al contar con recursos económicos estables la Comisaria de Familia el 7 de marzo de 2014 le dejó la custodia de sus 4 menores hijos, pues la progenitora se encontraba en condiciones económicas precarias para la manutención de sus descendientes, situación que persiste en la actualidad. **4) Que** desde el año 2016 inició una relación sentimental con Laura Saday Olarte Caballero, quien el 2 de noviembre se enteró que estaba embarazada. **5) Que** al no tener llamados de atención, no ameritaba el despido sin justa causa después de prestar sus servicios a la pasiva por casi 11 años, razón por la cual no informó a la empresa el estado de embarazo de su pareja. **6) Que** el 13 de diciembre de 2018, Cemex Colombia SAS le hace entrega de la liquidación por la suma de \$16.254.370, desconociendo el reconocimiento del auxilio prescrito en la Cláusula 10 Régimen Contractual, Literal d, numeral 5 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente que reza “*para los trabajadores cuya permanencia en la COMPAÑÍA este comprendida entre diez (10) años y un día y once (11) años, el valor equivalente a cuatrocientos cuarenta y cinco (445) días de salario básico*” equivalente a \$22.250.000 m/cte. **7) Que** presentó acción de tutela pretendiendo la protección de sus derechos constitucionales a la estabilidad laboral reforzada a padres cabeza de familia, dignidad humana, al debido proceso y otros, la cual le fue negada en ambas instancias. **8) Que** el despido sin justa causa afecta a su núcleo familiar pues su salario era la única fuente de ingresos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. **Cemex Colombia SAS** (Fls. 134-155) se opuso a lo pretendido. Aceptó la relación laboral aclarando que la vinculación fue a término indefinido, los extremos laborales, la afiliación

al sindicato, y la finalización contractual sin justa causa con su indemnización normada. Señaló que el despido obedeció a razones organizacionales pues desconocían el estado de gestación de la presunta compañera permanente del ex trabajador, lo cual se supo fue con posterioridad al remate del vínculo, es decir, el 2 de noviembre de 2018, por lo que no es posible predicar un despido discriminatorio en razón del estado de gravidez de aquélla. Adicionó que el actor no cumple los requisitos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia T-345-2015 para ostentar la calidad de padre cabeza de familia, pues no se demostró que la madre de los hijos es una persona incapacitada para trabajar, por lo cual no se encuentra protegido por el fuero de raigambre constitucional. Finalmente indicó que el auxilio contemplado en la Convención Colectiva del Trabajo, deprecado por el demandante únicamente está dirigido a los trabajadores que se encontraran vinculados mediante un contrato a término fijo de un año tal como se desprende al interpretar el artículo en su totalidad, y, que al haber sido vinculado a término indefinido, el susodicho no puede ser beneficiario de este auxilio. Esgrimió las excepciones que denominó cobro de lo debido por inexistencia de la obligación, improcedencia del reintegro, compensación, pago, buena fe, prescripción y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El Juzgado Civil Circuito de Los Patios – Norte de Santander, el 7 de octubre de 2021 declaró probada la excepción de pago, absolvió a la demandada y condenó en costas al actor.

Sostuvo que al momento del retiro el demandante no se encontraba protegido por la estabilidad laboral reforzada por el estado de gestación de su compañera permanente, pues la empresa desconocía dicha situación, sabiendo de ello dos días después de la ruptura contractual, es decir el 2 de noviembre de 2018; trajo a colación la sentencia SU-075 de 2018 como fundamento jurisprudencial de su afirmación. Señaló al actor haber sido vinculado a través de contrato de trabajo a término indefinido, no le es aplicable la cláusula 10 Régimen Contractual, Literal d, numeral 5 de la

Convención Colectiva de Trabajo, siendo este beneficio únicamente para los trabajadores atados s por contrato a término fijo.

RECURSO DE APELACIÓN: La activa solicita la revocatoria de la sentencia y en su lugar se acceda a todas las pretensiones. Afirma que hubo un deficiente análisis de su condición de padre cabeza de familia, pues los testimonios de Marina y Javier Meza logran demostrar que la empresa conocía tal condición y que no fue desvirtuada de ninguna manera. Reseñó lo dicho en la SL696 de 2021, acotando que el trabajador no debe probar su condición de padre cabeza de familia, que únicamente debe demostrar que sobre su responsabilidad recae el núcleo familiar. Señaló la veracidad del embarazo de su compañera permanente y que no le correspondía probar tal condición, pues si bien se enteraron con posterioridad, no preveía el despido. Finalmente acotó que se debe aplicar el párrafo único de la norma mencionada, atendiendo que ampliaba su aplicación a la totalidad de trabajadores, siendo el único requisito haber ingresado a partir del 13 de noviembre de 1993, tal como se benefició el ex trabajador Hernando Mendoza según la declaración de Javier Meza. Solicita la aplicación del principio de favorabilidad en su favor, en virtud de la interpretación de la convención colectiva de trabajo vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: El demandante replica los fundamentos expuestos en la apelación.

