REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

Proceso: Especial
Rad. Juzgado. 54-001-22-05-000-2022-00021-00
Rad. Interno: 19743
Superintendencia Nacional de Salud Delgada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación
DTE/ Maryuri Pérez Pérez
DDO/ SALUDVIDA EPS EN LIQUIDACIÓN
Tema: Reembolso de gastos médicos

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud Delgada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, el día 01 de octubre de 2020, dentro del proceso especial con Radicado No. 54-001-22-05-000-2022-00021-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19743 promovido por la señora MARYURI PÉREZ PÉREZ en contra SALUDVIDA EPS EN LIQUIDACIÓN.

I. ANTECEDENTES

La señora MARYURI PÉREZ PÉREZ, presentó demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación solicitando que se ordene a SALUDVIDA E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, el reconocimiento económico de los gastos en que incurrió por concepto de atención de urgencias, procedimientos médicos, quirúrgicos asumidos de manera particular, practicados en los meses de octubre a noviembre de 2018, CIRUGIA DE HISTERECTOMÍA ABDOMINAL AMPLIADA MAS COLPORRAGIA POSTERIOR en la suma de $4.500.000 asumidos de manera particular por la negligente e irresponsabilidad de la demandada, ya que no le fue autorizada de manera oportuna la consulta con el GINECOLOGO ONCÓLOGO.

II. HECHOS.

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Que es afiliada cotizante del régimen contributivo en SALUDVIDA EPS; que asumió los gastos médicos y quirúrgicos de la cirugía HISTERECTOMÍA ABDOMINAL AMPLIADA MAS COLPORRAGIA POSTERIOR, porque la demandada fue negligente en la entrega de la autorización para la consulta del especialista en ginecología oncológica; que ante la negativa de SALUDVIDA EPS en darle trámite al derecho de petición para el reembolso de los gastos médicos, interpuso acción de tutela, la cual fue favorable, por lo que, responde la petición y niega el reembolso. Que no estuvo conforme con la decisión por cuanto arguye que siempre estuvo afiliada en calidad de cotizante en el régimen contributivo a salud, que siempre cumplió con la obligación de pagar mensualmente el aporte, y nunca recibió atención médica pertinente para su padecimiento y oportuna.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA Y VINCULADAS.

Presentada la demanda, la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación admitió la solicitud por auto 2019-670692 del 30 de enero de 2020 y decretó como prueba de oficio requerir a la CLINICA SANTA ANA para que, entre otras cosas, si la señora MARYURY PÉREZ fue atendida como paciente particular, por el servicio de urgencias, por el servicio de consulta externa o remitido por su entidad aseguradora. Igualmente, requirió a SANITAS EPS para que informara sobre los servicios autorizados con ocasión al diagnóstico de endometriosis del útero y las citas con la especialidad en ginecología; ofició a la demandante, para que acreditara haber radicado ante SALUDVIDA EPS la orden médica del procedimiento quirúrgico de histerectomía abdominal ampliada y haber solicitado la consulta con la especialidad de ginecología.

LA CLÍNICA SANTA ANA a través del GERENTE YOISE MARLISE RANGEL CONTRERAS, informó que la señora MARYURY PÉREZ PÉREZ ingresó el 24 de noviembre de 2018 como paciente particular para cirugía programada de “Apendicectomía sod, cistectomía de ovario por laparotomía, más salpinguectomía bilateral total por laparotomía, colporragia posterior e histerectomía abdominal ampliada por laparotomía.”; que la Clínica no hace parte de la red de prestadores de servicios de SALUDVIDA EPS y que no se evidencia información sobre la afiliación a una EPS.

SANITAS EPS contestó que la demandante no es usuaria de la entidad.

SALUDVIDA EPS contestó la demanda a traves de apoderada judicial, manifestando que son parcialmente los hechos, se opuso a todas las pretensiones argumentando que no existe fundamento jurídico o fáctico para solicitar el reembolso, ya que la demandante incurrió en errores y no puede alegar en su favor su propia culpa, puesto que los servicios de salud fueron

pagados en octubre de 2018 empero la solicitud fue hecha en el mes de febrero de 2019, esto es, en forma extemporánea; que a la demandante se le informó en el mes de mayo de 2019 que debía presentar unos soportes exigidos por la ley, y nunca los aportó. Propuso como excepciones de mérito, el incumplimiento del mandato legal, la falta de radicación de las pruebas documentales y NEMO AUDITOR PROPIAM TURPITUDIMEN ALLEGANS.

IV. . DECISIÓN OBJETO DE APELACIÓN

Mediante providencia de 01 de octubre de 2020, la Superintendencia delegada para la función jurisdiccional resolvió NO ACCEDER a las pretensiones formuladas por la demandante MARYURY PÉREZ PÉREZ.

La anterior decisión tuvo como fundamento que, de conformidad con las pruebas documentales aportadas, evidenció que no se trata de una situación de urgencia sino de una atención programada en salud, de una paciente de 45 años de edad diagnosticada con displasia del cuello uterino y endometriosis de útero, quien el 07 de noviembre de 2018, en consulta particular con la especialidad de oncología clínica, fue valorada el 21 de noviembre de 2018 por el Dr. Igor Ramírez ginecólogo obstetra, quien le ordenó la realización del procedimiento de histerectomía abdominal ampliada + salpinguectomía bilateral + colporrafia posterior realizado en la Clínica Santa Ana.

Respecto al reembolso deprecado, determinó con base en el análisis de la historia clínica, los recibos de caja y/o facturas, que tanto las consultas médicas como el procedimiento quirúrgico histerectomía abdominal, exámenes de diagnóstico y medicamentos, fueron sufragados por la paciente de forma particular, no obstante, no allegó documento alguno que demostrara haber solicitado a SALUDVIDA EPS las autorizaciones correspondientes, por lo que, no reposa en el plenario documento alguno que logre demostrar la falta de oportunidad o acceso al servicio atribuible a SALUDVIDA EPS, aun cuando en el auto de admisión se le requirió para que aportara los documentos.

Concluyó que, quien pretende un pronunciamiento favorable, no se encuentra exento de aprobar sus afirmaciones soportando la carga de la prueba establecida legalmente, obligación que en este caso la demandante no cumplió, razón por la que, la demandada deberá ser absuelta de la pretensión incoada por la demandante.

Recordó, que las causales del reconocimiento económico operan en casos excepcionales, ya que la según lo prevé la estructura del SGSSS es que el afiliado primero acuda a las clínicas y médicos que le ofrece su EPS, los cuales en un primer momento serán los obligados en prestarle los servicios requeridos, si ello no ocurre, sería procedente el reembolso.

V. APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La demandante dentro de los tres días posteriores, presentó recurso de apelación en contra la decisión anterior, argumentando que inicialmente acudió al médico GINECOLOGO por primera vez por medio de SALUDVIDA EPS-S (sic), el cual ordenó la remisión para el médico GINECOLOGO-ONCOLOGO, esto es, puso en conocimiento a la demandada en la ofician adscrita en el TARRA, por lo que, solicita que se corrobore la información con los archivos de esa entidad, y que dicha respuesta fue luego de 10 meses de realizados los exámenes, las citas y los procedimiento quirúrgicos de manera particular, además, señala que debe ser tenido en cuenta el diagnóstico de DISPLASIA DEL CUELLO UTERINO Y ENDOMETRIOSIS DEL UTERO.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 41 de la ley 1122 de 2017 a la Superintendencia Nacional de Salud se le atribuyó el conocimiento de los conflictos de la seguridad social en salud relacionados entre otros con el *reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*, desplazando a los Jueces Laborales del Circuito, en esa competencia.

En el ejercicio de su función jurisdiccional, el numeral primero del artículo 22 del Decreto 1018 de 2007 establece que las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante el superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate; lo que para este asunto corresponde a las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, razón por la cual esta Sala de Decisión es competente para pronunciarse sobre la impugnación.

En este caso, la parte apelante ha impugnado la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada de sus pretensiones de reconocimiento y pago de los gastos médicos en que incurrió para materializar el procedimiento quirúrgico que requería por su diagnóstico de DISPLASIA DEL CUELLO UTERINO Y ENDOMETRIOSIS DEL UTERO, alegando para revocar el fallo, que SALUDVIDA EPS tenía conocimiento que estaba pendiente la autorización por consulta de la especialidad en ginecología-oncológica, respuesta que sólo dio 10 meses después de haberse pagado en forma particular los procedimientos médicos y quirúrgicos, por lo que, considera que

hubo negligencia o falta de atención por parte de SALUDVIDA E.P.S. y se debe, por tanto, condenar a dicha entidad al reembolso de los gastos mencionados.

Al respecto se debe recordar que la Ley Estatutaria No. 1751 de 2015, estableció que el sistema de salud es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; facultades, obligaciones, derechos y deberes para que el Estado disponga de la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud a los afiliados tanto del régimen contributivo como subsidiado. Consagrándose así que el derecho a la salud implica diferentes aspectos como el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo.

Sobre la procedencia de estos gastos, en providencia STL3185 de 2020, la Sala de Casación Laboral explica que estas controversias se deben ajustar a las causales contenidas en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, donde se señala que la obligación para reembolsar gastos a cargo de las E.P.S. se puede dar en 3 eventos puntuales:

> 1. Tratándose de atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S.
> 2. Cuando haya sido autorizado por la E.P.S. para una atención específica y
> 3. En caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

Para el presente caso, se reclama la configuración de la tercera causal, pues desde la demanda se afirma que tuvo que acudir a costear el tratamiento de salud por la negligencia de la entidad para garantizar la adecuada continuidad que requería su patología.

En la jurisprudencia constitucional, esta pretensión se ha instituido en el principio de continuidad como parte integral del servicio de salud, definido en la imposibilidad de que las entidades encargadas de su prestación interrumpan el servicio de manera súbita o intempestiva, sin que exista una justificación constitucionalmente admisible y cuya consecuencia es dejar de suministrar un tratamiento, procedimiento, medicamento o diagnóstico, entre otros, con fundamento en razones de naturaleza contractual, legal o administrativo.

De esta manera, las entidades prestadoras del servicio de salud, ya sea en el régimen contributivo o subsidiado, no pueden realizar actos que comprometan su continuidad, y como consecuencia la eficiencia del mismo; no siendo dable predicar la efectividad del servicio de salud en aquellos eventos en los cuales la E.P.S., a pesar de la existencia de un concreto diagnóstico clínico desconoce las reales circunstancias de salud de un

afiliado y sin mediar justificación, lo somete a esperar indefinidamente la práctica de una cirugía o procedimiento que necesita de manera prioritaria, o antepone problemas administrativos, contractuales o económicos, o disposiciones de carácter legal para negarse a prestar el tratamiento médico que le garantizará al usuario la existencia digna.

Ahora, en cuanto a la pretensión de reembolso de gastos médicos, vemos que la misma se enmarca dentro del derecho fundamental a la salud, que a través del desarrollo jurisprudencial, se comprende en dos dimensiones: *"(i) de una parte, el derecho a obtener la prestación real, efectiva y oportuna del servicio médico incluido dentro del P.O.S. y, (ii) de otra, la asunción total de los costos del servicio, por cuenta de las entidades que tienen a su cargo la prestación de los mismos"* (Sentencia T-909 de 2009, M.P: Gabriel Mendoza Martelo).

De manera más amplia, la Corte Constitucional en la Sentencia T-594 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, desarrolla el tema en los siguientes términos:

> El derecho fundamental a la salud en materia de los servicios médicos consagrados en el Manual de Procedimientos del P.O.S. y demás normas complementarias, comprende dos dimensiones: (i) de una parte, el derecho a obtener la prestación real, efectiva y oportuna del servicio médico incluido dentro del P.O.S. y, (ii) de otra, la asunción total de los costos del servicio, por cuenta de las entidades que tienen a su cargo la prestación de los mismos.
>
> En efecto, es claro que las prestaciones establecidas en el P.O.S. no solamente implican la concreción material del servicio mismo, sino también el cubrimiento de los costos que éste genere, obligación que de ninguna manera puede ser trasladada al afectado. Por tal razón, respecto de la segunda de las dimensiones señaladas, esta Corporación ha sostenido que "aun cuando las controversias en torno a la responsabilidad patrimonial respecto de los servicios incluidos dentro del Manual de procedimientos del POS., parecieran de índole netamente económica y por tanto ajenas a la esfera de competencia de la acción de tutela, ello no es del todo cierto, por cuanto la cobertura económica del servicio, cuando éste se encuentra incluido en el plan de atención médica correspondiente (v.g. el POS), hace parte de la dimensión iusfundamental del derecho a la salud"

De lo anterior se puede concluir, que los mecanismos de protección del derecho fundamental a la salud no se agotan con la mera prestación del servicio, sino que también abarca que el costo que éste demande deba ser asumido por la entidad encargada de proporcionarlo, en virtud del principio de integralidad que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Sea del caso establecer que la causal legal alegada por la demandante para que proceda el reconocimiento económico o reembolso de gastos médicos a su favor, exige que debe existir por parte de la E.P.S. una ausencia de contrato para atención de urgencias cuando ha autorizado la misma o que se

demuestre que la E.P.S. ha incurrido en incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia de sus obligaciones.

Los fundamentos de la decisión de la Superintendencia Delegada para negar lo solicitado por la demandante, se refieren a que, del análisis de las pruebas documentales recaudades, se "*evidenció que no se trata de una situación de urgencia sino de una atención programada en salud…que la demandante no aportó documento ni manifestó haber puesto en conocimiento de SALUDVIDA EPS, las órdenes de servicios en salud, tales como la valoración por ginecología oncológica, procedimiento histerectomía, medicamentos y exámenes diagnósticos, todo ello con el fin de que la EPS SALUDVIDA tuviera la oportunidad de generar las autorizaciones de valoración con otros prestadores que hicieran parte de su red*."

Concluyó que, quien pretende un pronunciamiento favorable, no se encuentra exento de aprobar sus afirmaciones soportando la carga de la prueba establecida legalmente, obligación que en este caso la demandante no cumplió, razón por la que, la demandada deberá ser absuelta de la pretensión incoada por la demandante.

Para determinar si en este caso existió o no una conducta negligente por parte de SALUDVIDA EPS frente a los requerimientos de salud de la accionante, se encuentra demostrado en el caudal probatorio que la señora MARYURY PÉREZ PÉREZ se encuentra afiliada a ASLUDVIDA E.P.S en el régimen contributivo, en calidad de cotizante; así mismo, en el expediente digital remitido por la Supersalud a esta Sala, se encuentra la respuesta dada por la accionada a la petición de la demandante en mayo de 2019, donde señalaron que la cita médica por ginecólogo había sido asignada para el 13 de mayo de 2019 a las 3:20 p.m., en la IPS FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA, aceptada por la demandante.

Por otra parte, la Superintendencia delegada de Salud en el auto de admisión de la demanda del 30 de enero de 2020 ordenó REQUERIR a la demandante para que aportara "Documento que acredite haber radicado ante SALUDVIDA EPS, la orden médica del procedimiento quirúrgico histerectomía abdominal ampliada y haber solicitado consulta con la especialidad de ginecología."

Desde el mes de enero de 2020 hasta que la Superintendencia Delegada profirió el fallo en el mes de octubre de 2020, la demandante no hizo pronunciamiento alguno, por el contrario, se probó mediante la respuesta dada por la EPS accionada, que aceptó la cita por ginecología el 13 de mayo de 2019, en las instalaciones de la FUNDACIÓN MEDICO PREVENTIVA, de la cual, tampoco existe soporte alguno de su asistencia y de las autorizaciones u órdenes dadas por el especialista para la cirugía histerectomía abdominal. Tampoco existe prueba que, posterior a la respuesta dada por la accionada, existan consultas, procedimientos quirúrgicos pendientes por autorizar, sólo los alegatos de la demandante,

quien sostiene en forma insistente que acudió a las instalaciones de la accionada a requerir la cita por ginecología, pero posterior a ello, no se demostró trámites administrativos pendientes que lograran comprobar la negligencia y/o retraso por parte de la accionada.

Todo lo anterior, evidencia que la activa acudió de manera voluntaria a la Clínica Santa Ana de la ciudad de Cúcuta, sin que se haya observado una falta de diligencia o atención a los requerimientos realizados por la afiliada por parte de SALUDVIDA EPS, ni que las presuntas solicitudes impetradas ante la entidad no hubieran sido resueltas, motivo por el cual, conforme a los elementos de juicio atrás analizados se CONFIRMARÁ en su totalidad la providencia proferida por la SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el día 01 de octubre de 2020.
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la providencia proferida por la SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, fechada el 01 de octubre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente a la instancia de origen para los efectos pertinentes, previos las anotaciones del caso.

N O T I F Í Q U E S E

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso Ordinario Rad. 54001-31-05-001-2020-00044-01

Demandante: Iván Alfonso Ortiz Carrillo

Demandado: Unión Temporal Comuneros 2016, Construyendo Ideas Ltda, Sena, Constructora Cúcuta, Positiva Compañía de Seguros S.A.

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

1º. ASUNTO

Sería del caso entrar a decidir el recurso de apelación interpuesto por Positiva Compañía de Seguros S.A., contra el proveído del 2 de marzo de 2022, a través del cual el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, decretó como prueba el dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, de no ser porque el mismo resulta inapelable, como pasa a demostrarse.