3o. CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de apelación, el problema jurídico consiste en determinar si el demandante al momento del despido se encontraba protegido o no con los fueros de raigambre constitucional de padre cabeza de familia y pareja de mujer embarazada. A partir de lo que se determine, establecer si hay lugar o no al reintegro que se pretende junto con las consecuencias económicas hasta su reintegro efectivo o si se le debe o no

aplicar al demandante el numeral 5 literal d cláusula 10 del capítulo II de la Convención Colectiva de Trabajo vigente.

Para resolver es menester señalar que no son materia de controversia los siguientes conocimientos facticos, ya sea porque fueron aceptados por la pasiva o quedó probado dentro del proceso sin ser materia de apelación: que el demandante **(i)** suscribió contrato de trabajo a término indefinido el 7 de diciembre de 2007 (folios 156-157), **(ii)** que la relación finalizó de manera unilateral sin justa causa por parte del empleador el 1 de noviembre de 2018 (folio 33), **(iii)** que el actor se afilió al sindicato de trabajadores de la industria de materiales para construcción el 12 de septiembre de 2008 (folio 31), **(iv)** que el demandante es padre de los menores identificados con las iniciales YADS (folio 73), DEDS (folio 74), JKDS (75), DGDS (folio 76) y MIDO (folio 77) y **(v)** que la empresa generó la liquidación al ex trabajador por la suma de \$16.254.370 (folios 37-40).

Comoquiera que el actor pretende en primer lugar, se declare que al momento del despido se encontraba cobijado por el fuero de origen constitucional de estabilidad laboral reforzada a pareja de mujer embarazada o lactante no trabajadora, al respecto ha de indicarse que los artículos 239 y 240 del CST, prohíben la finalización del vínculo contractual, sin justa causa, de mujeres embarazadas o lactantes. Para el caso de los despidos con justa causa, se debe solicitar autorización al Ministerio de Trabajo. En sentencia C-005 de 2017, la Corte Constitucional extendió esta protección reforzada al trabajador que tenga la condición de cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia y que sea beneficiaria de aquel.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la misma tiene como fin la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, tal como lo contemplan los artículos 5 y 42 de la Carta Magna. Así mismo ha sostenido que ello tiene como objeto preservar los derechos fundamentales del menor por nacer y los vínculos familiares evitando que sean afectados, propendiendo la igualdad entre trabajadores y trabajadoras y a su turno evitar

que los ámbitos laborales sean espacios de discriminación o exclusión en razón del estado de gestación o lactancia. A la luz de lo contemplado en la sentencia C-005 de 2017, el rasero con el cual se debe medir la extensión otorgada, debe ser similar en lo factico y jurídico al de la trabajadora en estado de embarazo o lactancia.

Cabe señalar que en la sentencia SU-075 de 2018, se modificó el conocimiento del estado de gestación por parte del empleador como factor principal para definir el alcance de la protección de la mujer embarazada, acotándose que el conocimiento del embarazo conlleva una protección integral y completa y su ausencia da lugar a una protección más débil, sin importar la vinculación contractual. Para el caso de despido de trabajador cuya pareja se encuentra en estado de gestación, la protección se extiende únicamente a los casos en los que el prestador de laborío, comunique al empleador el estado de embarazo de su pareja y ésta figure como beneficiaria en el sistema de seguridad social.

Como se reseñó, pretende también el actor y fue objeto de alzada, se le declare cobijado por la estabilidad reforzada de padre cabeza de familia, atendiendo a que tiene a su cargo la protección y custodia de sus cuatro menores hijos, siendo su sueldo la única fuente de ingresos de su núcleo familiar. Esta estabilidad ha sido prevista en la Ley 790 de 2002, que en su artículo 12 estableció: ***“De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley (negrilla fuera de texto).”***

Como puede verse, es claro que el Estado tiene como obligación legal garantizar la estabilidad laboral reforzada en el empleo a las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores públicos que cumplan con los requisitos para acceder al estatus de “pre-pensionados”, en el contexto del programa de renovación de la administración pública.

De lo hasta aquí reseñado, es posible colegir que la estabilidad laboral reforzada en el empleo de las madres y padres cabeza de familia sin alternativa económica, en principio solo es aplicable para aquellos servidores públicos que se encuentren dentro del marco de la renovación de la administración pública, en la medida en que, no existe norma que determine como beneficiarios de dicha institución jurídica a los empleados vinculados a una entidad privada.

No obstante, en múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional, entre otras en la T-638-2016, dando aplicación a los derechos a la igualdad, al trabajo y a la seguridad que le asisten a los trabajadores, con independencia de la naturaleza jurídica del ente al cual le presten sus servicios, ha reseñado que la referida estabilidad en el empleo por tener la calidad de madres cabeza de familia sin alternativa económica, también es extensible a los trabajadores del sector privado, catalogándola como una protección de origen supralegal al sostener que en virtud de los principios relativos a la igualdad, a la seguridad social y dignidad, debe cobijar a todos los ciudadanos en general. En uniforme sentido, se emitió la sentencia C-1039 del 2003, la cual declaró exequible el citado artículo 12 de la Ley 790 de 2002 y extendió la protección a los padres que se encuentren en idéntica situación.