2°. ANTECEDENTES

El 29 de enero de 2020, ante el Juzgado Primer Laboral del Circuito de Cúcuta, el accionante deprecó la declaratoria de una relación laboral con la Unión Temporal Comuneros 2016, desde el 18 de noviembre de 2017 hasta el 28 de agosto de 2018, fecha en la que fue despedido sin justa causa. En consecuencia, pide indemnización por despido sin justa causa, sanción por despido en estabilidad manifiesta, pago de incapacidades, perjuicios por discapacidad adquirida en sus labores, entre otros. Como

medios de prueba solicitó el decreto de la documental por él aportada y la requerida a las demandadas, interrogatorio de parte a la pasiva, testimoniales, las de oficio y prueba pericial dictaminada en la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander donde se determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Con auto del 26 de agosto de 2020, el operador judicial de primera instancia además de admitir la demanda presentada por el actor, ordenó notificar a los accionados y correr traslado de la misma.

Habiéndose contestado la demanda por parte de las demandadas, el 2 de marzo de 2022 se surtió la audiencia señalada en el artículo 77 del CPTSS, decretándose en su etapa pertinente las pruebas pedidas por las partes, entre ellas la emisión de dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, a fin de determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el origen y la estructuración si la hubiere, además ordenó que los gastos del dictamen los debía asumir la pasiva ARL Positiva S.A. Decisión última que no compartió la obligada, quien presentó recurso de reposición y apelación argumentando que se está relevando al actor de la carga probatoria que le compete y que podía obtener por vía administrativa, además que, dice, las pretensiones no discriminan el dictamen aportado y se le impone una carga económica que no está obligada a soportar por cuanto las peticiones no van encaminadas en su contra.

El juez a quo para no reponer consideró que el dictamen pericial decretado es necesario en tanto, que las pretensiones formuladas por el actor se fundamentan en la existencia de una pérdida de capacidad laboral originada por una enfermedad. En consecuencia, concedió el recurso de apelación contra el auto que decretó la prueba pericial.

3º. CONSIDERACIONES

Estableciendo el numeral 4o. del artículo 65 del CPTSS, respecto a la procedencia de la alzada: *"Son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: 4. El que niegue* ***el decreto o la práctica*** *de una prueba"* (se resalta); claro es que solo cuando la decisión judicial se enfoca en la limitación de la garantía superior a presentar pruebas y controvertirlas, bien porque no se decrete su práctica ora se abstenga de materializar este último aspecto (ver Sentencia C1270/2000), procede el recurso de apelación. Ergo, cuando la situación fáctica procesal dista de dichos tópicos, improcedente resulta el medio de impugnación en mención.

Por manera que cuando se revisa la actuación desplegada en el sub judice, fácil resulta colegir que la decisión judicial de la que se duele la censura es inapelable a luz del artículo 65 del CPTSS. En efecto, como se reseñó, en audiencia celebrada el 2 de marzo de 2022, se decretó como prueba la emisión de dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, a fin de determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el origen y la estructuración si la hubiere. Igualmente, se dispuso que los gastos los asumiera la pasiva ARL Positiva S.A.

Escenario que inequívocamente permite colegir, que no se está frente a ninguna de las dos situaciones de hecho previstas por el citado numeral 4° del artículo 65 del Estatuto Adjetivo de la especialidad laboral y seguridad social, en la medida en que, el operador de primera instancia (i) no negó el decreto de pruebas pedidas, (ii) ni se abstuvo de practicarlas.

Cabe reseñar, como ningún otro cuerpo legal que por la analogía dispuesta en el artículo 145 del CPTSS, tenga cabida en materia procesal laboral y de seguridad social, prevé tal tópico como apelable (numeral 12 artículo 65 CPTSS).

Así las cosas, diáfano deviene que la providencia del 2 de marzo de 2022 que decretó la práctica del dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor, es inimpugnable vía alzada, ya que, la apelación no está prevista frente a tal decisión. Se reitera, solo procede contra los autos que puntualmente nieguen el decreto o la realización de la prueba, como da cuenta el numeral 4° del artículo 65 del CPTSS. Por esto, en desacertada deviene la determinación de la *a quo* de conceder la alzada.

En hilo de lo anterior, los autos del 2 de marzo del año en curso, en cuanto concedió la apelación y el dictado el 4 de abril de la misma calenda, en el que se admitió, devienen en ilegales por no acomodarse a la estrictez del procedimiento. Así se declarará.

Sin costas en esta instancia por la determinación que se toma.

4° DECISIÓN

Por lo expuesto, Sala de Decisión Laboral, **del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, RESUELVE: 1º. Dejar** sin valor ni efecto alguno los autos proferidos el 2 de marzo y 4 de abril de 2021. **Declarar improcedente** el recurso de apelación interpuesto por la pasiva contra la providencia del 2 de marzo de 2022 del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta. **2º.** Sin costas.

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 Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

JP

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 14 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-001-2021-00229-00, promovido por **Giancarla Durán Ochoa** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-.** Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, surtir el grado de jurisdicción de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue apelado por ésta.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (Expediente digital): Depreca la actora se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones. Junto con los perjuicios morales o materiales a que haya lugar.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 27 de marzo de 1967, y desde el 1° de abril de 1999 se afilió al régimen de prima media administradora por el otrora ISS, del que mutó con destino a Porvenir S.A. desde el 1° de mayo de 2007, sin que mediara una verdadera asesoría o mínima ilustración sobre los riesgos y consecuencias que acarreaba el cambio; falta de información que revela que

su decisión de traslado no fue espontánea, voluntaria, ni libre. **2) Que** formuló ante las tres administradoras de pensiones convocadas a juicio, petición de nulidad del traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: Porvenir S.A. resistió las súplicas. Indicó no constarle ninguno de los hechos, con excepción de la petición de traslado elevada por la actora. Adujo que ésta no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación suscrito por aquella, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la ocurrencia de cualquier vicio de la voluntad. Además, en forma posterior hubo traslado entre administradoras del RAIS, lo que evidencia que decidió permanecer en este régimen. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada.

Colpensiones, igualmente, se puso a las pretensiones. Admitió las circunstancias fácticas relativas a la edad de la actora, la data de afiliación al RPM, el traslado efectuado ante el RAIS y el reclamo administrativo elevado. Argumentó que la actora se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria y, se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen establecida en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que, está a menos de diez años para pensionarse. Propuso las excepciones que denominó: buena fe, inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, legalidad de los actos administrativos, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de

condena en costas, prescripción, imposibilidad de volver al estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el 14 de diciembre de 2021, resolvió declarar la *"nulidad e ineficacia"* de las afiliaciones al régimen de ahorro individual que la accionante surtió ante Porvenir S.A. Condenó a dicho fondo, devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Asimismo, asumir los deterioros sufridos por el bien administrado (en caso de que se hubieren causados), mermas del capital destinado a financiar la pensión de vejez de la demandante, por los gastos de administración en que haya incurrido, en los términos del artículo 963 ibídem. De igual manera, ordenó a Colpensiones que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado de la accionante del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas a las demandadas.

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

RECURSOS DE APELACIÓN: **Porvenir S.A.** busca dejar sin efectos la sentencia. 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 le generó gastos que la misma ley reconoce como comisiones de administración por la gestión de los aportes; igual que afirma, sucede, con el seguro provisional aplicado a la cuenta de ahorro individual que se efectúa en favor de un tercero de buena fe ajeno al proceso. Circunstancia que asevera, contraría lo preceptuado por el inciso final del artículo 964 del Código Civil.

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

Colpensiones busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado de la actora a la luz de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó literal e), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al establecer que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la pensión de vejez; evento que satisface la incoante al encontrarse en el rango de edad prescrito. En cuanto a la ineficacia del traslado, indica que no es viable, en la medida que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, ya que, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su artículo 48, sin que se observen vicios en el consentimiento. Añade que no tuvo injerencia en la mutación determinada por la actora. Disiente de la condena en costas argumentando que previo al pronunciamiento de la autoridad judicial respectiva, le está vedado admitir el traslado de un afiliado que la ley proscribe tajantemente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Colpensiones alega que la declaratoria de ineficacia de traslado no resulta procedente, dado que a la fecha, el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad goza de plena validez en tanto se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal b de la ley 100/93 y según el artículo 48 de la ley 1328 del 2009que modifico los literales c) y d) del artículo 60 de la ley 100 de 1993. Refiere que ha actuado con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas, de modo que no resulta dable que en el caso de marras se le imponga condena en costas.

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

La actora no presentó alegaciones finales.

3o. CONSIDERACIONES

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

sometida a prescripción alguna. Y **5°** si está o no ajustada a derecho la condena en costas a cargo de a Colpensiones.

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

iniciando con el que en principio encontró sustento en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 en cuanto dispuso que la escogencia del régimen pensional por parte de los trabajadores es libre y voluntaria y presuponía el conocimiento a plenitud de las consecuencias de su decisión de traslado, para ello era entonces necesario que se les describieran al potencial afiliado al momento de asesorarlo, las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; de tal suerte que éste conociera las ventajas y las desventajas de cada uno, inclusive las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso en concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la AFP Porvenir S.A., pues argumenta la demandante que se omitió información a la hora de trasladarse. Atendiendo entonces, la carga de la prueba mencionada, se hace necesario verificar si el consentimiento que dio Giancarla Durán Ochoa para hacer efectivo el traslado de régimen pensional fue consentido e informado. Es decir, si la AFP codemandada cumplió con su deber legal de información atendiendo el precedente judicial expuesto por la alta corporación en la especialidad y de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Acreditado se tiene que la hoy incoante, suscribió formulario de afiliación al RAIS el 1° de mayo de 2007 ante Porvenir S.A., 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 enjuiciada no le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a ésta desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron a la accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

No obstante, ninguna probanza en tal sentido se arrimó, más allá de los mismos formularios de afiliación, que en todo caso a nada conducen para ese propósito, pues, el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Giancarla Durán Ochoa la anotación: "*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones(…)*", como lo señala el órgano cúspide, si bien denota un consentimiento, no se verifica con ello que hubiese sido informado. Situación que ratifica la protagonista procesal al momento de rendir interrogatorio de parte, pues insiste en que no fue asesorada en debida forma ya que solo le entregaron un formulario para imponer su firma, cuyo contenido verdaderamente, no leyó. Advirtió que la asesora fue muy insistente en que materializara el movimiento entre regímenes, asegurándole que el seguro social se iba a acabar, sus cotizaciones desaparecían, y que en el fondo privado le prestarían dinero para comprar vivienda. Agregó que en los años posteriores se acercó a las instalaciones de Colpensiones en aras de solicitar el traslado enterándose sorpresivamente que resultaba inviable, por su edad, retornar al RPMPD.

No asumió entonces Porvenir S.A. la carga de desvirtuar, como le correspondía, los hechos aducidos por la deprecante como sustento de su pretensión, demostrando para ello lo contrario, esto es, que cumplió con su deber de información, toda vez que, no bastaba con que señalara en su contestación de demanda que sí brindó la asesoría en donde le explicó en

concreto, características, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin arrimar medio de convicción alguno. Téngase presente que afirmar no es probar. Debió haber desplegado un importante esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido efectuó. Lo cual no ocurrió.

En conclusión, el fondo de pensiones convocados 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 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.

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

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su oportunidad Porvenir S.A., con el deber de información, deberá ésta como administradora del RAIS que cuenta con los aportes de Giancarla Durán Ochoa, devolver todas las prestaciones que de la afiliada hubiera

recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

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

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

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

Condena en costas a Colpensiones en primer grado.

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

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

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

4o. DECISIÓN

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

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

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

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 18 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-001-2021-00273-00, promovido por **Carlos Alberto Sánchez Medina** 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 de jurisdicción de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue apelado por ésta.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (Expediente digital): Depreca la actora se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones.

Adujo para ello: **1) Que** desde el 18 de octubre de 1988 se afilió al régimen de prima media administradora por el otrora ISS, del que mutó con destino a Porvenir S.A. el 19 de julio de 1994, sin que mediara una verdadera asesoría o mínima ilustración sobre los riesgos y consecuencias que acarreaba el cambio; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue

espontánea, voluntaria, ni libre. **2) Que** de la proyección pensional entregada por Porvenir S.A. se colige que en dicha AFP recibiría una pensión $2.692.500, mientras que en el RPM la prestación económica asciende a $5.000.000. **3) Que** formuló ante las administradoras de pensiones convocadas a juicio, petición de nulidad del traslado de régimen, sin éxito.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: Colpensiones se opuso a las pretensiones. Admitió las circunstancias fácticas relativas a la data de afiliación al RPM y el reclamo administrativo elevado. Argumentó que la actora se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria y, se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen establecida en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que, está a menos de diez años para pensionarse. Propuso las excepciones que denominó: buena fe, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, legalidad de los actos administrativos, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de condena en costas, prescripción, imposibilidad de volver al estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. igualmente resistió las súplicas. Indicó no constarle ninguno de los hechos esbozados por el actor. Adujo que éste no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación suscrito por aquella, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la ocurrencia de cualquier vicio de la voluntad. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el 18 de febrero de 2022, resolvió declarar la *"nulidad e ineficacia"* de la afiliación al régimen de ahorro individual que el accionante surtió con Porvenir S.A. Condenó a dicho fondo privado a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Asimismo, asumir los deterioros sufridos por el bien administrado (en caso de que se hubieren causados), mermas del capital destinado a financiar la pensión de vejez del demandante, por los gastos de administración en que haya incurrido, en los términos del artículo 963 ibídem. De igual manera, ordenó a Colpensiones que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado del afiliado del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas a las demandadas.

Consideró como premisas la obligación que tienen los fondos de pensiones de proporcionar a los posibles usuarios y afiliados una información completa clara, oportuna y comprensible la cual es exigible desde la creación de la ley 100 de 1993. Dice que verificado el acervo probatorio ninguna de las encartadas 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 le generó gastos que la misma ley reconoce como

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

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

La aspiración de Colpensiones también es derruir la decisión de primer grado. Manifestó que el traslado pretendido no es viable, en la medida en que, al actor le faltan menos de diez años para adquirir el derecho pensional, situación que legalmente impide la aludida mudanza. Arguye que tiene la condición de tercero de buena fe, que dice, ninguna intervención tuvo en el proceso de traslado realizado en forma voluntaria por el ciudadano, lo que asegura, se demuestra, a partir de su permanencia en el RAIS por cerca de 25 años. Depreca se dé aplicación al fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo pretendido con la demanda. Disiente igualmente se le exonere de la condena en costas, argumentando que no tiene responsabilidad frente a las peticiones del actor y que siempre ha actuado con estricto apego a la normatividad vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Carlos Alberto Sánchez Medina, se ratificó en lo propuesto en el líbelo introductor, solicitando mantener incólume el fallo apelado.

Colpensiones alega que la declaratoria de ineficacia de traslado no resulta procedente, dado que a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al

régimen de ahorro individual con solidaridad goza de plena validez en tanto se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal b de la ley 100/93 y según el artículo 48 de la ley 1328 del 2009que modifico los literales c) y d) del artículo 60 de la ley 100 de 1993. Refiere que ha actuado con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas, de modo que no resulta dable que en el caso de marras se le imponga condena en costas.

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

3o. CONSIDERACIONES

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso en concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la AFP Porvenir S.A.; pues argumenta 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 Carlos Alberto Sánchez Medina para hacer efectivo el traslado de régimen pensional fue consentido e informado. Es decir, si la AFP codemandada cumplió con su deber legal de información atendiendo el precedente judicial expuesto por la alta corporación en la especialidad y de acuerdo con el momento histórico en el que debía cumplirse.

Acreditado se tiene que el incoante suscribió un formulario de afiliación a Colpatria (hoy Porvenir S.A.), el 19 de julio de 1994, espacio temporal en el 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 AFP 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.

Sin embargo, 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 allí se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Carlos Alberto Sánchez Medina la anotación: "*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones(…)*", tal y como lo señala la alta corporación, si bien denota un consentimiento, no se verifica con ello que hubiese sido informado.

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

En conclusión la citada AFP se sustrajo al momento de suscribirse el formulario de traslado y en perjuicio del actor, de suministrar información relevante con la finalidad de promover su cambio de régimen, es decir faltó a los deberes de ilustrar sus características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de ellos, de manera que no se puede predicar que existió una decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, siendo que ello es un presupuesto de eficacia jurídica de tal acto. Suficiente lo

expuesto para confirmar la decisión del *A-Quo* en lo que refiere a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante del Régimen de Prima Media al RAIS.

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

Aclarado el anterior contexto, se tiene que no resulta de recibo la tesis planteada por Colpensiones en cuanto alude a la imposibilidad de traslado del afiliado al que le falten menos de 10 años para cumplir los requisitos mínimos de pensión, o que ya los acredite. Esto, dado que las reglas de la jurisprudencia explicadas en precedencia, **aplican** a todos los afiliados que luego de vinculados a un sistema pensional deseen cambiarse a otro, sin miramientos a que estén cercanos a no a adquirir una pensión, o sean beneficiarios o no del régimen de transición, pues si se hubiese querido hacer dicha diferenciación, así tendría que haberse expuesto en las decisiones que hasta al momento ha proferido sobre el tema el órgano de cierre, pero en ninguna se ha aludido expresamente a permitir la desigualdad que implicaría exigir el cumplimiento del deber de información a las administradoras del RAIS solo para los ciudadanos inmersos en esas circunstancias (ver sentencia C-621 de 2015).

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

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

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

Y, como la irregularidad en el acto objeto de debate, se itera fue por conducta indebida de 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. Siendo claro así, que no tiene asidero la afirmación de la apelante quien indica que no se dan los presupuestos para que opere la restitución mutua del código civil.

Consulta.

En lo que toca con la prescripción de la acción para deprecar la ineficacia del traslado, debe precisarse que, al tratarse de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su 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).",* de modo que no resulta acertada la acotación que efectúa Porvenir S.A. en cuanto a que tal acto de traslado no tiene injerencia alguna en el derecho pensional de los afiliados.

Condena en costas a Colpensiones en primera instancia.

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

En síntesis, como no se encontró que el cambio de sistema pensional se hubiere celebrado con el cumplimiento del deber de información, resulta

ajustada a derecho la intelección que, frente a dicho tópico, efectuó el juez de primera instancia, siendo ineludible la confirmación íntegra de dicha decisión.

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

4o. DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

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

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

ELVER NARANJO

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

San José de Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 31 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-002-2015-00366-01, promovido por **Luis Alejandro Ordoñez Ruiz** contra **Comproser S.A.S.**, **Ecopetrol S.A.** y la llamada en garantía **La Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 141-175, archivo digital 00): Depreca el accionante se declare la existencia de un contrato de trabajo con Comproser SAS, desde el 4 de marzo hasta el 30 de noviembre de 2014, siendo Ecopetrol SA solidariamente responsable de los emolumentos laborales adeudados. En consecuencia, pide se condene al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, y la compensación por vacaciones causadas durante la relación laboral, así mismo, pide la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, más las costas y agencias en derecho.

Adujo para ello: **1) Que** el 4 de marzo de 2014 ingresó a laborar al servicio de Comproser SAS, a través de un contrato a término fijo de 4 meses para desempeñar

el cargo de oficial de construcción, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 7am a 12m y de 1pm a 5pm y los sábados de 7am a 10am, devengando un salario de $1.687.080. **2) Que** dentro de las funciones asignadas debía seguir las órdenes impartidas por el cliente o gestoría y que ejecutó las mismas en las instalaciones de Ecopetrol, expidiéndose carné de identificación con el logo de esta empresa. **3) Que** el 5 de junio del 2014, la sociedad contratante le notificó la no prórroga del contrato de trabajo pese a que debía hacerlo el 2 del mismo mes y año, por lo que se prorrogó el mismo. **4) Que** el 2 de julio de 2014, la accionada le notificó hacer caso omiso al oficio de no prórroga del contrato y en su lugar, el 8 de agosto de 2014 remitieron otro sí extendiendo la relación hasta el 30 de noviembre de 2014, el cual no suscribió pues ya se había prorrogado el vínculo hasta el 3 de noviembre del mismo año. **5) Que** el 28 de octubre de 2014 y estando fuera del término permitido pues debían hacerlo el 2 de octubre, le notificaron la no prórroga del contrato de trabajo, lo que conllevó a que este se renovara hasta el 3 de marzo de 2015. **6) Que** el 30 de noviembre de 2014, la sociedad accionada le dio por terminado sin justa causa el contrato laboral. **7) Que** en virtud del lugar y las funciones desarrolladas, Ecopetrol SA es solidariamente responsable por las deudas laborales del contratante. **8) Que** las demandadas le adeudan lo correspondiente a cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA: **Ecopetrol S.A.** (fls. 345-347, archivo digital 00), se opuso a las pretensiones. Argumentó que no ha tenido relación con el demandante de ninguna naturaleza, ya sea laboral, civil o comercial. Precisó de igual forma que no tiene ningún tipo de injerencia o conocimiento de las contrataciones y actuaciones administrativas de Comproser S.A.S, y por tal razón desconoce los hechos de la relación laboral alegada. Afirmó que el contrato suscrito con la sociedad demandada fue de prestación de servicios no misionales ni relacionados con las actividades del petróleo, por lo cual no existe la solidaridad prevista en la normatividad vigente. Añadió que como obligación contractual, se estableció que Comproser SAS contrataría el personal de manera autónoma e independiente, debiendo constituir garantía con una entidad aseguradora por el 5%

del valor total del contrato, para efectos de respaldar los emolumentos de los trabajadores contratados. Propuso las excepciones que denominó prescripción de la acción y de las acreencias laborales presuntas, falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y buena fe. Llamó en garantía a Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo.

La llamada en garantía, **Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo** (fls. 613-619, archivo digital 00), se resistió a las peticiones. Adujo que al no estar llamadas a prosperar las solicitudes deprecadas, igual suerte deben correr las del llamante en garantía. Afirmó que se han configurado causales de exclusión de responsabilidad, haciendo inoperante el contrato de seguro materializado en la póliza AA012703. Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de solidaridad de Ecopetrol SA, no realización del riesgo asegurado, límite de amparos y coberturas dentro del seguro de cumplimiento póliza AA012703 y la genérica.

Comproser S.A.S. (fls. 807-821, archivo digital 00), representada por curador ad litem, se opuso a las súplicas. Adujo que aunque inicialmente se suscribió contrato el 4 de marzo de 2014, posteriormente se firmó otro sí que modificó la fecha de inicio del contrato laboral al 10 de marzo del mismo año, lo que le permite afirmar que las notificaciones de no prorroga y la terminación del vínculo laboral suscrito se dio en el término permitido por el CST, siendo los extremos laborales desde el 10 de marzo de 2014 al 30 de noviembre de 2014. Aclaró que a la data de finalización del contrato, canceló las quincenas adeudadas al actor y a raíz de la iliquidez en la que entraron, fue la Equidad Seguros quien constituyó título judicial el 1 de diciembre de 2015 a favor del accionante por valor de $2.691.198 por concepto de prestaciones sociales adeudadas, ello por la afectación a la póliza constituida. Formuló las excepciones que denominó inexistencia de la relación, buena fe y mala fe del actor.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, el 31 de enero de 2022, declaró la existencia de un contrato a término fijo desde el 4 de marzo del 2014 al 30 de noviembre de 2014, el cual finalizó por decisión unilateral y sin justa causa de la empleadora. Condenó a la sociedad a pagar al actor las sumas de $10.800 por concepto de prima de servicios, $5.566.364 por concepto de indemnización por despido sin justa causa y $20.244.960 por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, más la indexación que surja y las costas. Declaró probadas las excepciones propuestas por Ecopetrol SA y la llamada en garantía Seguros La Equidad, por lo que las absolvió.

Consideró que con la prueba documental y testimonial se demostró la existencia del contrato laboral desde el 4 de marzo del 2014, hasta el 30 de noviembre de 2014, así como el salario devengado. Afirmó que las prestaciones sociales fueron canceladas de manera extemporánea a través de depósito judicial constituido por la Equidad Seguros y al realizar la liquidación encontró la diferencia de $10.880 por concepto de primas de servicios. Aseveró que los extremos del contrato de trabajo fueron modificados por las partes, iniciándose desde el 10 de marzo de 2014 hasta el 10 de julio de 2014, y por ende su primera prórroga fue hasta el 10 de noviembre de 2014 y al haberse comunicado la no prorroga el 28 de octubre de 2014, denotaría injusta la terminación del contrato, por lo que les restó total validez a las prórrogas otorgadas de manera unilateral por el empleador, pues no existe la voluntad del accionante. Dijo que el empleador no acreditó la existencia de una causal que acreditara la buena fue en la mora del pago de las prestaciones sociales entre el 1° y 30 de noviembre de 2014, fecha ultima en la que se constituyó el depósito judicial, no obstante, aseveró que el retardo en el pago de la suma de $10.880 por concepto de prima de servicios no se equipara a una mala fe y por ende no amerita la continuidad de la sanción moratoria. Finalmente, arguyó que no se configuraron los elementos facticos y jurídicos para declarar de la responsabilidad solidaria deprecada, pues las labores ejecutadas por el accionante no tienen relación con el giro ordinario de Ecopetrol S.A.

RECURSO DE APELACIÓN: Comproser SAS aspira a que se revoque parcialmente la decisión y en su lugar se le absuelva de las condenas impuestas. Discrepa de la condena por despido sin justa causa, argumentando que con la documental se demostró que la finalización del contrato laboral se dio efectivamente el 30 de noviembre de 2014, fecha en la cual también feneció el vínculo con Ecopetrol SA y al no tener puestos donde ubicar al accionante por sustracción de materia finiquitaban las relaciones laborales, siendo esta una justa causa. Afirmó que las prestaciones sociales fueron canceladas por la Equidad Seguros, a raíz de la mala situación económica en que se encontraba, lo que además da cuenta que no existió mala fe en la mora del pago de las mismas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: **Ecopetrol SA** y la **Equidad Seguros Generales Organismo Cooperativo**, solicitaron se mantenga la absolución impuesta a su favor, atendiendo que no hay manifestación alguna al respecto en el recurso de alzada presentado por la codemandada.

La activa y Comproser SAS, no presentaron alegatos en esta instancia.

3o. CONSIDERACIONES

Atendiendo la alzada, los problemas jurídicos a resolver consisten en determinar si la relación de trabajo entre las partes terminó por una justa causa o si se produjo por un despido injusto. Resuelto lo anterior si hay lugar o no al pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T.

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 fijo, ejecutado desde el 4 de marzo de 2014 y hasta el 30 de noviembre de 2014 (fl. 97, archivo digital 00).

Así, para la resolución es menester partir del artículo 46 del CST, que establece que el contrato de trabajo a término fijo no puede ser superior a tres años, **pero es renovable indefinidamente.** Igualmente del numeral 1 del inciso único ibidem que señala que si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna

de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a 30 días, éste se entenderá renovado **por un periodo igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.** También del numeral 2 de dicho inciso que preceptúa que en tratándose de contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año, estos únicamente podrán prorrogarse sucesivamente hasta por 3 periodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

De conformidad con lo anterior, dable es concluir que los contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año, son prorrogables por un término al inicialmente pactado, hasta por tres veces, a partir de lo cual, se prorrogan por un término no inferior a un año.

A partir de lo mostrado y ya en el caso en estudio, se tiene que los medios de convicción son de carácter documental conformados por piezas correspondientes al contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (fl. 63-79) celebrado entre el demandante y la empleadora, con una duración de 4 meses que va del 4 de marzo de 2014 al 4 de julio de 2014 para desempeñar el cargo de oficial de construcción en las instalaciones de Ecopetrol, estación Campo Rio Zulia; Certificado de afiliación a la ARL la Equidad Seguros de Vida OC, con inicio de cobertura el 4 de marzo de 2014 en calidad de dependiente de la empresa Comproser SAS, bajo el riesgo V (fl. 81); Copia de la cédula de ciudadanía y carné de la empresa (fl. 83,85); Oficio del 5 de junio de 2014 emitido por la pasiva, con recibido de igual fecha, informando la no prórroga del contrato de trabajo fijando como día final el 9 de julio de 2014 (fl. 87); Oficio del 8 de agosto de 2014 proferido por la encartada, comunicando al actor que el contrato no se va a prorrogar por un periodo igual, pero si se extenderá por 3 meses y 21 días, desde el 10 de agosto de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2014 (fl. 89); Oficio del 2 de julio de 2014 elaborado por la accionada, comunicando al actor que omita el oficio del 5 de junio del 2014, que informaba la no prórroga del contrato de trabajo y que por el contrario el mismo se extendería por un mes, iniciando el 10 de julio de 2014 hasta el 9 de agosto de 2014 (fl. 91); Otro sí N° 002, donde se acuerda modificar la cláusula

novena del contrato de trabajo, relativo a la remuneración (fl. 93); Oficio del 28 de octubre de 2014 emitido por la pasiva, informando la no prórroga del contrato de trabajo fijando como día final el 30 de noviembre de 2014 (fl. 95); Certificado laboral (fl. 97); Comprobantes de pago de nómina y consignación (fl. 99-111); liquidación de prestaciones sociales (fl. 113-115); Contrato N° 5212338 suscrito entre Comproser SAS y Ecopetrol SA. (fl. 251-282); Acta de liquidación unilateral contrato N° 5212338, datando como fecha final el 30 de noviembre de 2014 (fl. 283-294); Póliza de cumplimiento N° AA012703 expedida por Equidad Seguros (fl. 297); Deposito judicial constituido por Seguros La Equidad el 30 de noviembre de 2015, por valor de $2.261.189 por concepto de liquidación de prestaciones sociales del actor (fl. 753), comprobantes de pagos de nómina y prima de servicio (fls. 754-772); Otro sí del 9 de abril de 2014, modificando el término del contrato de trabajo suscrito por los litigantes, acordando una duración de 4 meses, iniciando el 10 de marzo de 2014 hasta el 10 de julio de 2014 (fl. 791).

Igualmente están las declaraciones de Alfonso de Jesús Rendón Córdoba y Robín Iscala Rendón, decretadas y practicadas al interior del plenario, las que de acuerdo al libelo genitor tenían por finalidad acreditar los extremos laborales y las funciones desempeñadas por el actor y atendiendo a que no son motivo de debate en esta instancia, no se hará pronunciamiento alguno de estos.

Del análisis individual y en conjunto de este acervo probatorio la conclusión a la que se llega, es que no resulta cierta la afirmación de la sociedad recurrente de que el contrato de trabajo celebrado entre las partes finalizó el 30 de noviembre de 2014 por la liquidación del contrato suscrito con Ecopetrol, siendo esta la justa causa. Esto en la medida en que, no se demostró que el vínculo laboral se hubiese atado a la duración del contrato suscrito con la mencionada empresa. Por el contrario, queda demostrado que se suscribió contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con una duración de 4 meses que va del 4 de marzo de 2014 al 4 de julio de 2014, para desempeñar el cargo de oficial de construcción en las instalaciones de Ecopetrol, estación Campo Rio Zulia. Igualmente se verifica, que el *"otro sí"* suscrito por los litigantes el 9 de abril de 2014 y visto a folio 791 de expediente digital 00,

modificó los extremos temporales de la relación laboral, fijándose su duración en 4 meses, teniendo el 10 de marzo de 2014 como fecha inicial y el 10 de julio del mismo año como data final, siendo su primera prorroga según el artículo 46 del CST por un periodo igual, es decir por 4 meses más, desde el 10 de julio hasta el 10 de noviembre de 2014. Por esto, el aviso de no prorroga debió efectuarse a más tardar el 9 de octubre del 2014, y, como éste se llevó a cabo de manera extemporánea a través de misiva del 28 de ese mismo mes y año (folio 95), es dable afirmar que el contrato laboral finalizó de manera unilateral y sin justa causa el 30 de noviembre de 2014, habida cuenta de que, el susodicho convenio laboral, se había prorrogado por segunda vez hasta el 10 de marzo de 2015.

De esta manera las cosas, resulta viable la indemnización por despido injusto del artículo 64 del CST, que para el caso presente por tratarse de un contrato a término fijo corresponde al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato. En esa medida al haberse prorrogado por segunda vez el contrato de trabajo del 10 de noviembre de 2014 al 10 de marzo de 2015 y haber prestado sus servicios el actor hasta el 30 de noviembre de 2014 tal y como lo demuestra la documental arrimada, es decir antes de la expiración del plazo fijo pactado, le corresponde al actor una indemnización equivalente a los salarios desde el 1 diciembre de 2014 hasta el 10 de marzo de 2015, en una suma de $5.566.364, intelección que se encuentra acorde a lo impuesto por el Juez A quo, por lo que se confirmará en este aspecto la sentencia recurrida.

De otra parte, es de recordar que la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST 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 las penas respectivas. 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. Siendo claro que la mora no puede excusarse con fundamento en situaciones posteriores y diferentes de la conducta desplegada por el deudor en el instante 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 desciende al sub examine, encontrándose que la censura tilda de errada la postura del *a quo* por considerar que los problemas económicos experimentados y que conllevaron al finiquito del contrato suscrito con Ecopetrol SA y la posterior afectación de las garantías adquiridas que concluyeron con la constitución del depósito judicial a favor del actor, constituyen justificación legal suficiente para la omisión de pago de las prestaciones sociales. Postura que en esta instancia no tiene cabida porque nada de ello se probó dentro del plenario y el acta de liquidación del contrato aportada por Ecopetrol SA da cuenta de que fue esta entidad quien realizó la reclamación de las prestaciones sociales del actor ante la compañía aseguradora.

En efecto, véase como la citada acta de liquidación unilateral del contrato N° 5212338 suscrito entre Comproser SAS y Ecopetrol SA (fl. 283-294) y usada como fundamento en la alzada, en su numeral "*2 motivos que conllevaron a la realización de liquidación final unilateral"* señala que la sociedad aquí enjuiciada se encuentra inmersa en diversos incumplimientos contractuales en materia laboral y HSE; situaciones

descritas en el numeral 6.2.1.5 de dicho documental, tales como *"falta de pago oportuno de salarios, pago extemporáneo de la seguridad social, entre otros"* y que fueron objeto de reclamación desde el 1 de marzo de 2014, sin recibir respuesta satisfactoria, denotándose la desidia del empleador en respetar los derechos laborales de su trabajador.

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).

Al amparo de esos parámetros, se tiene que es procedente la condena por concepto de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, como a bien tuvo concluir el juez de primer grado, desde el 1 de diciembre de 2014 al 30 de noviembre de 2014 a título de un día de salario por cada día de retardo, misma que resulta idéntica a la liquidada por el operador judicial ($20.244.960), por lo que se confirmará la decisión de primer grado en cuanto reconoció la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

En síntesis, al probarse que el contrato fue finalizado de manera unilateral por parte del empleador y sin justa causa antes de antes de la expiración del plazo fijo pactado

y no aportarse razones satisfactorias y justificativas de la conducta omisiva en el pago de las prestaciones sociales al actor, se confirmará en su totalidad la sentencia del 31 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

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 Comproser SAS 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 31 de enero de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: Condenar en costas a Comproser SAS. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada $500.000.
Liquídense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,

ELVER NARANJO

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

J

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

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

Cúcuta, cinco (05) de mayo de Dos Mil Veintidós (2022).