Como se denota, por mandato constitucional es posible extender la estabilidad en el empleo referida, a los trabajadores y trabajadoras vinculados a entidades del sector privado.

Al amparo de los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, se acometerá el estudio de la garantía constitucional, debiendo el actor superar

los requisitos reiterados de manera pacífica por el alto tribunal constitucional como el de cierre ordinario, tales como “*i*) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores, o de otras personas incapacitadas para trabajar; *ii*) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; *iii*) que haya ausencia física y económica por parte de la pareja, situación que puede ocurrir cuando ésta padece incapacidad física, sensorial, síquica o mental, o muere, y *iv*) que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, que significa la responsabilidad solitaria de la madre o padre para sostener el hogar.” (CC. SU 388-2015, CSJ SL4418-2018, SL696-2021)

A partir de lo enunciado entonces, imperioso resulta el análisis del material probatorio, a fin de establecer si el demandante al momento del despido se encontraba protegido con la estabilidad laboral reforzada de padre cabeza de familia y/o pareja de mujer embarazada. 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:

- Ficha afiliación sindicato (fl. 31).
- Acta de audiencia de conciliación extra judicial custodia menores (fl. 32).
- Memorial finalización contrato de trabajo (fl. 33).
- Prueba embarazo positivo del 2-11-2018 (fl. 34).
- Ecografía obstétrica, embarazo 11 semanas del 8-11-2018 (fl. 35).
- Declaración extra juicio (fl. 36).
- Liquidación prestaciones sociales e indemnización (fls. 37-40).
- Declaración extra juicio (fl. 41).
- Convención colectiva de trabajo (fls. 44-68)
- Registro civil de nacimiento de los menores hijos (fl. 73-76)
- Contrato de trabajo a término indefinido (fls. 156-157).

De los testimonios practicados se tiene el de **Javier de Jesús Meza Restrepo**, de estado civil unión libre, de escolaridad bachiller, operario de planta de la

demandada, quien señala que conoció al actor al servicio de la demandada, que este le contó que la mujer lo abandonó y tuvo que asumir el cuidado de los hijos. Dice que desconoce la existencia de una nueva pareja sentimental. Informa que las funciones del demandante aún permanecen y son tercerizadas. Afirma que en el 2015 al ex trabajador Hernando Mendoza Páez le fue aplicada la cláusula 10 de la convención colectiva de trabajo teniendo un contrato a término indefinido, añade que esta finalización fue por mutuo acuerdo. Acota que en 1993 se incluyó el párrafo único de dicha cláusula el cual se aplica para los trabajadores con contrato a término indefinido. Finalizó su exposición indicando que en la negociación colectiva del 2015, se les expuso que los auxilios cobijarían a la totalidad de trabajadores.

Por su lado, **Marina Badillo Duran**, de estado civil viuda, escolaridad primaria, de ocupación hogar, tía del actor, señaló que al demandante lo retiraron de Cemex, que era cabeza de hogar que ya tenía a los niños y ella debía cuidarlos desde que la mujer lo dejó. Desconoce si su sobrino comunicó su condición de padre cabeza de hogar a la empresa. No da razones de la pareja sentimental del accionante ni de la menor hija. Acotó que no ha vuelto a ver a la madre de los cuatro menores desde el 2013.

En interrogatorio de parte, la representante legal de **Cemex Colombia SAS**, afirmó que el demandante estuvo vinculado desde el 7 de diciembre de 2007 a través de un contrato de trabajo a término indefinido, siendo finalizado el 1 de noviembre de 2018, que durante la vigencia de la relación no informó que la compañera sentimental estuviera en estado de embarazo o que ostentara la calidad de padre cabeza de familia. Dice que en el reporte de beneficiarios no hay compañera permanente. Sostiene que las funciones que desempeñó aún persisten. Informó que al trabajador no le es aplicable la convención colectiva en su Capítulo II clausula 10, literal d numeral, 5 al estar vinculado con contrato a trabajo indefinido.

En interrogatorio de parte **Andelfo Durán Soto**, afirmó que inició a trabajar con la demandada el 7 de diciembre de 2007, que realizaba labores en la empacadora, que desconoce la causa de finalización del contrato. Afirma que es padre cabeza de familia, porque su esposa lo dejó y él se quedó con la custodia de los menores. Dice que la empresa debe reconocerle el auxilio de la convención colectiva. Afirmó que no alcanzó a informar al jefe inmediato el estado de embarazo de su pareja, ni a ingresarla a seguridad social.

Analizado en conjunto el acervo probatorio en cuanto la primera súplica pretensión de ser cobijado por la estabilidad laboral reforzada a pareja de mujer embarazada o lactante no trabajadora al momento del despido, que como se ha dicho, únicamente emana con el conocimiento del estado de gestación por parte del empleador, no puede llegarse a una conclusión distinta a la del *A Quo*, pues nótese como en hecho 12 del libelo genitor, el demandante afirma que el 2 de noviembre de 2018, su pareja se realizó test de embarazo por sangre arrojando positivo y lo prueba con el folio 34, y, comoquiera que la relación laboral finalizó el 1 de noviembre de 2018, mal podría decirse que pudo haber informado a su empleador, habida cuenta de que, dicho enteramiento se dio con posterioridad al despido. Hecho que es corroborado en el interrogatorio de parte absuelto por la pasiva, quien afirma desconocer el estado de gestación de la compañera permanente del actor. Frente a esto, no queda más que afirmar que el recurso de apelación respecto a este aspecto, no está llamado a prosperar.