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2019-00532-01
RADICADO INTERNO:	19.775
DEMANDANTE:	GILBERTO RÍOS VIADERO
DEMANDADO:	PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020, se corre traslado a la parte demandada como apelantes y beneficiario de la consulta, para que en el término de cinco (05) días procedan a alegar de conclusión, vencido lo cual correrá el mismo término para el demandante.

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

Surtidos los términos de traslado para alegar, procederá la Sala a proferir la sentencia por escrito, que será publicada por estado, con lo cual se entenderá surtida su notificación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 6 de mayo de 2022.

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Elver Naranjo

Magistrado sustanciador

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 30 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-002-2020-00236-00, promovido por **Rosa Elvira Villamil Gómez, Pablo Elí Pérez Bautista** y **Gabriel Guillermo Trillos Pinzón** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-** y la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 1-18, archivo digital 03): Deprecan Rosa Elvira Villamil Gómez y Pablo Elí Pérez Bautista se condene a la UGPP, y, Gabriel Guillermo Trillos Pinzón a Colpensiones a reconocerles y pagarles la mesada catorce junto con los intereses moratorios a la tasa máxima, más las costas del proceso. Adujo para ello **Rosa Elvira Villamil Gómez 1) Que** a través de resolución No. 7435 del 29 de diciembre de 2006, el Instituto de Seguros Sociales –ISS- le reconoció pensión especial de jubilación desde el 1 de diciembre de 2006, como ex funcionaria del ISS, cuyo pasivo pensional fue

asumido por la UGPP. **2) Que** por ser beneficiaria del régimen de transición adquirió el estatus de pensionada el 9 de julio de 2006, por lo que solicitó a la UGPP el pago de la mesada 14, recibiendo respuesta negativa. **Pablo Elí Pérez Bautista dijo 1) Que** la UGPP mediante la Resolución RDP-019012 del 25 de junio de 2019, le reconoció la pensión especial de jubilación de la Ley 33 de 1985 desde enero de 2020. 2**) Que** por ser beneficiario del régimen de transición adquirió el estatus de pensionado el 8 de octubre de 2005, por lo que solicitó a la UGPP el pago de la mesada 14, recibiendo respuesta negativa. **Gabriel Guillermo Trillos Pinzón sostuvo 1) Que** el ISS le reconoció la pensión especial de jubilación bajo la Ley 71 de 1988, a través de la Resolución No. 7480 del 26 de noviembre de 2010; que al presentar los respectivos recursos se emitieron las resoluciones GNR 0012 del 6 de junio de 2012 y la GNR 153688 del 26 de mayo de 2015 que reliquidaron la pensión bajo el amparo de la Ley 33 de 1985 y que mediante las resoluciones GNR331916 del 23 de octubre de 2016, la VBP 12894 del 13 de marzo de 2016 y la GNR 147715 del 20 de mayo de 2016 lo incluyeron en nómina de pensionados a partir del 1 de junio de 2016. 2**) Que** por ser beneficiario del régimen de transición adquirió el estatus de pensionado el 26 de noviembre de 2010, por lo que solicitó a Colpensiones el pago de la mesada 14, recibiendo respuesta negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA (fls. 4-12, archivo digital 8): La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP**, se opuso a las pretensiones. Aceptó el contenido de los actos administrativos expedidos y las reclamaciones administrativas elevadas por los demandantes. Afirmó que a los mismos no les corresponde el pago de la mesada 14, pues solo son acreedores de tal las personas que hubiesen adquirido el estatus pensional antes del 29 de julio de 2005, al igual que aquellas que con posterioridad a esa fecha, adquieran dicha calidad y su mesada pensional sea igual o inferior a 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Reseñó que a Rosa Elvira Villamil Gómez, se le reconoció la pensión efectiva desde el 1 de diciembre

de 2006, por un valor de $1.625.786, la cual es superior a los 3 smmlv para tal anualidad ($408.000 X 3= $1.224.000). Que a Pablo Elí Pérez Bautista se le reconoció la pensión efectiva desde el 1 de noviembre de 2018, por un valor de $2.871.082, siendo superior a los 3 smmlv permitidos ($781.242 X 3= $2.343.726). Respecto a Trillos Pinzón, adujo que le compete su pronunciamiento a Colpensiones. Propuso como excepción previa la de indebida acumulación de pretensiones y de fondo las que denominó prescripción de los derechos laborales que aplica a todos y cada uno de los conceptos reclamados por los demandantes e inexistencia de la obligación.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-** (fls. 2-13, archivo digital 14), también se resistió a las suplicas. Aceptó la expedición de las resoluciones que reconocieron la pensión del accionante Trillos Pinzón y la reclamación administrativa. Afirmó que los demandantes actualmente reciben una pensión de carácter compartible, otorgada en virtud de la convención colectiva de trabajo, adquiriendo los estatus de pensionados luego de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, recibiendo cada uno una mesada superior a los 3 SMLMV, lo que los excluye de ser beneficiarios de la mesada 14. Propuso como excepción previa la de indebida acumulación de pretensiones y de fondo las que denominó: cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación pretendida, buena fe, improcedencia de los intereses moratorios, prescripción e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 30 de noviembre de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. En consecuencia, absolvió a las demandadas y gravó en costas a los integrantes de la activa.

Consideró que si bien a los accionantes se les reconocieron las pensiones bajo el régimen de transición, al momento de efectividad de las mismas, los valores

superaron los 3 salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo que imposibilita acceder a lo deprecado.

RECURSOS DE APELACION: Los actores impugnaron la decisión buscando su revocatoria y la concesión de lo deprecado. Acotaron que se encuentran protegidos por el régimen de transición de la ley 100 de 1993 y la del Acto Legislativo 01 del 2005, y, que, la causación del derecho pensional se dio al cumplir el requisito de 20 años de servicios. Para Rosa Villamil el 12 de septiembre de 1997, para Elí Pérez el 22 de septiembre de 1999 y para Gabriel Trillos con anterioridad al 29 de julio de 2005. Dicen que la mesada catorce es un derecho adquirido y debe reconocérseles. Fundamentan su alzada en la sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda rad. 627 de 2001 de marzo 13 de 2003, de la Corte Suprema las SL 661-2021 RAD. 60306 del 24 de febrero de 2021, la SL 933 de marzo de 2021 y la SU-377 del 2014 de la Corte Constitucional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Colpensiones y la –UGPP- solicitaron se confirme la providencia emitida por *a quo*, pues los accionantes tienen reconocida una mesada pensional superior a los 3 smmlv, lo que les imposibilita ser beneficiarios de la mesada 14.

La parte activa, guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES

Atendiendo los argumentos de la apelación el problema jurídico a resolver consiste en determinar si los accionantes acreditan o no las exigencias legales para acceder al reconocimiento y pago de la mesada catorce. En caso positivo a partir de qué data y si proceden o no los intereses moratorios.

Como se reseñó, discuten los integrantes de la activa que son beneficiarios del pago de la mesada 14, y causaron el derecho pensional al cumplir el requisito de 20 años de servicios con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Por el contrario, las entidades demandadas al

igual que como lo concluyó el juez *a quo* estiman que aquéllos no cumplen los criterios para adquirir el derecho a esa mesada, al haber causado sus pensiones en vigencia del acto legislativo en mención y ser superiores a tres salarios mínimo mensuales legales vigentes.

Se tiene que el artículo 142 de la ley 100 de 1993, creó una mesada adicional accesoria a la mesada 13 establecida en el artículo 50 ibídem, denominada mesada 14, la cual es cancelada en el mes de junio de cada año. La misma corresponde al pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda según el régimen respectivo.

A su vez el Acto Legislativo 01 de 2005, modificó las condiciones del reconocimiento y pago de la mesada 14 y así mismo limitó su concesión en los términos del inciso 8º del artículo 1 que establece:

"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y parágrafos al artículo 48 de la Constitución Política:
(…)
"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. ***Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento****".* -Negrilla intencional y por fuera del texto original-

Significa lo anterior, que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, dígase 29 de julio de 2005, ningún afiliado al subsistema de pensiones podrá percibir más de trece (13) mesadas anuales. Empero, dicha reforma constitucional estableció una excepción a la regla genérica en el parágrafo 6º transitorio que reza:

"Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ***si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año****".* -Se resalta-

Bajo dicho escenario, fluye claro, que es acreedor de la mesada adicional sin ningún miramiento (i) quien al momento de la entrada en vigencia del acto legislativo tenía la calidad de pensionado, (ii) quien hubiere causado su derecho pensional antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), aunque no se le haya reconocido, y, de manera condicionada, (iii) aquellos cuyo derecho pensional se causó máximo el 31 de julio de 2011, siempre y cuando la mesada pensional no sea superior a tres (3) salarios mínimos.

Cabe señalar que para establecer si el monto de la mesada pensional supera o no los 3 salarios mínimos legales vigentes, la norma en cita y la jurisprudencia han establecido que se toma la data de disfrute de la pensión, la cual puede o no coincidir con la fecha de causación. (SL 205-2022, CSJ SL5132-2020, CSJ SL2054-2019).

Ya en el caso concreto, a efectos de verificar el momento histórico en el que los actores causaron el derecho pensional, se analizará por separado el acervo probatorio respecto de cada uno de ellos, dejando fuera de discusión que todos son beneficiarios del régimen de transición y en tal virtud adquirieron la calidad de pensionados.

Frente a Pablo Elí Pérez Bautista, conforme cédula de ciudadanía se tiene que nació el 8 de octubre de 1950 (archivo digital 201570011195182-5, carpeta 12) y que mediante resolución RDP-019012 del 25 de junio de 2019 (fls. 57-63, archivo digital 03), la U.G.P.P. le otorga la pensión de vejez en cuantía de $2.871.082, a partir del 1 de noviembre de 2018, a cargo de FOPEP en valor de $2.182.956 y Colpensiones traslado Cajanal de $688.126.

Reconocimiento pensional que se dio en virtud de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, a saber "*veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55)",* al acreditar que laboró para la DIAN de manera continua desde el 22 de noviembre de 1979 al 31 de marzo de 2015.

Alcanzando los 20 años de servicios el 22 de noviembre de 1999, y la edad (55 años) el 8 de octubre de 2005. Valga decir, causó el derecho pensional en esta última data, momento para el cual ya había entrado en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), debiendo entonces, someterse al requisito de cuantificación para establecer si es o no beneficiario de la mesada catorce.

Se tiene entonces, que como el salario mínimo para la fecha de reconocimiento (1 de noviembre de 2018) ascendía a $781.242, siendo el límite para beneficiarse del derecho a la mesada adicional de $2.343.726 ($781.242 X 3), al ser su mesada inicial equivalente a $2.871.082, fácilmente se colige que a pesar de haber causado su derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2011, no se convierte en beneficiario de la multicitada mesada catorce, en voces del pluricitado acto reformatorio de la Carta.

Respecto a Gabriel Guillermo Trillos Pinzón, se tiene que de conformidad con su cédula de ciudanía, nació el 24 de noviembre de 1949 (fls. 127-128, archivo digital 03), y, que a través de Resolución No. 7480 del 26 de noviembre de 2010 en aplicación del contenido de la ley 781 de 1988, el ISS le reconoce la pensión especial de jubilación, distribuida en cuotas partes por el tiempo de servicio a sus empleadores (Cajanal 8,79%, Fondo de Pensiones Territorial del Municipio de Cúcuta 4,19% e Instituto de Seguro Social 87,02%). A partir de la fecha de retiro de servicio por un valor de $1.145.223. (fls. 111-115, archivo digital 03). También que, por Resolución de Colpensiones No. GNR 147715 del 20 de mayo de 2016, se le reconoce la pensión de vejez en cuantía de $3.014.784 a partir del 1 de junio de 2016, a la luz de la Ley 33 de 1985 (fls. 91-99, archivo digital 03).

Último reconocimiento pensional que se da por alcanzar las exigencias previstas en la ley 33 de 1985, a saber: 55 años el 24 de noviembre de 2004 y un total de 7.039 días (19,55 años), cotizados de manera discontinua desde el 1 de febrero de 1973 al 28 de mayo de 2007, valga decir, cumplió los 20 años de servicios demandados por el cuerpo legal en cita, en vigencia del Acto

Legislativo 01 de 2005. Esto conlleva a efectos de establecer si es beneficiario o no de la susodicha mesada catorce, a verificar la cuantía de la mesada reconocida y determinar si supera o no el monto establecido en el legislativo mencionado.

Como el salario mínimo para la fecha de reconocimiento (1 de junio de 2016) ascendía a $689.455, el límite para hacerse beneficiario de la mesada adicional era de $2.068.365, y como quiera que su mesada inicial es la suma de $3.014.784, queda claro que el monto de la prestación reconocida excede con creces la limitación impuesta por el Acto Legislativo 01 de 2005, alejándolo del pago de la mesada adicional.

Idéntica situación acontece si se analiza el primer reconocimiento efectuado en Resolución No. 7480 del 26 de noviembre de 2010 bajo la Ley 71 de 1988, pues normativamente se contempla que debe reunir los requisitos de 20 años o más de cotizaciones al ISS y en una o varias entidades del Sector Público y 60 años de edad si es hombre, y, atendiendo a que alcanzó la condición de la edad en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (24 de noviembre de 2009), inexorablemente debe superar la barrera de la cuantía, lo cual como ya se dijo, no lo logró.

Ahora, como estos actores estiman que tenían el derecho adquirido pues causaron la pensión con el cumplimiento del tiempo de servicios exigidos por la norma, y que la edad solo es un requisito de exigibilidad, debe decirse que tal argumento no es de recibo, habida cuenta de que, únicamente se está ante un derecho adquirido, cuando se ha consolidado una situación jurídica en virtud de una vigencia normativa, y por ende no puede desconocerse tal situación, cuando entra a regir una nueva norma. Así lo explica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4650 de 2017 reiterada en SL3231 de 2020, al referir que un derecho adquirido se causa «*cuando una persona ha satisfecho la totalidad de los requisitos que establece la ley, es decir, es aquél que ha entrado en el patrimonio de aquella*». Y, porque el máximo

órgano de cierre en lo ordinario laboral en la sentencia SL289 de 2018, concluyó que la redacción de las normas, es la que determina los parámetros de exigibilidad o de causación de las pensiones que consagran, siendo para el presente caso, la norma determinadora (Ley 33 de 1988) clara al establecer edad y tiempo de servicios, como requisitos de causación. Así, no puede hablarse de un derecho adquirido a su favor, por haber alcanzado el tiempo de servicios antes de entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, pues, como queda demostrado la totalidad de requisitos los alcanzaron precisamente en vigencia del acto reformatorio mencionado. En otros términos, causaron el derecho en vigencia del aludido cuerpo legal, debiendo inexorablemente verificarse la cuantificación de su reconocimiento. Ello más allá de calidad de beneficiarios del régimen de transición.

Por lo anunciado, se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de Pablo Elí Pérez Bautista y Gabriel Guillermo Trillos Pinzón.

En cuanto a Rosa Elvira Villamil Gómez, se tiene que nació el 9 de julio de 1956 (fl. 35, archivo digital 03), y, que mediante Resolución No. 7435 del 29 de diciembre de 2006 el ISS le reconoce la pensión especial de jubilación en cuantía de $1.625.786 a partir del 1 de diciembre de 2006, a cargo del ISS Seccional Norte de Santander, Negocio: Servicios Asistenciales Riesgos Profesionales, hasta que se acredite los requisitos del RPM y le sea reconocida la pensión de vejez. Ello de conformidad con la convención colectiva 2001-2004 suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social (fl. 29-33, archivo digital 03).

Se establece también que la mencionada prestó sus servicios al ISS en el cargo de secretaria del 12 de septiembre de 1977 al 30 de noviembre 2006, con interrupción de 21 días para un total de 10.498 días, es decir, que para el 30 de noviembre de 1997, tenía los 20 años de servicios a favor del ISS.
De esta manera las cosas, y en vista de que, la pensión de la cual es titular esta actora, se le otorgó en virtud de lo establecido específicamente en el artículo 98 de la Convención Colectiva 2001-2004, que a la sazón decía: *"El trabajador*

oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al ciento por ciento (100%) del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales" (…), es claro y patente que resulta beneficiaria de la mesada 14 aquí discutida.

En efecto, como los 20 años de servicios para el ISS los alcanzó el 30 de noviembre de 1997, en esa data causó el derecho pensional, habida cuenta de que, a partir de la interpretación que le ha dado a ese canon convencional la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para esos menesteres solamente se requiere alcanzar el tiempo de servicios, siendo la edad un requisito de exigibilidad. Dijo el órgano de cierre: (…) *"la interpretación válida de dicha cláusula es la que aquí se fija, esto es, que el requisito de edad en ella contenido es de exigibilidad de la prestación pensional, no de causación."*. (CSJ SL3343-2020. Agosto 26 de 2020. Rad. No. 78303)

En otros términos, el 30 de noviembre de 1997, es decir, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, causó el derecho pensional, más allá de que llegara a los 50 años el 9 de julio de 2006. Cabe señalar, que como la causación de la pensión de jubilación se dio antes de la vigencia del Acto Legislativo, el valor de su mesada no determina si mantiene o no el derecho a la mesada adicional y que, tal prestación pensional estará a cargo de la U.G.P.P. por haber sido esta la entidad que asumió de manera subrogatoria las obligaciones pensionales de la empleadora ISS.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia en cuanto negó el derecho reclamado por Rosa Elvira Villamil Gómez y en su lugar se ordenará a la U.G.P.P., que le reconozca y pague la mesada adicional de junio. Se declarará impróspera la excepción de inexistencia de la obligación reclamada que fue esgrimida por la U.G.P.P.

De otra parte, al avocar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, se tiene que se propuso la excepción de prescripción, que los artículos 488 del CST y el 151 del CPTSS, consagran que el trabajador tiene 3 años para evitar que se configure el término extintivo y que este puede ser interrumpido por una sola vez, para volver a iniciar el cómputo.

Como en el *sub-lite* se evidencia que se reclamó la mesada 14 en petición del 28 de enero de 2020, que la misma fue negada el 25 de febrero de 2020. Igualmente, que la demanda se interpuso el 6 de agosto de 2020 y fue admitida por auto del 24 de septiembre de 2020, es diáfano que el fenómeno extintivo se interrumpió el 28 de enero de 2020 y por ende, se declararán prescritas las mesadas adicionales causadas antes del 28 de enero de 2017, quedando exigibles las mesadas adicionales de junio de 2017 a la fecha. Por lo tanto, se declarará parcialmente próspera la excepción de prescripción.

Respecto el valor por retroactivo, como en la Resolución No. 7435 del 29 de diciembre de 2006, se reconoce la pensión especial de jubilación, en cuantía de $1.625.786, el retroactivo causado por una mesada anual desde junio de 2017 a junio de 2021 equivale a $13.829.401, conforme la siguiente liquidación.

AÑO	MESADA	IPC
2.006	$ 1.625.786,00 (prescrita)	4,48%
2.007	$ 1.698.621,21(prescrita)	5,69%
2.008	$ 1.795.272,76(prescrita)	7,67%
2.009	$ 1.932.970,18(prescrita)	2,00%
2.010	$ 1.971.629,58(prescrita)	3,17%
2.011	$ 2.034.130,24(prescrita)	3,73%
2.012	$ 2.110.003,30(prescrita)	2,44%
2.013	$ 2.161.487,38(prescrita)	1,94%
2.014	$ 2.203.420,24(prescrita)	3,66%
2.015	$ 2.284.065,42(prescrita)	6,77%
2.016	$ 2.438.696,64(prescrita)	5,75%
2.017	$ 2.578.921,70	4,09%
2.018	$ 2.684.399,60	3,18%
2.019	$ 2.769.763,51	3,80%
2.020	$ 2.875.014,52	1,61%
2.021	$ 2.921.302,25	5,62%
TOTAL:	$ 13.829.401	

Igualmente se autorizará que del retroactivo se realicen los descuentos de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por disponerlo así los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, 26 del Decreto 806 de 1998 y 2º del Decreto 4248 de 2007, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia –*como la sentencia SL 7061-2016 de mayo 18 de 2016*.

Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Sobre la petición de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se advierte que el actual criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es que 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). Esto siempre y cuando no exista justificación para el retardo, pues si es patente tal, debe exonerase a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454, SL4184 de 2021).

En el caso presente, ninguna justificación denota la negativa en el reconocimiento de la mesada pensional adicional por parte de la U.G.P.P., dado que según se extrae del dossier probatorio allegado al plenario, la actora acreditó con suficiencia ser acreedora de dicha prebenda por cumplir los 20 años al servicio de su empleadora, único requisito exigido por la norma convencional determinadora, y que esto acaeció antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, lo que permitía el disfrute efectivo de la prestación adicional sin miramiento alguno en razón de la cuantía.

Diáfano deviene entonces, que la pasiva en forma irreflexiva se negó a otorgar la mesada pensional de junio movida por un actuar caprichoso y abiertamente injustificado, acotando que la accionante percibía una pensión superior a los 3 salarios mínimos legales vigentes -como lo dispone la norma- de la que debía partirse para el análisis de la procedencia de la pretensión. Actuar que se encuentra muy lejos de connotar una postura amparada en la

normatividad vigente y lo sostenido por el máximo tribunal de cierre en sendas sentencias citadas.

Así las cosas, se tiene que al haberse reconocido en la providencia el derecho a la mesada adicionales a partir de junio de 2017, y siendo claro que ésta se paga junto con la ordinaria del mismo mes, es viable conceder la sanción a partir del 1° de julio de cada anualidad en que se cause la catorceava prestación, y hasta tanto se acredite el pago efectivo de la misma, teniendo en cuenta la tasa máxima de interés moratorio vigente para dicho momento.

Finalmente, conforme al artículo 365 del C.G.P aplicable por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas de segunda instancia a Pablo Eli Pérez Bautista a favor de UGPP y a Gabriel Guillermo Trillos Pinzón en favor de Colpensiones al no prosperar sus recursos. Fíjense las agencias en derecho a favor de las demandadas en cuantía de $400.000; Al prosperar la apelación de Rosa Elvira Villamil Gómez, se condenará en costas de ambas instancias a la U.G.P.P., fijándose como agencias de derecho de segunda instancia la suma de $400.000 a favor de la actora. Como el recurso de apelación no se dirige contra COLPENSIONES, no habrá condena en costas de segunda instancia a su favor. Montos acordes con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar parcialmente los ordinales Primero, Segundo y Tercero de la sentencia del 30 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en cuanto negó las pretensiones y condenó en costas a Rosa Elvira Villamil Gómez.

SEGUNDO: Declarar que Rosa Elvira Villamil Gómez con C.C. 37.253.972, tiene derecho a la mesada adicional de junio, del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a cargo de la U.G.P.P.

TERCERO: Declarar no probada la excepción de inexistencia de la obligación y probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por U.G.P.P., respecto de las mesadas adicionales de junio de 2007 a junio de 2016.

CUARTO: Condenar a la U.G.P.P. a reconocer y pagar a Rosa Elvira Villamil Gómez, la suma de $13.829.401 por concepto de mesadas adicionales de junio de 2017 a 2021, las que se sigan causando anualmente y por los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados sobre cada mesada adeudada desde su exigibilidad y hasta su pago efectivo. Se **AUTORIZA** que del mismo se descuenten las cotizaciones de la demandante al sistema de seguridad social en salud.

QUINTO: Confirmar en lo demás la decisión objeto de apelación y consulta.

SEXTO: Condenar en costas de segunda instancia a Pablo Eli Pérez Bautista a favor de UGPP y a Gabriel Guillermo Trillos Pinzón en favor de Colpensiones al no prosperar sus recursos. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada $400.000 a cargo de cada uno.

SÉPTIMO: Condenar en costas de ambas instancias a la U.G.P.P. a favor de Rosa Elvira Villamil Gómez. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada $400.000. Liquídense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

ELVER NARANJO

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

JP

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

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

Cúcuta, cinco (05) de mayo de Dos Mil Veintidós (2022).

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2020-00261-01
RADICADO INTERNO:	19.712
DEMANDANTE:	HÉCTOR JAIME DULCE MORENO
DEMANDADO:	PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020, se corre traslado a la parte demandada como apelantes y beneficiario de la consulta, para que en el término de cinco (05) días procedan a alegar de conclusión, vencido lo cual correrá el mismo término para el demandante.

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

Surtidos los términos de traslado para alegar, procederá la Sala a proferir la sentencia por escrito, que será publicada por estado, con lo cual se entenderá surtida su notificación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 6 de mayo de 2022

Secretario

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

Cúcuta, cinco (05) de mayo de Dos Mil Veintidós (2022).

PROCESO:	**ORDINARIO LABORAL**
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2020-00267-01
RADICADO INTERNO:	19.714
DEMANDANTE:	LUZ ANGELA PÉREZ RUSSI
DEMANDADO:	PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020, se corre traslado a la parte demandada como apelantes y beneficiario de la consulta, para que en el término de cinco (05) días procedan a alegar de conclusión, vencido lo cual correrá el mismo término para el demandante.

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

Surtidos los términos de traslado para alegar, procederá la Sala a proferir la sentencia por escrito, que será publicada por estado, con lo cual se entenderá surtida su notificación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 6 de mayo de 2022

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 11 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-002-2020-00288-00 promovido por **Evaristo Castellanos Montes** contra 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 entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 1 a 21): **Depreca** la activa se declare que tiene derecho a la aplicación del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición. En consecuencia, se condene a Colpensiones al pago de la prestación de vejez a razón de catorce mensualidades y a partir del 27 de octubre de 2011, data de cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos. Al igual que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que ultra y extra petita resulte probado, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** al 1° de abril de 1994 contaba con 43 años, lo que lo hace beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. **2) Que** entre 2013 y 2018 ha venido reclamando el reconocimiento pensional ante Colpensiones con resultado infructuoso, bajo el argumento de no acreditar la densidad de semanas exigidas para tal fin. **3) Que** agobiado con tal situación y acatando lo sugerido por la entidad, el 16 de

febrero de 2019 presentó solicitud de pago de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, otorgada por Colpensiones a través de Resolución No. SUB 109030 del 7 de mayo del mismo año, en cuantía de $18.082.487. **4) Que** en dicho administrativo, se reconoce que ha aportado 6.503 días directamente ante el ISS y 645 días por el servicio militar prestado ante el Ejército Nacional, para un total de 1.025,42 semanas pagadas antes del 31 de diciembre de 2014. Situación que asegura, lo hace acreedor de la pensión de vejez, por lo que resulta injustificada y transgresora de los postulados legales y constitucionales vigentes, la reiterativa negación de pago emanada de la encartada. **5) Que** no resulta de recibo el argumento esbozado por Colpensiones, referente a que la totalidad de tiempo debió ser cotizado directamente al ISS, porque contraría el principio de favorabilidad y la jurisprudencia de las Altas Cortes. Más, cuando afirma, la fuerza de trabajo prestado por los soldados conscriptos no genera aportes y solo sirve para completar requisitos de pensión bajo cualquier modalidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: Colpensiones se opuso a las pretensiones. Aceptó lo relativo a la afiliación del accionante, la edad referenciada y los reclamos pensionales. Manifestó que aquel no cuenta con la densidad de semanas para alcanzar la pensión reclamada. Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación pretendida, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción, e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del 11 de febrero de 2022, reconoció al actor la calidad de beneficiario del régimen de transición y condenó a Colpensiones a pagarle la pensión de vejez a partir del 27 de octubre de 2011 y con apego a la configuración del fenómeno extintivo de la prescripción, dispuso el pago de mesadas desde el 20 agosto de 2017 en cuantía de $1.599.487, para un retroactivo pensional de $100.621.483 calculado a febrero

de 2022. Negó los intereses moratorios deprecados. Gravó en costas a la pasiva.

Consideró que el demandante resulta beneficiario de la transición, pues dada su fecha de nacimiento en 1951, diáfano resulta que al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años, prebenda que dijo, de acuerdo al material probatorio, conservó más allá del 31 de julio de 2010, por reunir el número de semanas exigidas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, 750 semanas al 29 de julio de igual calenda. En tal línea, bajo la égida de la teoría de sumatoria de tiempos, ordenó el pago de la pensión de vejez con apego en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que afirmó, no resulta afectada por el reconocimiento previo de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de que fue objeto el afiliado. Tuvo por configurado en forma parcial, el fenómeno extintivo de la prescripción, advirtiendo que aun cuando el actor presentó múltiples peticiones de reconocimiento pensional, que a su vez generaban interrupción trienal, se abstuvo de radicar demanda respectiva ante la jurisdicción, por lo que debía tomarse como punto de referencia para aplicación de la prescripción frente a las mesadas pensionales, la última reclamación elevada, el 20 de agosto de 2020, procediendo a calcular el retroactivo pensional desde el mismo día y mes del 2017.

Denegó los intereses moratorios deprecados bajo el argumento que la procedencia del derecho pensional obedece a la aplicación de criterios jurisprudenciales.

RECURSOS DE APELACIÓN: Colpensiones impugnó las condenas pidiendo sean revocadas y se le absuelva. Sustentó que el reconocimiento pensional no se ajusta a derecho porque el accionante no acredita los requisitos exigidos por la Ley 71 de 1988, el Decreto 758 de 1990 ni la Ley 797 de 2003, porque solo cuenta con 914 semanas hasta la data de finalización del régimen de transición -31 de diciembre de 2014-, aportadas exclusivamente al ISS. Además, porque como el afiliado ya percibió indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el reconocimiento de otra prestación supone una doble asignación, proscrita por la Ley y la Constitución.

El protagonista procesal persigue la revocatoria parcial de la providencia en dos aspectos específicos: (i) la contabilización del término de prescripción, indicando que en reiteradas oportunidades se solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, obteniendo negativa injustificada, por lo que mal podría partirse de la última reclamación presentada en agosto de 2020 a efectos de generar afectación de mesadas pensionales válidamente causadas; y (ii) la negativa de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, insistiendo en que resulta procedente la imposición de sanción moratoria en caso por la dilación injustificada que ejecutó Colpensiones de cara a las pretensiones elevadas. Discute que desde el 2014, a razón de lo estipulado en la sentencia de unificación 769, la Corte Constitución sentó como precedente la viabilidad de computar tiempos públicos y privados a fin de materializar el derecho pensional de los afiliados; resultando arbitrario que Colpensiones condicionara la aplicación del beneficio a una situación de tiempo no mencionada en la sentencia, planteando una subregla, al esgrimir que solo acumularía tiempos a los afiliados que causaran la pensión entre la data de publicación de la providencia y el 31 de diciembre de 2014, cuando expiró el régimen de transición.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La activa insiste en la necesidad de revocar parcialmente la sentencia de primera instancia en lo que atañe 1) a la falta de reconocimiento de los intereses moratorios que asegura, sí resultan procedentes, y 2) el cómputo de la prescripción, señalando como mejor opción, partir del reclamo de reconocimiento de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, elevado el 16 de enero de 2019.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reiteró los argumentos esbozados en la apelación.

3o. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A partir de las apelaciones, corresponde determinar: (i) si el demandante es o no beneficiario de la transición pensional. (ii) Si satisface o no los requisitos

de la pensión de vejez, y para ese efecto, si es posible o no sumar tiempos públicos y privados. En caso afirmativo, (iii) desde qué fecha, en qué cuantía y si acaeció o no el fenómeno de la prescripción sobre mesadas. De ser así, desde qué periodo debe trazarse el inicio del cómputo. (iv) Si proceden o no los intereses de mora y desde qué data. Y (v) si se ajusta a derecho o no la condenación en costas de la primera instancia a cargo de Colpensiones.

Del régimen de transición, la pensión de vejez del Decreto 758 de 1990 y la sumatoria de tiempos públicos y privados.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, estatuye que para las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema general de pensiones *-abril 1° de 1994, conforme al artículo 151 ibídem-* tengan 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados. La vigencia de esta medida, denominada *"Régimen de transición"*, fue restringida por el parágrafo transitorio 4° del artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual la expectativa de pensionarse por vejez con base en los requisitos de los regímenes anteriores a la ley 100 de 1993, **se mantuvo hasta el 31 de julio de 2010**. Excepcionalmente, los beneficiarios que alcanzaron a cotizar al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios al **29 de julio de 2005**, cuando entró en vigencia el acto legislativo, gozaron de una extensión de esa prerrogativa hasta el **31 diciembre de 2014**.

En el *sub examine* los documentos evidencian que **el demandante nació el 27 de octubre de 1951**, como se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía, obrante en el plenario a folio 22 del archivo contentivo de la demanda. Además, que es afiliado al ISS desde el 27 de mayo de 1972 y que cotizó al sistema general de pensiones **924,43** semanas en total *-hasta marzo de 1990-*, como consta en el último historial laboral expedido por Colpensiones y consignado en los diferentes actos administrativos publicitados. Cúmulo al

que **deben sumarse** 96,428 semanas correspondientes al servicio militar prestado al Ministerio de Defensa Nacional, como soldado entre el 16 de enero de 1970 y 30 noviembre de 1971, como se colige del certificado del 30 de octubre de 2014 emitido por el grupo de archivo general de dicha entidad. Así, se tiene que el incoante aportó un total de **1.020,42** semanas al SGP.

Ha de indicarse que la Alta Corporación en lo laboral, venía reflexionando que bajo la normativa anterior (Decreto 758 de 1990), resultaba improcedente así fuera en aplicación de la condición más beneficiosa, acumular cotizaciones con tiempo de servicios, pues, los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales en el régimen de prima media con prestación definida, no contemplan tal posibilidad. Se dijo igualmente, que ello, solo vino a ser factible con la expedición de la ley 100 de 1993, cuyo parágrafo 1° literal f) del artículo 13 permite tener en cuenta *"el tiempo de servicio como servidores públicos"*. (**Ver sentencia SL4031 de 2017**).

Empero, tal criterio de interpretación pacífica y reiterativa, fue recogido por el órgano límite en la sentencia SL1947 del 1° de julio de 2020, para avalar la posibilidad de adicionar a los aportes realizados ante el ISS, los tiempos de servicio público sin cotizaciones a ese ente, para efectos de acreditar las exigencias del Acuerdo 049 de 1990 en cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, cuando se invoca el principio de la condición más beneficiosa. Se precisó en la nueva intelección que *"...las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993,* ***pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas****"*.

De cara a esta nueva visión refulge nítido entonces, que es procedente avalar la sumatoria de tiempos públicos y privados a fin de acreditar el número de semanas previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para la pensión de vejez, allende la existencia o no del cobijo bajo el beneficio del régimen de transición.