De otra parte, en lo atinente a la estabilidad laboral reforzada reclamada por ser padre cabeza de familia, ha de sobrepasar el actor los ya nombrados requisitos impuestos por la jurisprudencia. Como alegó el deprecante que desde el 7 de marzo de 2014 tiene la custodia de sus 4 menores hijos, pues a través del acta de conciliación extra judicial celebrada en la Alcaldía de los Patios y vista a folio 32, se le fijó la custodia al encontrarse que cuenta con las mejores condiciones para ello y que la progenitora se encuentra en condiciones económicas precarias, claro es que se satisfacen los dos primeros

requisitos, valga decir, *“i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores, o de otras personas incapacitadas para trabajar; ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente”*.

No sucede lo mismo con las dos últimas exigencias jurisprudenciales. En efecto, nótese que el demandante no logra demostrar *“iii) que haya ausencia física y económica por parte de la pareja, situación que puede ocurrir cuando ésta padece incapacidad física, sensorial, síquica o mental, o muerte”*. Así es como se arrima el testimonio de Marina Badillo, tía del actor, quien de manera confusa expone que ha cuidado de los menores hijos de su sobrino desde que este trabajaba en Cemex y la mujer lo dejó, y que le consta la calidad de cabeza de hogar, empero, que quien dice ser muy cercana al núcleo familiar del accionante, desconoce el nombre de la nueva pareja sentimental o de la hija recién nacida. Circunstancias que le resta validez a su dicho. Igualmente, del acta de conciliación extra judicial celebrada en la Alcaldía de los Patios (folio 34), logra extraerse que la progenitora no posee ninguna discapacidad que dé validez a su ausencia, ya que, la misma tiene una nueva pareja y dos hijos con esta. Corolario de lo dicho, no se encuentra satisfecho este requisito.

Así mismo, al contrastar el último requisito, *iv) que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, que significa la responsabilidad solitaria de la madre o padre para sostener el hogar”*, nuevamente se encuentra impedimento para investir al demandante con el fuero constitucional de padre cabeza de hogar. Efectivamente, dentro del escrito seminal, se señaló que convive desde el 2016 con Laura Olarte, pero, poco o ningún esfuerzo hace para probar que la misma se encuentra incapacitada para trabajar, dejándose entrever que su calidad de único aportante del núcleo familiar es una decisión propia de Andelfo Duran Soto y no una responsabilidad irrenunciable surgida de las condiciones aquí expuestas. Así las cosas, no sale avante el recurso de alzada.

De esta manera las cosas, al no ser cobijado al actor con los fueros de raigambre constitucional, imperioso resulta dilucidar la pretensión subsidiaria

tendiente al reconocimiento del auxilio contemplado en el numeral 5 literal d cláusula 10 del capítulo II de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, al estimarse que dicho beneficio es aplicable a los trabajadores vinculados con contrato de trabajo a término indefinido. Esto a sabiendas, se reitera, que el actor se encuentra afiliado al sindicato y por lo tanto le es aplicable la Convención.

La jurisprudencia constitucional y ordinaria, han sostenido de manera reiterada que la convención colectiva de trabajo es un criterio regulador con alcance restringido entre el empleador y el trabajador, con la finalidad de mejorar la legislación colombiana, superarla o extenderla a los contratos de trabajo vigentes.

Ahor, si bien la Convención Colectiva de Trabajo es considerada como fuente formal de derecho, no es una verdadera ley con el valor y la significación que ésta tiene a la luz de los textos constitucionales.

Es importante precisar, que cuando se presentan varias interpretaciones o serias dudas respecto al alcance que las partes suscribientes quisieron darle a la Convención Colectiva de Trabajo, el máximo tribunal de cierre en lo ordinario varió su postura y señaló que el juez se debe sujetar a los criterios de interpretación normativa, contrario a lo que se venía adocinando, respecto a que se debía ceñir a la valoración de las pruebas, prevista en el artículo 61 del CPTSS (CSJ SL1240-2019). A partir de esto, se ha de resolver el sub-lite, bajo las reglas de interpretación contractual, atendiendo el carácter otorgado por el artículo 467 del CST, la literalidad, sistematicidad, teleología y principio in dubio pro operario.