Y es que incluso, con la promulgación de la SU-769 de 2014, la Corte Constitucional acumuló tiempos públicos y privados bajo el Acuerdo 049 de 1990, y, aunque **lo hizo para la causación de una pensión de vejez que con otras normatividades no era posible consolidar**, allí la finalidad fue amparar derechos fundamentales como el mínimo vital y la seguridad social, siendo adoptada tal postura, por ser la que mejor se ajusta a la Constitución y a los principios de favorabilidad y *pro homine*. En ella se advirtió que la exclusividad en los aportes al ISS es un evento que no fue contemplado en esa disposición y en esa medida la acumulación es posible, aunado a que se concluyó que el hecho de no haberse realizado las respectivas cotizaciones o descuentos, no es una conducta que deba soportar el trabajador, más aún cuando era la entidad pública la que asumía la carga prestacional y a la que indistintamente de haberse realizado o no los aportes, le corresponde asumir el pago de los mismos.

De esta manera las cosas, desde tal data, se considera que invocar esa providencia como precedente para casos como el presente, resulta acertado, pues, confluyen los siguientes elementos: **(i)** En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver. **(ii)** La ratio sirve de base para solucionar el problema jurídico por presentarse una cuestión constitucional semejante **y (iii)** los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior plantean un punto de derecho semejante al que debe resolverse. (**Ver sentencia T-817 de 2012**).

En suma, para el reconocimiento de la pensión de vejez bajo el principio de la condición más beneficiosa a quienes se les aplique los requisitos contenidos en el Decreto 758 de 1990, como es el caso, es posible realizar la acumulación de tiempos públicos y privados si se tiene en cuenta que, según el antiguo precedente constitucional vinculante y el reciente jurisprudencial aludidos, la mentada norma en ninguno de sus apartes menciona la imposibilidad de realizar tal adición.

Con base en los criterios ya referidos, se infiere que el actor, en principio, es beneficiario de la reseñada transición pensional, como lo explicó el *a quo*,

porque contaba con 44 años al 1° de abril de 1994, y, por ser afiliado al ISS, palmario deviene que le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, cuyo artículo 12 señala los requisitos para adquirir la pensión de vejez: 60 años, en el caso del hombre, y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la mencionada edad o 1.000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

Exigencias que cumple, en la medida en que, arribó a la edad el 27 de octubre de 2011 y hasta marzo de 1990 acumuló 1.020,42, es decir, más de las 1.000 requeridas en la disposición aplicada. Valga precisar que las 4,57 semanas aportadas entre enero y abril de 2015, que permiten reunir las 1.025 semanas a las que se hace referencia en la totalidad de actos administrativos expedidos, no se contabilizan por causarse con posterioridad al 31 de diciembre de 2014, data que como se dijo, fue fijada como momento de expiración del régimen de transición que aquí se persigue.

Así, debe decirse que resulta acertada la decisión de primer grado, en lo relativo al otorgamiento de la pensión de vejez, por lo que merece ser confirmada.

Del monto de la pensión, el retroactivo y la prescripción.

Para la resolución de este asunto, se acude a los artículos 31 de la ley 100 de 1993, 13 y 35 del Decreto 758 de 1990. De acuerdo con esas disposiciones es aplicable al RPM la exigencia legal según la cual para el disfrute de la pensión de vejez es necesaria la desafiliación al régimen; acto que consiste *-al igual que la afiliación-* en una declaración de voluntad.

Sin embargo, en casos como el presente, cuando ocurre que la desafiliación tuvo lugar en fecha posterior a aquella en que se satisfacen los requisitos para acceder a la prestación, por virtud de la negativa de la administradora a pagarla aduciendo erróneamente que no se cumplen dichos requisitos basada en información que no corresponde a la realidad, el órgano de cierre de esta

jurisdicción, ha considerado que debe reconocerse el derecho a disfrutar de la pensión, desde el momento en que se ha inducido en error al afiliado, así éste haya continuado cotizando, pues si bien la ley de seguridad social establece como necesaria la desafiliación del sistema para que proceda el pago de la pensión; deben estudiarse las particularidades de cada caso, ya que su aplicación ha de ajustarse a las circunstancias especiales que surgen de la situación pensional del afiliado, sin que sea posible hacerlo responsable de la negligencia de la AFP en la negativa de su derecho.

También ha explicado, que solo en el evento en que esas cotizaciones adicionales aumenten el monto de la prestación bien por tasa de reemplazo o bien por IBL deben tenerse en cuenta para no hacerle nugatorio al afiliado el derecho previsto en el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. (Sala de Casación Laboral CSJ Sentencias Rad 34.514 del 1° de septiembre de 2009; 39.391 del 22 de febrero de 2011 y 42.289 del 5 de junio de 2012).

En el *sub examine*, se observa que el demandante reclamó su derecho pensional por primera vez el 2 de enero de 2014, la pasiva se lo negó en la resolución GNR 45098 del 19 de febrero 2014 (fls. 23 a 25), porque no satisfizo el requisito de semanas previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005 para extender el beneficio de la transición más allá de julio de 2010 y hasta diciembre de 2014. También se evidencia que en ocho oportunidades más (entre febrero de 2015 y enero de 2019), la activa reclamó nuevamente su prestación, peticiones que luego de surtidos los recursos de la vía administrativa, culminaron con la expedición de nueve actos administrativos que ratificaron la postura nugatoria de Colpensiones frente al otorgamiento de la prestación económica (Resoluciones GNR 57775 de 2015, GNR 210128 de 2015, VPB 59200 de 2015, SUB 30364 de 2017, SUB 146816 de 2017, DIR 14202 de 2017, SUB 289647 de 2017, SUB 35844 de 2018 y DIR 3372 de 2018).

De la anterior documental se colige, que las cotizaciones efectuadas luego de satisfechos los requisitos mínimos para adquirir la pensión de vejez, dígase, entre enero y abril de 2015, fueron realizadas por inducción a error de

Colpensiones, entidad que incluso durante el trámite del proceso reitera la improcedencia del derecho pensional. Es menester recordar que el deber de custodia, conservación y guarda de los datos contenidos en las historias laborales corresponde a las AFP, así, las consecuencias de los errores en tales documentos, no deben ser asumidas por los afiliados (artículo 4º y 17 de la Ley 1581 de 2012).

En tal línea, comoquiera que la inducción a error se concretó el 28 de abril de 2014, cuando el actor fue notificado del contenido de la Resolución No. GNR 45098 del 19 de febrero de dicha anualidad (fls. 23 a 25), y se mantuvo por espacio de cinco años, hasta mayo de 2019; es claro que las cotizaciones realizadas entre enero y abril de 2015 no son determinantes en relación con el tópico de desafiliación ni influyen significativamente en el aumento del IBL. Así, habiendo efectuado el afiliado su última cotización libre y ausente de condicionamiento, en marzo de 1990, y arribado a los 60 años el 27 de octubre de 2011, cuando ya contaba con 1.020,42 semanas válidamente aportadas al SGP, debe entenderse que la causación y el disfrute de la prestación principiaron en la última data mentada, por lo que no proceden entonces 14 mesadas anuales, pues, el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó a 13 mesadas las pensiones causadas con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Sin embargo, tal y como lo señaló el *a quo,* el fenómeno trienal de la prescripción afectó un número de las mesadas causadas. Ha de precisarse, eso sí, no en la estricta forma en que concluyó el juzgador, ni como lo pretende el extremo activo en su censura.

En efecto, como se ha puntualizado a lo largo de la providencia, fueron varias las oportunidades en las que Evaristo Castellanos Montes reclamó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez y consecuencial pago del retroactivo correspondiente. El primer momento se ubica el 2 de enero de 2014, siendo exteriorizada la postura de la entidad a través de Resolución GNR 45098 del 19 de febrero de 2014, notificada personalmente el 28 de abril del mismo año (fls. 23 a 25). Actuación frente a la cual el adepto podría (i) interponer los recursos de ley para mantener vigente el trámite administrativo

correspondiente, ora (ii) acudir a la jurisdicción ordinaria en procura de obtener el reconocimiento pensional.

El historial probatorio demuestra que Castellanos Montes se enrutó en el primer escenario, pues determinó presentar recursos de reposición y apelación frente a todos y cada uno de los actos administrativos proferidos por la administradora de pensiones. Obsérvese que con la Resolución GNR 57775 de 2015 se negó segunda petición pensional fechada del 15 de diciembre de 2014 (fls. 26 a 31). Contra tal determinación, el actor radicó recurso de reposición y en subsidio de apelación el 8 de abril de 2015, desatado desfavorablemente con las Resoluciones GNR 210128 y VPB 59200 de 2015 (fls. 32 a 36 y 40 a 46). El 27 de febrero de 2017 se solicita un nuevo estudio de la situación pensional (fls. 47 a 53), obteniendo idéntico resultado infructuoso, como da cuenta el contenido del acto administrativo SUB 30364 de 2017 (fls. 54 a 61), que se repuso y apeló el 17 de agosto de 2017 (fls. 62 a 67), sin éxito alguno como lo revelas las resoluciones SUB 146816 y DIR 14202 de 2017 (fls. 68 a 76 y 77 a 86).

El afiliado insiste en su petición el 4 de diciembre de 2017 (fls. 88 a 93) y con la Resolución No. SUB 289647 de 2017 recibe otra negativa (fls. 94 a 105), decisión que recurre el 19 de enero de 2018 (fls. 107 a 110), con despacho desfavorable de sus aspiraciones, según se colige de la lectura de las resoluciones SUB 35844 y DIR 3372 de 2018 (fls. 111 a 125).

Habiendo concluido en debida forma el proceso, pues la totalidad de peticiones fueron resueltas por la administración, el ciudadano tenía la opción de presentar demanda ordinaria ante el juez natural del asunto, pero determinó elevar una última solicitud ante Colpensiones encaminada a obtener la revocatoria directa de la integralidad de los actos administrativos proferidos entre 2014 y 2018 en relación con el derecho pensional por vejez. Requerimiento que también fue denegado por medio de Resolución SUB 179739 del 24 de agosto de 2020, dejando reseñado que la solicitud fue recibida el 18 de agosto de 2020 (fls. 134 a 148).

Así las cosas, es claro que para el cómputo de la prescripción ha de partirse de dicha fecha, itérese, 18 de agosto de 2020, ya que, como se ha dicho éstas se hicieron exigibles a partir del 27 de octubre de 2011 y ese fue el momento en que se presentó la última reclamación administrativa, siendo radicada la acción ordinaria el 22 de septiembre de 2020, admitida el 3 de diciembre de igual calenda, y notificada esta providencia a la pasiva dentro del año siguiente a su intimación a la demandante por estado (artículo 94 CGP), esto es el 18 de ese mismo mes y año.

Bajo tal égida, debe decirse que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 18 de agosto de 2017, se vieron afectadas por la prescripción a que alude el artículo 151 del CPTSS. Por tanto, contrario a lo concluido por el juez de primera instancia, procede el retroactivo a partir de la data mencionada.

Corresponde aplicar un IBL de $1.682.132, que se obtiene de actualizar el histórico de salarios cotizados por el afiliado durante los últimos 10 años, como lo prevé el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al que se le multiplica una tasa porcentual del 75% de cara al número de semanas aportadas (1.020,42), en los términos establecidos por el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, para obtener mesada pensional equivalente a $1.261.599 para octubre de 2011, que corresponde actualizar año tras año con referencia de los IPC certificados por el DANE. Como así procedió el *A Quo*, se confirmará la providencia en dicho aspecto.

Entonces, las mesadas causadas desde el 18 de agosto de 2017 hasta el 28 de febrero de 2022, mes en el que se dictó la sentencia de primer grado, suman $100.621.483, a razón de 13 pagos de pensión, más las causadas entre el 1° de marzo y abril 30 de 2022, inclusive, que corresponden a $3.827.324, para un total de **$103.281.590**. Suma de la cual se ha de descontar a título de compensación, el valor pagado por Colpensiones a título de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez ($18.082.487), a la cual deberá aplicarse la indexación respectiva, tal como ha resuelto en casos semejantes la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al acceder a la pensión de vejez habiendo sido

reconocida la prestación sustitutiva, verbigracia en la sentencia de radicado 55447 del 16 de mayo de 2018, que es referente en esta actuación.

La aludida operación arroja como retroactivo pensional adeudado un total de **$85.199.103**. A partir del 1° de mayo de 2022 y en adelante, Colpensiones seguirá cancelando al demandante el equivalente a $1.913.662.

En este sentido, se complementará la decisión de primer grado para fulminar la condena en concreto en cumplimiento de lo previsto en el artículo 283 del CGP y efectuar la deducción de los rubros ya cancelados por la entidad, declarando probada de oficio, la excepción de compensación.

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

Sobre los intereses de mora.

Sabido es que los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, 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 existe justificación para el retardo, pues si es patente tal, debe exonerase a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

Igualmente, importa poner de presente lo indicado por el mismo órgano cúspide, en el sentido de que para determinar la procedencia de dicho gravamen debe analizarse la conducta de la administradora en el retardo o negación del reconocimiento o pago de la pensión, ya que, **en el evento de**

demostrarse que su proceder tiene sustento normativo debe exonerársele de los intereses de mora. Así se dijo en la sentencia SL704-2013, entre otras.

La activa ataca a la sentencia en lo referente a los intereses moratorios, discutiendo que con independencia del cambio de criterio exteriorizado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir del 2020, desde el 2014, de cara a la publicación de la SU764 de 2014, la Corte Constitución avaló la sumatoria de tiempos públicos y privados para efectos del reconocimiento de pensiones de vejez, por lo que asegura, la negativa reiterada por parte de Colpensiones frente a las insistentes peticiones pensionales resulta injustificada y caprichosa, lo que viabiliza la imposición de dicha sanción moratoria.

Intelección que no se comparte porque la negación de la pensión fue resultado de la aplicación minuciosa de la ley, que no contempla expresamente la sumatoria de tiempos a la que debió acudirse para efectos de computar las semanas cotizadas directamente al ISS con el tiempo servido en el sector público.

Mírese incluso que, para cuando se radica la primera solicitud de pensión (2 de enero de 2014) y se profiera el acto administrativo que la niega (Resolución GNR 45098 del 19 de febrero de 2014), la sentencia de unificación 769 no había sido publicada, pues ello solo ocurrió hasta el 16 de octubre de 2014 como da cuenta el resultado de revisión de la gaceta de relatoría de la página web oficial de la Corte Constitucional. Y en lo sucesivo, hasta el año 2020, existió en las altas cortes disparidad de criterios en relación con el tópico de sumatoria de tiempos, siendo que el órgano de cúspide la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, precisó reiteradamente la inviabilidad de dicha figura entratándose de pensiones cuyo reconocimiento se predicaba con apego en el Decreto 758 de 1990 y bajo las reglas de la transición.

Ante dicho escenario, determinó la administradora de pensiones del RPM conceder tal beneficio y por favorabilidad, a aquellos afiliados que acreditaran

la causación del derecho entre octubre de 2014 -cuando se publicó la providencia- y diciembre del mismo año -prevista para la expiración del régimen de transición-. Postura que, contrario a lo sostenido en la alzada del actor, no resulta acomodada ni descabellada si en cuenta si tiene que el juez natural del asunto pregonaba la improcedencia de acumulación de semanas no cotizadas ante el otrora ISS.

No puede entonces catalogarse de forma irreflexiva que la pasiva se negó a otorgar la pensión movida por un actuar caprichoso y abiertamente injustificado, porque ciertamente no ocurre, pues, se itera, la convocada a juicio sentó su postura a luz de la normatividad vigente. Por tanto, se confirmará la absolución decretada en la primera instancia.

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

En síntesis, se confirmará la decisión de primera instancia, por resultar infundados los argumentos de las apelaciones, pues quedó demostrado que el actor es beneficiario del régimen de transición y cumple con las exigencias del Acuerdo 049 de 1990. Y que los intereses moratorios no son procedentes por haber negado la pasiva el pago de mesadas con apego en la normatividad vigente.

Se modificará para efectos de precisar que el fenómeno extintivo de la prescripción operó en relación con las mesadas causadas con antelación al 18 de agosto de 2017, data desde la cual procede el reconocimiento de la prestación. Se complementará para extender la condena en concreto del retroactivo pensional hasta el 30 de abril de 2022, y para autorizar los descuentos al sistema de seguridad social en salud y de los valores cancelados por la encartada a título de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Se declarará probada de oficio, la excepción de compensación.

Finalmente, conforme al artículo 365 del C.G.P aplicable por remisión del 145 del CPTSS, se condenará en costas a ambos extremos procesales por no salir avante sus apelaciones. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada $200.000 a cargo de cada uno. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 11 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de liquidar precisar que el reconocimiento de la pensión de vejez en favor de **Evaristo Castellanos Montes** y a cargo de Colpensiones, procede a partir del 18 de agosto de 2017 y en cuantía de $1.599.488.

SEGUNDO: COMPLEMENTAR la decisión, en el sentido de efectuar el descuento de la suma cancelada al demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Luego de lo cual se obtiene un retroactivo pensional de **$85.199.103**, a razón de 13 mesadas anuales desde el 18 de agosto de 2017 y hasta el 30 de abril de 2022. Se **AUTORIZA** que del retroactivo se descuenten las cotizaciones de la demandante al sistema de seguridad social en salud.

TERCERO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de compensación.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la decisión objeto de apelación y consulta.

QUINTO: CONDENAR en costas a ambos sujetos procesales. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada $200.000 a cargo de cada uno. Liquídense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFIQUESE.