El numeral 5 literal d cláusula 10 del capítulo II de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, de la cual se pretende su interpretación y aplicación, reza “5) Para los trabajadores cuya permanencia en la compañía esté comprendida entre diez (10) años y un día y once (11) años el valor equivalente a cuatrocientos cuarenta y cinco

*(445) días de salario básico.”. De su literalidad si bien podría decirse que le asiste razón al recurrente, pues no se distingue el tipo de contrato para hacerse acreedor a tal beneficio, al voltear la mirada sobre la totalidad del compendio en virtud de la teoría de inescindibilidad o conglobamento, ha de señalarse que el *a quo* no erró al negar lo pretendido, aduciendo que tal prerrogativa era únicamente para los trabajadores a término fijo, pues, el numeral 5 se desprende del literal d, que señala “d) *En los contratos de trabajo celebrados a término fijo de un (1) año se entenderá incorporada la estipulación consistente en que EL EMPLEADOR a la expiración del plazo de los mismos y si no desean prorrogarlos pagará al trabajador el auxilio que se indica en seguida según sea su tiempo de servicios:*”. Esto es, la intención de las partes al momento de suscribir la convención colectiva de trabajo, era la de cobijar con esta cláusula, únicamente a los trabajadores vinculados por contrato a término fijo de un año, por manera que al encontrarse vinculado el demandante a través de un contrato a término indefinido, no puede hacerse beneficiario de tal erogación.*

Dicho lo anterior, no resulta avante la apelación del demandante en este aspecto, debiendo confirmarse la decisión tomada por el juzgado de primera instancia.

Por fuerza de todo lo dicho, al no resultar revestido el actor con los fueros de constitucionalidad padre cabeza de familia pues no logró acreditar tal condición, ni el de pareja de mujer embarazada o lactante no trabajadora al momento del despido, dado que ni el empleador ni el demandante tenían conocimiento del estado de gestación. Tampoco la súplica subsidiaria al ser derrotada, pues, dicha regulación no le es aplicable a los trabajadores con vinculación a término indefinido, ha de confirmarse en tu totalidad la sentencia.

Finalmente, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P, aplicado por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas a Andelfo Duran Soto por no salir avante su apelación. Se fijarán como agencias en derecho de la

alzada \$200.000 a su cargo y a favor de la pasiva. 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 7 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Civil Circuito de Los Patios – Norte de Santander.

Segundo: Costas a cargo de Andelfo Durán Soto. Inclúyase como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000 a su cargo y a favor de Cemex Colombia SAS. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

Notifíquese.

Los Magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

JoaquínP

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA

Rad. Juzgado: 54-498-31-05-001-2019-00288-00

Partida Tribunal: 19220

Demandante: ALVARO FONSECA

Demandada (o): MUNICIPIO DE OCAÑA

Tema: CONTRATO DE TRABAJO

Ref.: CONSULTA

San José de Cúcuta, dos (2) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a surtir el grado jurisdiccional de consulta, de la sentencia proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña el día 11 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 544983105001 2019-00288-00 y partida de este Tribunal Superior No.19220 promovido por el señor ALVARO FONSECA en contra del MUNICIPIO DE OCAÑA.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante ALVARO FONSECA demanda al Municipio de Ocaña, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se declare la existencia del contrato de trabajo desde el 1º de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015; en consecuencia, que se condene a las entidades a reconocer y pagar las prestaciones sociales (cesantías, intereses de las cesantías, vacaciones y prima de servicios), al pago de la indemnización por no consignación de las cesantías, al pago de la indemnización prevista en el art. 65 del CST, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, al pago de la dotación, prima de navidad, auxilio de transporte y la condena en costas.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente (fls.2-8), de la siguiente manera:

- 1) Que prestó sus servicios personales para el Municipio de Ocaña en varias dependencias desde el 1º de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2015 cumpliendo horario desde las 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m., y los festivos hasta las 3:00 a.m.
- 2) Que, para la fecha del retiro devengada mensualmente \$1'176.000.
- 3) Que recibía órdenes del alcalde, el secretario del gobierno y el secretario de tránsito.
- 4) Que, fue despedido por cambio de alcalde el 31 de diciembre de 2015.
- 5) Que suscribió varios contratos de prestación de servicios, pero la actividad que desempeñaba era de construcción, mantenimiento y sostenimiento de obra pública.
- 6) Que, no le reconocieron prestaciones sociales; que la prestación del servicio fue continua y no hubo suspensión del servicio.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.

EL MUNICIPIO DE OCAÑA a través de apoderado judicial no aceptó los hechos y se opuso a todas las pretensiones de la demanda, alegando la inexistencia de una relación de carácter laboral con el actor, toda vez que su vinculación se realizó mediante contrato de prestación de servicios donde se obligó a realizar unas actividades específicas, en consecuencia, no reúne la calidad de trabajador oficial. Propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la relación laboral, la inexistencia de la calidad de trabajador oficial y la prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA, en sentencia de fecha 11 de febrero de 2021, declaró no probadas las pretensiones del demandante y demostrada la excepción de mérito de inexistencia de la calidad de trabajador oficial y condenó en costas al demandante.