Los Magistrados,

Nidiam Belén Quintero Gélvez

José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 2 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-002-2020-00384-01 promovido por **Claudia Patricia Cetina Sandoval** contra la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección**, **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** 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: (archivo digital 03): Depreca la actora se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia, se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones; así como cualquier otro derecho que se halle demostrado por conducto de las facultades ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 23 de abril de 1969, iniciando su cotización en el régimen de prima el 14 de enero de 1987, vinculación que duró hasta el 22 de junio de 1994 fecha en la cual mutó a la AFP Colfondos S.A. y el 20 de junio de 2000 se trasladó a Protección S.A. **2) Que** dichos traslados surgieron

sin que mediara una verdadera asesoría o mínima ilustración sobre los riesgos y consecuencias que acarreaban los cambios; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, voluntaria, ni libre. Aunado al hecho que fue inducida al error con la falsa información que el ISS se iba a extinguir y su pensión se vería afectada. **3) Que** formuló ante las tres administradoras de pensiones convocadas a juicio, petición de nulidad del traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** (fls. 14-24, archivo digital 10) se opuso a las peticiones. Admitió únicamente la data de nacimiento de la actora. Afirmó que los traslados se hicieron 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. Aseveró, que la accionante no se encuentra dentro de las posibilidades que otorga la jurisprudencia y reglamentación vigente para trasladarse al RPM. Sobre los demás factuales dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones de mérito 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 porque afecta derechos de terceros de buena fe, e innominada.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** (fls. 1-22, archivo digital 11) igualmente se opuso a lo pretendido. Aceptó como ciertos los hechos relacionados con la edad de la actora, la afiliación inicial efectuada al RPM y la reclamación administrativa elevada. Argumentó que la precitada se afilió al régimen de ahorro individual de forma voluntaria y, se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen establecida en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que, está a menos de diez años para pensionarse. Propuso las excepciones que denominó: buena fe,

inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, legalidad de los actos administrativos, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de condena en costas, prescripción, e innominada.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías también resistió las súplicas. Aceptó como cierto el hecho relativo a la edad de la actora. Adujo que la actora tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que despeja cualquier duda acerca de la presencia de vicio alguno de la voluntad. Resalta que el deber de información no es absoluto. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos SA, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

La Agencia Nacional del Estado no contestó.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO: La Procuraduría 10 Judicial I para Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social (fls. 2 a 13, archivo digital 13), 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 y la consecuente devolución de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, debiendo asumir con su propio patrimonio los deterioros que hubiere sufrido el bien administrado, tales como gastos de administración descontados de las cotizaciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 2 de febrero de 2022, resolvió declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la accionante surtió el 22 de junio de 1994 con la AFP Colfondos S.A. Condenó a los fondos privados 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 de la demandante desde el RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas solamente a la AFP Protección S.A.

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, ni Colfondos ni Protección S.A. cumplieron con esa carga, pues, no obra en el plenario prueba alguna de la correcta y completa asesoría dada al demandante, ni siquiera documental que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y, mucho menos de sus desventajas.

RECURSOS DE APELACIÓN: -**Colpensiones-** busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado de la actora a la luz de lo dispuesto en el artículo 2° de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al establecer que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la

pensión de vejez; evento que satisface la incoante al encontrarse en el rango de edad prescrito. En cuanto a la ineficacia del traslado, indica que no es viable, en la medida que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, ya que, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su artículo 48, sin que se observen vicios en el consentimiento. Asevera que a partir del acto de traslado, la afiliada contaba con la carga ineludible de ejercer diligencia y cuidado en los casi 20 años que se mantuvo en el RAIS, pudiendo haber probado que realizó actos tendientes a mejorar su situación pensional, lo que no ocurrió; con el agravante que la acción se halla prescrita. Acotó que el traslado de masivo de personas que alegan omisión de asesoría, supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados.

Protección SA eleva petición de revocatoria. Discrepa de la orden de devolución conjuntamente con las comisiones de administración y rendimientos porque se trata de prestaciones ya acaecidas que emanan de la buena gestión desplegada por ella. 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.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, presentó recurso de alzada, solicitando la revocatoria parcial de la sentencia, en lo atinente a la orden de devolución de gastos de administración, seguros previsionales y descuentos sufridos en la cuenta de la actora. Alegó que la condena no se encuentra ajustada a la realidad, pues han cumplido con el deber de administrar los fondos pensionales y gracias a su buena labor generaron rendimientos que incrementaron los montos, por lo que considera se apliquen los principios de equidad y justicia. Adicionó que las primas de seguros previsionales ya se causaron a un tercero, y su devolución afectaría la capitalización del fondo de pensiones. Adujo que se desconoció la teoría de las prestaciones mutuas y se impuso condena sobre el deterioro sufrido por el bien administrado, aun cuando no se debatió sobre ello.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: **Colpensiones** alega que la declaratoria de ineficacia de traslado no resulta procedente, dado que, a la fecha el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad goza de plena validez en tanto se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal b de la ley 100/93 y según el artículo 48 de la ley 1328 del 2009 que modificó los literales c) y d) del artículo 60 de la ley 100 de 1993. Máxime, cuando el actor omitió demostrar cabalmente las afirmaciones contenidas en el libelo demandatorio. Refiere que ha actuado con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas, de modo que no resulta dable que en el caso de marras se le imponga condena en costas. Afirma que la acción se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción pues se presentó fuera del término permitido por la norma.

La parte activa, Colfondos SA y Protección SA no alegaron.

3o. CONSIDERACIONES

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

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 le describieran al potencial afiliado al momento de asesorarlo, las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; de tal suerte que éste conociera las ventajas y las desventajas de cada uno, inclusive, las consecuencias jurídicas del traslado.
Posteriormente con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, se estableció la obligación de asesoría y buen consejo de las administradoras, elevando así el nivel de exigencia en el deber de información,

que desde ese momento implicaba el estudio de los antecedentes del afiliado tales como edad, semanas de cotización ingresos bases de cotización entre otra; así como su expectativa pensional, de modo que el afiliado conociera tanto de las características objetivas de los regímenes como de su situación individual. Esto acompañado de la opinión que sobre el asunto tuviere el representante de la administradora. Lo dicho comportaba un asesoramiento de personas expertas en la materia que le permitieran al trabajador tomar una decisión responsable.

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

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

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

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

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

Se tiene que la protagonista procesal suscribió un formulario de afiliación a Colfondos S.A., el 22 de junio de 1994 (fl. 26, archivo digital 03), el 1 de junio del 2000 otro documento de igual naturaleza ante Protección S.A. (fl. 37, archivo digital 03). Espacios temporales en los que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a las AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo activo de que ninguna de las AFP encartadas le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a éstas desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron a la accionante sopesar la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

No obstante, ninguna probanza en tal sentido se arrimó, más allá de los mismos formularios de afiliación, que en todo caso a nada conducen para ese

propósito, pues, el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Claudia Patricia Cetina Sandoval: "*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones(…)*", como lo señala el órgano cúspide, si bien denota un consentimiento, no se verifica con ello que hubiese sido informado. Situación que ratifica la protagonista procesal al momento de rendir interrogatorio de parte (minuto 14:00 al 20:16, archivo digital 12), pues afirma en que no fue asesorada en debida forma recibiendo y que solo se limitó a firmar los formularios que le pusieron de presente los asesores de las AFP sin leer su contenido ni realizar averiguación posterior.

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

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

Se desestima el dicho de Colpensiones sobre sobre la imposibilidad del traslado luego que le faltaren menos de 10 años al afiliado para alcanzar la edad, ya que, de que se trata es de la ineficacia de un acto, valga decir, de la

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

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

Y es que si bien la demandante se vinculó primero a Colfondos y finalizó sus traslados en Protección S.A., no de ello puede inferirse que la misma conocía todos los elementos ya referidos, para concluir que tales brindaron la información pertinente, transparente y legal.

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

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

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

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

Y, como la irregularidad en el acto objeto de debate, se itera fue por conducta indebida de las administradoras privadas, éstas también deben asumir los

deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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

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

Consulta.

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

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

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, Colfondos S.A. y Protección 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 2 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costas Colpensiones, Colfondos S.A. y Protección SA. 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,

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

JP

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE CUCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, cinco (5) de mayo de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54-001-31-05-003-2018-00431-01

P.T. No. 19592

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: Luis Alberto Corzo Báez

DEMANDADO: Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas de la Salle

Como las condenas impuestas a la pasiva, no superan el equivalente a 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2022 ($120.000.000), se niega el recurso de casación aquí interpuesto contra la sentencia del 16 de febrero de 2022 dentro del expediente de la referencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELVER NARANJO

MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____
Secretario

1. CONDENAS EXPRESAS EN FALLO DE PRIMERA INSTANCIA	
CESANTÍAS	$ 1.917.880,00
INTERESES CESANTÍAS	$ 212.631,00
PRIMAS DE SERVICIOS	$ 1.500.001,00
COMPENSACIÓN VACACIONES	$ 958.940,00
TOTAL	**$ 4.589.452,00**

2. SANCIÓN MORATORIA ARTICULO 65 CST	
CONCEPTO	VALOR
FECHA INICIAL	16/12/2016
FECHA FINAL	15/12/2018
DÍAS TRANSCURRIDOS	729
VALOR BASE	$ 35.770,00
TOTAL	**$ 26.076.330,00**

3. INTERÉS MORATORIO PRESTACIONES SOCIALES SUPERINTENDENCIA BANCARIA DESDE EL 16 DE DICIEMBRE DE 2018 A FECHA SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA 16 DE FEBRERO DE 2022

PRESTACIONES SOCIALES	FECHA INICIO	FECHA LIQUIDACIÓN	DÍAS CAUSADOS	INTERÉS ANUAL	INTERÉS MORATORIO	INTERÉS DIARIO	VALOR INTERÉS
$ 3.630.512,00	16/12/18	31/12/18	15	19,40%	29,1%	0,0808333%	$44.020
$ 3.630.512,00	31/12/18	31/1/19	31	19,16%	28,7%	0,0798333%	$89.849
$ 3.630.512,00	31/1/19	28/2/19	28	19,70%	29,6%	0,0820833%	$83.441
$ 3.630.512,00	28/2/19	31/3/19	31	19,37%	29,1%	0,0807083%	$90.834
$ 3.630.512,00	31/3/19	30/4/19	30	19,32%	29,0%	0,0805000%	$87.677
$ 3.630.512,00	30/4/19	31/5/19	31	19,34%	29,0%	0,0805833%	$90.693
$ 3.630.512,00	31/5/19	30/6/19	30	19,30%	29,0%	0,0804167%	$87.586
$ 3.630.512,00	30/6/19	31/7/19	31	19,28%	28,9%	0,0803333%	$90.412
$ 3.630.512,00	31/7/19	31/8/19	31	19,32%	29,0%	0,0805000%	$90.599
$ 3.630.512,00	31/8/19	30/9/19	30	19,32%	29,0%	0,0805000%	$87.677
$ 3.630.512,00	30/9/19	31/10/19	31	19,10%	28,7%	0,0795833%	$89.568
$ 3.630.512,00	31/10/19	30/11/19	30	19,03%	28,5%	0,0792917%	$86.361
$ 3.630.512,00	30/11/19	31/12/19	31	18,91%	28,4%	0,0787917%	$88.677
$ 3.630.512,00	31/12/19	31/1/20	31	18,77%	28,2%	0,0782083%	$88.020
$ 3.630.512,00	31/1/20	29/2/20	29	19,06%	28,6%	0,0794167%	$83.614
$ 3.630.512,00	29/2/20	31/3/20	31	18,95%	28,4%	0,0789583%	$88.864
$ 3.630.512,00	31/3/20	30/4/20	30	18,69%	28,0%	0,0778750%	$84.818
$ 3.630.512,00	30/4/20	31/5/20	31	18,19%	27,3%	0,0757917%	$85.300
$ 3.630.512,00	31/5/20	30/6/20	30	18,12%	27,2%	0,0755000%	$82.231
$ 3.630.512,00	30/6/20	31/7/20	31	18,12%	27,2%	0,0755000%	$84.972
$ 3.630.512,00	31/7/20	31/8/20	31	18,29%	27,4%	0,0762083%	$85.769
$ 3.630.512,00	31/8/20	30/9/20	30	18,35%	27,5%	0,0764583%	$83.275
$ 3.630.512,00	30/9/20	31/10/20	31	18,90%	28,4%	0,0787500%	$88.630
$ 3.630.512,00	31/10/20	30/11/20	30	17,84%	26,8%	0,0743333%	$80.960
$ 3.630.512,00	30/11/20	31/12/20	31	17,46%	26,2%	0,0727500%	$81.877
$ 3.630.512,00	31/12/20	31/1/21	31	17,32%	26,0%	0,0721667%	$81.221
$ 3.630.512,00	31/1/21	28/2/21	28	17,54%	26,3%	0,0730833%	$74.292
$ 3.630.512,00	28/2/21	31/3/21	31	17,41%	26,1%	0,0725417%	$81.643
$ 3.630.512,00	31/3/21	30/4/21	30	17,31%	26,0%	0,0721250%	$78.555
$ 3.630.512,00	30/4/21	31/5/21	31	17,22%	25,8%	0,0717500%	$80.752
$ 3.630.512,00	31/5/21	30/6/21	30	17,21%	25,8%	0,0717083%	$78.101
$ 3.630.512,00	30/6/21	31/7/21	31	17,18%	25,8%	0,0715833%	$80.564
$ 3.630.512,00	31/7/21	31/8/21	31	17,24%	25,9%	0,0718333%	$80.845

$ 3.630.512,00	30/9/21	31/10/21	31	17,08%	25,6%	0,0711667%	$80.095
$ 3.630.512,00	31/10/21	30/11/21	30	17,27%	25,9%	0,0719583%	$78.374
$ 3.630.512,00	30/11/21	31/12/21	31	17,46%	26,2%	0,0727500%	$81.877
$ 3.630.512,00	31/12/21	31/1/22	31	17,66%	26,5%	0,0735833%	$82.815
$ 3.630.512,00	31/1/22	16/2/22	16	18,30%	27,5%	0,0762500%	$44.292
		TOTAL DÍAS	1158			TOTAL INTERÉS	$3.207.163

4. CÁLCULO ACTUARIAL APORTES PENSIÓN			
FECHA INICIO	FECHA FIN	SUELDO	PROYECCIÓN
2/01/2012	14/12/2012	$ 805.465,00	$ 6.337.450,00
14/01/2013	12/12/2013	$ 850.000,00	$ 5.869.819,00
13/01/2014	11/12/2014	$ 955.130,00	$ 5.735.155,00
12/01/2015	11/12/2015	$ 1.002.886,00	$ 5.534.152,00
12/01/2016	16/12/2016	$ 1.070.080,00	$ 5.374.430,00
		TOTAL:	**$ 28.851.006,00**

Fuente: Simulador de Cálculo Actuarial Colpensiones (https://www.colpensiones.gov.co/empleador/publicaciones/626/calculo-actuarial-empleador-privado/)

DETERMINACIÓN DEL INTERÉS JURÍDICO ECONÓMICO PARA RECURRIR EN CASACIÓN	
CONCEPTO	VALOR
1. CONDENAS EXPRESAS EN FALLO DE PRIMERA INSTANCIA	$ 4.589.452,00
2. SANCIÓN MORATORIA ARTÍCULO 65 CST	$ 26.076.330,00
3. INTERÉS MORATORIO SUPERBANCARIA	$ 3.207.162,53
4. CÁLCULO ACTUARIAL APORTES PENSIÓN	$ 28.851.006,00
TOTAL:	**$ 62.723.950,53**

PT. 19592

JP

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 11 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-003-2020-00136-00 promovido por **Rosalbina Pinto Torres** contra **la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección** y la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, se surte el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (Expediente digital): Depreca la actora se decrete la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia se ordene su retorno al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 30 de octubre de 1964, y en enero de 1991 se afilió al régimen de prima media administradora por el otrora ISS, del que mutó en 1996 con destino a la administradora Protección y desde esta AFP hacia Porvenir S.A. en 1998. Ello dice, sin que mediara, una verdadera

asesoría o mínima ilustración sobre los riesgos y consecuencias que acarreaban los cambios; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, voluntaria, ni libre. **2) Que** el 29 de octubre de 2019, formuló ante Colpensiones petición de retorno al RPM, sin éxito.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **Protección** se opuso a las peticiones. Admitió la data de nacimiento de la actora y los traslados efectuados ante el fondo, último aspecto sobre el que explicó, se hizo de conformidad con la normatividad vigente en ese momento, por lo tanto, no hay lugar a decretar la nulidad en los términos solicitados, ni a acceder a las demás súplicas Más, afirma, cuando el término previsto para este tipo de reclamos se encuentra afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción. Sobre los demás factuales dijo que no son ciertos. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la genérica. Igualmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido. Acepta como ciertos los hechos relacionados con la edad de la actora, la reclamación administrativa elevada y la respuesta negativa emitida. 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, prescripción, buena fe, e innominada.

Porvenir S.A. también se resistió a las súplicas. Dijo no constarle ninguno de los hechos esbozados por la incoante. Adujo que ésta no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación o traslado suscrito por el mismo, bajo la gravedad del juramento

en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la presencia de vicio alguno de la voluntad. Aduce que la petente se halla inmersa en la causal fáctica de prohibición legal de traslado. Dice que en todo caso como la ciudadana se afilió en forma primigenia a Protección, corresponde a esta AFP atender las súplicas. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, e innominada.

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

REFORMA A LA DEMNDA: A través de escrito presentado el 6 de octubre de 2020, la activa reformó la demanda inicial en el sentido de incluir dos pruebas testimoniales. Actuación admitida por medio de providencia dictada el 11 de junio de 2021, corriendo el respectivo traslado a las convocadas a juicio, quienes ejercieron derecho de defensa al respecto.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el 11 de agosto de 2021, resolvió declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con las AFP Protección y Porvenir S.A. Condenó a éstas a devolver al sistema los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora, con los rendimientos que se hubieren causado. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM valide la afiliación de la precitada, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por los fondos privados para financiar las prestaciones económicas del régimen de prima media con prestación definida. En tal línea, desestimó las excepciones formuladas por las encartadas y las gravó en costas.