La anterior decisión la fundamentó en que, para resolver si existió una relación de carácter laboral entre las partes, debía determinar si el demandante reunía la calidad de trabajador oficial, por lo que, trajo a colación el artículo segundo del decreto 3135 de 1968, que señala como regla general, que conforme a la naturaleza de la entidad demandada, los servidores de los establecimientos públicos son empleados públicos y sólo quienes se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales; luego entonces, es el actor quien debe demostrar si pertenece a la excepción, que para el caso, de las pruebas documentales y testimoniales, la actividad principal del actor era, la de controlador del espacio público y de la parte vial (funciones: mantener el flujo vehicular, realizar operativos de despeje de los espacios públicos, realizar actividades de supervisión de la invasión de espacios público, decomiso de objetos de invasión del espacio público, demarcación de vías y apoyo logística), labor que no tiene relación directa o indirecta con la construcción y mantenimiento de la obra pública

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

VI. CONSIDERACIONES

Previamente a formular el problema jurídico a resolver, sería del caso surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de primera instancia, si no fuera porque en este momento la Sala observa la existencia de una causal de nulidad que vicia lo actuado, conforme a los siguientes supuestos:

Sea lo primero señalar que el presupuesto procesal llamado "jurisdicción", constituye uno de los requisitos de validez de los procesos y, su observancia, tiene relación directa con el debido proceso que implica entre otros aspectos, el cumplimiento de la plenitud de las formas propias de cada juicio y que ellas se surtan ante el juez o tribunal competente.

De igual manera, es necesario hacer mención al artículo 48 del referido CPTSS, que identifica al juez laboral como director del proceso, facultad que en segunda instancia adquiere este cuerpo colegiado y por la cual está llamado a tomar las medidas de saneamiento y dirección de los procesos, para que los mismos sean tramitados bajo la legalidad y el respeto a los principios y derechos constitucionales.

Hechos y pretensiones.

Aclarado lo anterior, se tiene que, el demandante Álvaro Fonseca prestó sus servicios para el Municipio de Ocaña durante los años 2012 al 2015 desarrollando la actividad de controlador vial para la realización de actividades tendientes a mejorar la movilidad en la ciudad de Ocaña, cuyas funciones entre otras era de: “mantener el flujo vehicular, realizar operativos de despeje de los espacios públicos, realizar actividades de supervisión de la invasión de espacios público, decomiso de objetos de invasión del espacio público, demarcación de vías y apoyo logístico etc.”; que durante dicho periodo, suscribió con el ente territorial, la Secretaría de Tránsito, la Secretaría de Gobierno, diferentes contratos de prestación de servicio por tiempo definido; y que presentaba cuenta de cobro para el pago de sus honorarios.

En ese orden, se rememora que la naturaleza del vínculo que une a una persona con un ente territorial o entidad del sector público a la cual le presta los servicios de índole laboral, está previamente definida por la ley y no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto que vinculó al servidor. En este asunto, el artículo 292 de Decreto Ley 1333 de 1986, o Código de Régimen Municipal, sobre la calidad de los servidores de los municipios, señala: “*Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.*”, lo que está acorde con lo dispuesto de manera general en el inciso primero, del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, así: “*artículo 5o. empleados públicos y trabajadores oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales*”.

Se deduce entonces que, dada la naturaleza jurídica del ente demandado (un municipio), sus servidores son empleados públicos y, por excepción, son trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo.

Así las cosas, si el demandante alega reunir es estatus de trabajador oficial, deberá acreditar que realizó funciones relacionadas con las actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas en cada caso.

En cuanto al entendimiento de las actividades de construcción, mantenimiento y sostenimiento de obras públicas, se hace importante traer a colación lo señalado en forma reiterada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en la que indica que dichas actividades no se limitan a los trabajos de «*pico y pala*», pues existen otras actividades, materiales e intelectuales, que tienen que ver directamente con ellas. En esta dirección, ha dicho que servidores que desempeñan empleos tales como de ingeniero de obras de

infraestructura (Sentencia del 7 dic. 2010, rad. 36761), técnico de pavimentos (rad. 36706-2010), ingeniero analista de pavimentos (10 ago. 2010, rad. 37106), cocinera de campamento (SL15079-2014), entre otros, que, de acuerdo con lo probado en cada uno de esos procesos, tenían inmediata relación y contribución en la construcción y sostenimiento de obras públicas, son trabajadores oficiales.

De la misma forma, la H. CSJ en la sentencia SL4440-2017, reiterada en las sentencias SL7783-2017 y SL3934-2018, sostiene que la actividad de los trabajadores oficiales, en torno al concepto de construcción y mantenimiento de «obra pública», se refiere tanto a las actividades de fabricación, instalación, montaje o demolición de estructura, infraestructuras y edificaciones, como al «[...] conjunto de actividades orientadas a la conservación, renovación y mejora del bien construido, lo cual implica intervenciones para su reparación de base, transformación estructural, garantía de prolongación de su vida útil y engrandecimiento», sin diferenciar entre bienes de uso público y bienes fiscales.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta las consideraciones que antecedieron, para la Sala es claro el acierto del juez de instancia, cuando determinó que por la naturaleza del cargo desempeñado por el demandante cuando fue desvinculado del municipio hoy demandado, el actor no tenía la condición de TRABAJADOR OFICIAL, al advertirse con claridad que las actividades desarrolladas por el actor, no estaban relacionadas directa o indirectamente con la construcción, sostenimiento, mantenimiento de obra pública, esto es, la de controlador vial para la realización de actividades tendientes a mejorar la movilidad en la ciudad de Ocaña, así como tampoco, demostró que ejerciera otra labor que permitiera quebrar el análisis del Juez A quo.

Bajo estas condiciones, se concluye que la actividad ejercida por el demandante ALVARO FONSECA con el MUNICIPIO DE OCAÑA, se dio bajo los contratos de prestación de servicios y que las funciones ejercidas durante los años 2012 al 2015 no estuvieron relacionadas con la construcción, mantenimiento y sostenimiento de obras públicas, que lograra determinar la existencia de una relación laboral de carácter laboral en aras de establecer la calidad de trabajador oficial, sino que las mismas se relacionan con actividades propias de un EMPLEADO PUBLICO, lo procedente en el sub-examine, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del CGP, es DECLARAR la FALTA DE JURISDICCION de la justicia del trabajo para resolver la presente controversia, NULITANDO la sentencia de primera instancia objeto de consulta y remitir el expediente al Juzgado Administrativo de la ciudad de Ocaña para que resuelva sobre el fondo del asunto, dejando a salvo las pruebas recaudadas en el presente proceso y provocando desde ya conflicto negativo, en el evento de no asumir el conocimiento del asunto, de conformidad con el artículo 139 del C.G. del P.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL2603 del 15 de marzo de 2017. M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA indicó:

«Desde un punto de vista procesal-constitucional, por regla general, no podría definirse la jurisdicción y competencia mediante sentencia, por cuanto: (i) La falta de jurisdicción es una causal de nulidad **insaneable** y frente a ella el juez debe adoptar las siguientes conductas cuando advierta su existencia: a) mediante **auto** decretar **de oficio** la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción; b) **remitir las diligencias al juez competente y con jurisdicción**. Es esta la vía y la forma diseñada por el legislador para sanear esta irregularidad; no otra. (...)

Y es que resulta lógico que, si el juez advierte que carece de jurisdicción, es decir, de absolutas facultades para decidir, lo natural es que resuelva esa vicisitud mediante auto y se abstenga de hacerlo a través de sentencia, porque de hacerlo en esta última forma invadiría la órbita de una jurisdicción distinta, con flagrante vulneración al debido proceso y con clara extralimitación de funciones públicas.

En realidad, el fallo que no se pronuncia sobre el fondo del asunto por ausencia de un presupuesto procesal, es una sentencia inhibitoria, las cuales en el actual ordenamiento constitucional –salvo excepcionalísimos casos- no tienen cabida (...)

Aquí y ahora, necesario es precisar que lo dicho no se opone al deber del juez de decretar la falta de jurisdicción cuando advierta que la controversia es totalmente ajena al contrato de trabajo –y por ende exclusiva de los empleados públicos-, y adoptar las conductas procesales atrás indicadas, esto es, proceder con el rechazo de la demanda o el decreto de la nulidad correspondiente, y, en ambos casos, enviar las diligencias a la jurisdicción que considere competente.

No se condenará en costas al surtirse el grado jurisdiccional de consulta que opera de pleno derecho.

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

VII. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la FALTA DE JURISDICCION de la justicia del trabajo para resolver la presente controversia y en virtud de ello, NULITAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, el día 11 de febrero de 2021, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del CGP.

SEGUNDO: ORDENAR que, por la secretaría de esta Sala de decisión, se remita el expediente a los Jueces Administrativos del Circuito de Ocaña Cúcuta, provocándole el conflicto negativo, en el evento de no asumir el conocimiento del asunto, de conformidad con el artículo 139 del C.G. del P.

TERCERO: DEJAR a salvo las pruebas recaudadas en el presente proceso en los términos del art. 138 del C. G. del P.

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia por surtirse el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFIQUESE.

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**

**(SALVAMENTO DE VOTO)
MAGISTRADO**

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA.**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 03 de febrero de 2022.

Secretario



SALA DE DECISIÓN LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Ordinario: 54498-31-05-001-2019-00288-00

Demandante: Álvaro Fonseca

Demandando: Municipio de Ocaña.

Con el debido respeto me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, en la medida que considero que la alzada debió resolverse de fondo. Así, al pretender el demandante se declare la existencia de un contrato con la pasiva, en calidad de trabajador oficial, es claro que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, sí es la competente para conocer el asunto.

Nótese que como la activa esgrime que las labores desempeñadas en tal municipalidad fueron propiamente las de un **trabajador oficial** en tanto se encargaba de construcción, mantenimiento y sostenimiento de obras públicas, el asunto se enmarca dentro de la cláusula general de competencia contenida en el artículo 2° del CPTSS, amén de que la Ley 1437 de 2011 incluye como asunto ajeno al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, los conflictos de carácter laboral surgidos entre entidades públicas y trabajadores oficiales. Además, como lo ha sostenido la jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción, la afirmación de la existencia de un contrato de trabajo basta para que el juez laboral asuma la competencia en un juicio contra una entidad de derecho público. Al respecto ver sentencia con radicado 21.486 del 30 de septiembre de 2003.

De esta manera, lo que en derecho correspondía no era otra cosa que resolver de fondo el recurso de alzada formulado por la activa contra la sentencia del 11 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, antes que declarar la falta de jurisdicción y nulificar la providencia en mención, como decidió la mayoría de la sala.

Con toda consideración,



ELVER NARANJO

Magistrado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso ordinario - Rad. 54-498-31-05-001-2020-00073-01

Demandante: Olga Lucia Rincón Bermúdez

Demandados: Luis Ernesto Rozo Jaime y Yamile Esther Rozo Jaime

Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

1º. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido el 11 de octubre de 2021 por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña – Norte de Santander.

2º. ANTECEDENTES

Depreca la activa se declare la existencia de un contrato de trabajo con la pasiva desde el 19 de julio de 2009 hasta el 28 de febrero de 2019, consecuencia de ello se condene al pago de los salarios dejados de percibir, horas extras, prestaciones sociales, aportes a seguridad social insolutos, la indemnización del artículo 65 del CST, la del 99 de la Ley 50 de 1990, intereses moratorios, indexación y costas. Para acreditar su dicho, en el acápite de pruebas, solicita testimonios e interrogatorios de parte, petición al juez el decreto de *inspección judicial* a la cabaña de recreo propiedad de los demandados, lugar donde prestó sus servicios (Consecutivo 001 DemandayAnexos.pdf).

Al emitir pronunciamiento frente al escrito seminal, Luis Ernesto Rozo Jaime y Yamile Esther Rozo Jaime, negaron la existencia de una relación laboral con la demandante, arguyeron que suscribieron un contrato de comodato precario del cual no se pueden desprender los elementos integrantes del contrato laboral. Para acreditar su dicho, en el acápite de pruebas, además de enlistar la documental adjuntada como tal, solicitar testimonios e interrogatorios de parte, Luis Ernesto Rozo Jaime petitionó al juez el decreto de “*inspección judicial con intervención de perito*” en la finca de recreo donde aduce la demandante se prestó el servicio personal con la finalidad de determinarse las características y condiciones de dicho predio. (Consecutivos 14, 17, 18)

PROVIDENCIA APELADA: En la etapa de decreto de pruebas de la audiencia celebrada el 11 de octubre de 2021, el *A quo* negó la inspección judicial perseguida por Olga Lucia Rincón Bermúdez. Argumenta que en la etapa procesal cursante no encuentra la necesidad de decretarla. Aduce que no se cumplen las condiciones del artículo 55 del CPTSS. Igualmente, manifestó que si en el desarrollo procesal surgen graves y fundados motivos o dudas de los hechos se decretará y practicará dicha prueba. (Consecutivo 031)

APELACIÓN: La activa recurre tal determinación a través del recurso de reposición y en subsidio el de alzada. Solicita la revocación de la providencia y en su lugar, se decrete y practique la prueba. Alega que la misma es conducente y pertinente para determinar las particularidades del predio en que se prestaron los servicios. Dice que la verificación ocular (sic) del predio, puede brindar los elementos de juicio pertinentes para estimar la realidad de los hechos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La convocante a juicio replicó los argumentos expuestos en su apelación.

3º. CONSIDERACIONES

De entrada se advierte, no es factible decidir el recurso impetrado frente a la negativa de decreto de la inspección judicial, porque en realidad, ningún medio de impugnación es procedente, siendo diáfano de conformidad con el inciso final del artículo 236 del CGP, aplicable al rito laboral por analogía dispuesta en el 145 del CPTSS, *“El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso o que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, caso en el cual otorgará a la parte interesada el término para presentarlo. Contra estas decisiones del juez no procede recurso”*.

Habiendo el *a quo* señalado la innecesaridad de decretarla por cuanto no existen graves y fundados motivos o hechos dudosos que deban ser aclarados, acotando también a partir de lo establecido en el artículo 55 del CPTSS, que si en el trámite del proceso surgen tales incertidumbres decretará y practicará dicha prueba, es límpido, diáfano, contundente y sin lugar a dubitaciones que el togado sí analizó los requisitos generales del medio de convicción (pertinencia, necesidad y conducencia), y, justamente, por no hallarlos acreditados, determinó desecharlo.

En otras palabras, el actuar del juez se acomodó a la legalidad porque considera innecesaria la prueba en tanto no existen graves y fundados motivos o hechos dudosos que ameriten ser aclarados a través del medio de convicción negado. Postura que de acuerdo con la norma citada del CGP, no es factible cuestionar a través de recurso alguno. Por esto, se declarará improcedente el medio de impugnación, dejando sin valor ni efecto alguno el apartado respectivo del proveído recurrido que concedió la alzada como del auto que la admitió.

No se condenará en costas.

4º. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, Resuelve:**

Primero: Declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por Olga Lucia Rincón Bermúdez contra la providencia del 11 de octubre de 2021 del Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña – Norte de Santander, de cara a la negativa de decreto de inspección judicial

Segundo: Dejar sin valor ni efecto el apartado del auto del 11 de octubre de 2021 del a quo que concedió la alzada y del proveído del 29 de noviembre de 2021 que admitió la apelación.

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

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,



ELVER NARANJO



Nidiam Belén Quintero Gelves



José Andrés Serrano Mendoza

JoaquinP

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 007, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 03 de febrero de 2022.



Secretario