Consideró como premisas la obligación que tienen los fondos de pensiones de proporcionar a los posibles usuarios y afiliados una información completa clara, oportuna y comprensible la cual es exigible desde la creación de la ley 100 de 1993. Dice que verificado el acervo probatorio Protección ni Porvenir

S.A. cumplieron con esa carga, pues, no obra en el plenario prueba alguna de la correcta y completa asesoría dada a la demandante, ni siquiera documental que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y, mucho menos de sus desventajas, en tanto que únicamente fueron aportados los formularios de solicitud de vinculación suscrito aquélla, cuales no resultan suficientes para demostrar la validez del traslado, como ha sido explicado suficientemente por la jurisprudencia.

RECURSOS DE APELACIÓN: **Porvenir S.A.** aspira a que se revoque íntegramente la decisión. Manifestó que en la medida en que el primer traslado al RAIS se efectuó en agosto de 1996 a través de la AFP Protección, no le es achacable falta u omisión alguna respecto a la consolidación de dicho acto jurídico. Discute adicionalmente, que las disposiciones legales vigentes a tal data, tales como el estatuto financiero y el literal b de la ley 100 de 1993, si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar la decisión de traslado, dichas disposiciones no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular, de modo que resulta suficiente el formulario de afiliación o traslado que en su momento suscribió la actora, que da cuenta de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor, luego, aduce, que no es cierto que se haya omitido dar una información suficiente para que aquella tomara la decisión de traslado, porque sí se llevó a cabo la mayor parte de actos informativos desconocidos por el sentenciador de primer grado. Alude que aun cuando existe una doctrina probable del máximo tribunal en lo laboral desarrollada a partir del 2008, no es procedente su aplicación en virtud a que el acto jurídico demandado se realizó con anterioridad, esto es, para el año 1996, siendo imposible exigirse retroactivamente su aplicación.

Resalta que si en gracia de discusión se ratifica la indebida asesoría, se tenga en cuenta que el traslado primigenio lo efectuó Protección y por tanto, deviene imposible responsabilizar a Porvenir S.A. de omisión en el suministro de información a la afiliada, quien es la única AFP llamada a asumir los efectos

adversos de la decisión judicial con su propio patrimonio en lo que se refiere a la restitución de descuentos realizados por comisiones, gastos de administración, pago de prima de seguros provisionales y descuentos con destino al fondo de garantía de pensión mínima. Por lo cual solicita sea modificada la sentencia en dicho aspecto.

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

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

Colpensiones también busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado de la actora a la luz de lo dispuesto en el artículo

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

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

La activa no presentó alegaciones finales.

3o. CONSIDERACIONES

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

Así, identificó la Corte dentro del desarrollo normativo de ese deber de información tres momentos. Inicialmente encontró sustento en el literal b del Art. 13 de la ley 100 de 1993, en cuanto dispuso que la escogencia del régimen

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

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

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

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

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

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

Se tiene que la protagonista procesal suscribió un formulario de afiliación a Colmena (hoy Protección), el 31 de julio de 1996 (fl. 28) y otro documento de igual naturaleza ante Colpatria (hoy Porvenir S.A.), el 3 de junio de 1998 (fl. 22). Espacios temporales en los que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a la AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes

pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que ninguna de las AFP encartadas le suministró información suficiente y completa sobre aquellos aspectos, le correspondía a éstas desvirtuar este aserto, aportando los elementos de prueba que condujeran a la certeza de que dieron cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron al accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

No obstante, ninguna probanza en tal sentido se arrimó, más allá de los mismos formularios de afiliación, que en todo caso a nada conducen para ese propósito, pues, el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Rosalbina Pinto Torres 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 tanto la precitada, como Sandra Chía, deponente escuchada en el desarrollo de la diligencia de que trata el artículo 80 del CPTSS. Ambas coincidieron en referenciar que no recibieron asesoría alguna por parte de los fondos privados, pues simplemente se acercó un asesor al puesto de salud donde laboraban, indicándoles que era necesario el movimiento entre regímenes porque el seguro social se iba a acabar, sin que se especificara si dicha decisión era o no favorable a sus intereses.

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

esfuerzo probatorio para demostrar las aseveraciones que en tal sentido efectuaron. Lo cual no ocurrió.

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

No resulta de recibo en consecuencia, el dicho de Porvenir S.A. sobre la imposibilidad de aplicar el precedente judicial vertical en el sub-analice, ya que, si bien la vinculación primigenia de la actora al RAIS se dio en 1996 (fl. 28), el órgano de cúspide ha sido claro y reiterativo en precisar que la obligación de información a cargo de las AFP se encuentra prevista desde la creación del SGP.

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

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

Al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz por no cumplir en su momento la AFP Protección, ni en su oportunidad Porvenir S.A., con el deber de información, deberá Porvenir S.A. como última administradora del RAIS que cuenta desde el 3 de junio de 1998 con los aportes de Rosalbina Pinto Torres, devolver todas las prestaciones que de la afiliada hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

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

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

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

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

Consulta.

En lo que toca con la prescripción de la acción para deprecar la ineficacia del traslado, debe precisarse que, al tratarse de una controversia de índole

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

Condena en costas a Colpensiones en primer grado.

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

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

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

4o. DECISIÓN

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 11 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

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

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 28 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-001-31-05-003-2020-00257-01, promovido por **Jorge Soto Garay** contra **Depósito de Maderas el Pardillo S.A.S.**

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 1-19): Depreca el actor se declare que entre él y la sociedad Depósito de Maderas el Pardillo S.A.S., existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde febrero de 2004 hasta la fecha. Pide en consecuencia, se condene a la demandada a pagarle salarios, prestaciones sociales, vacaciones compensadas en dinero, auxilio de transporte, aportes al sistema de seguridad social integral, sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, indexación de las condenas; lo que extra y ultra petita resulte probado, más las costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** en febrero del 2004, por conducto de contrato verbal de trabajo acordado directamente con el gerente de la época, Amstrong de

Jesús Duarte Torres, comenzó a laborar al servicio de Maderas el Pardillo Ltda, adelantando labores de mensajería y cobro de cartera, con una asignación básica mensual $500.000. **2) Que** en 2016, dicha empresa cambió su razón social ante la Cámara de Comercio para denominarse *"Depósito de Maderas el Pardillo S.A.S."*, con representación legal en cabeza de Diana Alexandra Duarte Ramírez, quien asegura, le indicó que de seguir trabajando, debía cumplir horario de lunes a viernes de 8:00 am a 2:00 m., y de 2:00 pm a 6:30 o 7:00 pm, y los sábados de 8:00 am hasta la 1:00 pm. Situación que dice, aconteció, percibiendo como contraprestación la suma de $150.000 semanales, pagados de manera personal en las oficinas de la sociedad. **3) Que** prestó su fuerza de trabajo de manera ininterrumpida desde 2016 a mediados de marzo del 2020, data desde la que afirma, no volvieron a requerir de sus servicios sin justificación alguna. Pero que durante la pandemia generada por la emergencia sanitaria derivada del Covid 19, le fueron enviados dineros semanalmente a su hogar que oscilaban entre $40.000 y $50.000. **4) Que** laboró bajo constante subordinación, cumpliendo horarios y órdenes impartidas por Diana Alexandra Duarte Ramírez. Y fue un empleado de confianza, tanto así, que le eran entregadas las llaves del establecimiento y un sello con la razón social de Maderas el Pardillo. **5) Que** no le fueron reconocidas prestaciones sociales ni pagados los correspondientes aportes al sistema general de seguridad social integral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: Depósito de Maderas el Pardillo S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aduce que tan solo fue constituida el 3 de marzo de 2014, luego entonces, asegura, mal puede pregonarse la existencia de un contrato laboral con el demandante desde 2004. Dice que más allá de una simple coincidencia en las denominaciones, no guarda ninguna relación con la extinta empresa denominada *"Maderas el Pardillo Ltda."*. Sobre la fuerza de trabajo a la que se hace referencia en la acción primigenia, acepta haber hecho uso de los servicios del demandante como domiciliario. Precisa que se trataba de labores independientes y que se le pagaba por cada domicilio efectuado, pero no fungía como su empleado.

Disintió de la afirmación esbozada por el actor respecto a que era considerado un trabajador de confianza. Acota que jamás se le entregaron llaves del establecimiento, ni se le permitió anunciar o ingresar clientes, barrer el edificio o sacar la basura. Reitera que el susodicho tan solo era contactado cuando se requerían sus servicios como domiciliario, sin imposición de horarios. Dice que en todo caso, si llegó a custodiar algún *"sello"* debió pertenecer a Maderas Pardillo Ltda., no a Depósito de Materiales El Pardillo S.A.S.

Afirmó que el demandante recibía cada tarde el pago en proporción al número diario de los domicilios realizados, no mensual, como se afirmó, pero que tal retribución no provenía de un vínculo subordinado puesto que, la relación se limitaba a encomendar el servicio del domicilio que aquél atendía con vehículo de su propiedad; relación comercial que adujo se suspendió durante la pandemia derivada por el Covid-19, por reducción de la demanda, sin que tal inactividad, asegura, constituyera el despido injustificado que se alega, en la medida en que el demandado no era un empleado suyo. Bajo tal eje de defensa, tilda de contraria a la realidad la afirmación de entrega de dinero durante la emergencia sanitaria, acotando ignorar la procedencia de dichos rubros.

Alega no estar obligada a reconocer y pagar prestaciones sociales o cualquier otra acreencia de las deprecadas. Esgrimió las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva y por activa, inexistencia de causa para demandar y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, el 28 de enero de 2022, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la empresa Depósito de Maderas el Pardillo S.A.S., en lo que respecta a la existencia de relación laboral con antelación al 2014, absolviéndola de la totalidad de las súplicas.

Concluyó, que el vínculo laboral cuya declaración se pretende, verdaderamente se dio con la sociedad comercial Maderas el Pardillo Ltda., que indicó, es diferente a Depósito de Maderas el Pardillo SAS, última frente a la cual se

dirigió la demanda, sin alegar la configuración de la figura de sustitución patronal entre ambas. Rememoró que en el escrito de demanda, se asegura que las referidas sociedades son la misma persona jurídica y que solo se realizó un cambio de razón social, situación que corresponde sostiene, a un acto jurídico distinto a la sustitución de empleadores reglada en el artículo 67 del CST. En tal línea y con apego en el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, aplicable en materia laboral por analogía dispuesta en el 145 del CPT y de la SS, de abstuvo de resolver tal tópico, ni en uso de las facultades ultra y extrapetita, al advertir que tal circunstancia no fue alegada en la oportunidad procesal correspondiente.

De otro lado, consideró que aun cuando en principio surgió en favor del actor la presunción de que trata el artículo 24 del CST, de cara a la aceptación de la pasiva en relación con la prestación de los servicios personales de mensajería entre 2014 y comienzos del 2020, la misma, dijo, fue desvirtuada en atención a la independencia que frente a la ejecución de dichas labores, se acreditó en el transcurso procesal, teniendo en cuenta la no exigencia de horario para la ejecución de dicha labor y el pago individual de cada uno de los servicios atendidos diariamente.

Hizo énfasis, además, en la confesión que precisa, se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, al reconocer que las labores de domicilios y mensajerías en algunas oportunidades eran realizadas por otra persona; situación que a su juicio, enerva la característica de intuitu personae, relacionada con la identidad del trabajador, que impide que el servicio sea prestado por terceros.

RECURSO DE APELACIÓN: La activa aspira a derruir la sentencia en su integridad, para que en su lugar se acojan las pretensiones. Insiste en que por conducto del principio de realidad sobre las formalidades, es viable declarar probada la relación laboral con Depósito de Madera el Pardillo S.A.S., desde del 2016 hasta la data, con el consecuencial pago de las acreencias laborales que asegura, le adeudan.

Critica la valoración probatoria realizada por la operadora de primer grado, discutiendo que los elementos de convicción recaudados dan cuenta de la existencia de la sustitución patronal entre Maderas el Pardillo Ltda. y Depósito de Maderas el Pardillo SAS, que, a su vez, dice, permite tener probada la prestación personal del servicio desde febrero del 2004 de manera ininterrumpida y bajo la subordinación del presunto empleador hasta mediados de marzo de 2020.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La activa insiste en estar probada la relación laboral, desde febrero de 2004 con Maderas el Pardillo Ltda. y a la postre, por conducto de la sustitución patronal, con Depósito de Maderas el Pardillo SAS, exponiendo que la situación contractual permaneció en el tiempo con la misma realidad jurídica en la que cumplió con las cargas laborales que le correspondían, percibiendo remuneración salarial producto de la subordinación.

Alega, con sustento en la sentencia T-395 de 2001, que más allá del cambio de denominación que operó en relación con las referidas empresas, se conservó el mismo giro de negocio, y que la sola sustitución de empleadores no extingue los contratos de trabajo.

La pasiva discute que el dicho de los exponentes llamados a juicio es poco creíble porque fueron inexactos e incongruentes de cara a las situaciones fácticas debatidas con la demanda. Resalta que la orfandad probatoria de que adolece el litigio impide declarar la existencia del contrato de trabajo directo o por conducto de sustitución patronal, más, cuando precisa que Amstrong de Jesús Duarte Torres, quien fungió como representante legal de Maderas el Pardillo Ltda., no es propietario de la sociedad por acciones simplificada.

3o. CONSIDERACIONES

A partir de la alzada, el problema jurídico consiste en determinar si se encuentran o no acreditados los elementos del contrato de trabajo, conforme

los dispone el artículo 23 del CST. En consecuencia, si hay lugar o no al pago de las prestaciones e indemnizaciones deprecadas.

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

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

En el sub-analice no fue objeto de discusión lo atinente a la prestación personal del servicio del actor, en la medida en que, al dar respuesta a la demanda, la encartada acepta que aquél le prestó servicios de mensajería y domicilios hasta a principios de 2020, cuando se experimentó el cese de demanda comercial en atención a las consecuencias de la emergencia sanitaria del Covid-19. Así, viable resulta en principio dar cabida al contenido del artículo 24 del CST en cuanto que presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Empero, como la pasiva planteó como eje de defensa en la existencia de una relación netamente civil y/o comercial de prestación de servicios, acordada para el suministro de servicio de mensajería de forma independiente, corresponde determinar si la presunción de marras fue desvirtuada o no. Cabe destacar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de

prestación de servicios es la continuada subordinación que faculta al empleador para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo que dura el trabajo.

De esta manera, cuando se analiza de manera individual y en conjunto el acervo probatorio constituido por certificados de existencia y representación legal de las empresas Depósito de Maderas el Pardillo S.A.S. y Maderas el Pardillo Ltda. En Liquidación, declaración juramentada del demandante en relación con la tenencia de elementos pertenecientes a la mentada sociedad comercial, misiva del 8 de junio de 2009 contentiva de referencia laboral expedida por Maderas El Pardillo Ltda. suscrita por Amstrong de Jesús Duarte Torres, historial clínico del actor, declaraciones e interrogatorios de parte. La conclusión a que se llega es que la presunción de existencia de una relación laboral subordinada fue desvirtuada por la pasiva.

Efectivamente, nótese como el actor prestaba sus servicios sin que la encartada le impusiera los horarios, pues además de que la labor no era desarrollada en forma continua ni permanente, los turnos para la recogida y entrega de domicilios eran programados de acuerdo a la disponibilidad de tiempo que éste comunicara, tal y como lo confesó el mismo en su interrogatorio de parte, al indicar que cuando se encontraba ocupado cubriendo otros domicilios la empresa llamaba a otro particular para que cumpliera la labor, sobre todo los días viernes cuando estaba afuera cobrando facturas o cheques. También dio cuenta de que siempre recibió órdenes de Amstrong Duarte, y que no podía trabajar de manera fija en ningún lugar, acotando luego que, trabajaba para Maderas El Pardillo S.A.S., como empleado de tiempo completo encargado de los domicilios y la portería, además, del cobro de arrendamientos dentro de los cinco primeros días de cada mes.

De lo anterior, fluye claro que el actor no prestaba su fuerza de trabajo en forma continua, subordinaba ni exclusiva, en la medida en que relató en las ocasiones en que no se hallaba disponible de cara a otras ocupaciones, no

atendía el servicio requerido por la encargada, acudiendo ésta a terceras personas para cubrir los requerimientos de sus clientes.

Tales premisas fácticas coinciden con lo relatado por los testigos Óscar Javier Vargas Chacón, Édinson Alberto Soler Duarte y Óscar Julio Angarita García, que al unísono referenciaron que el demandante prestaba sus servicios de domiciliario en el sector de *"La Victoria en Cúcuta - Norte de Santander"* a diversos clientes, por lo que mal podría catalogarlo la comunidad como empleado exclusivo de Depósito de Maderas el Pardillo S.A.S.

Contrario sensu, las deponentes Claudia Roció Chaustre Díaz y Pedro Jesús Bateca Garay, aseguraron que Soto Garay trabajó ininterrumpidamente para la sociedad por acciones simplificadas y que ello les constaba porque lo veían salir de su casa con ese destino, y que siempre estaba en dichas instalaciones físicas. Sin embargo, ha de precisarse que dichas declaraciones no generan credibilidad por la inexactitud de los relatos y la advertencia de ciertas contradicciones que da cuenta de que son testigos de oídas, dado que los escasos detalles esbozados en la diligencia obedecen a aspectos que el mismo actor les puso en conocimiento. Por manera que ningún conocimiento directo poseen sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se gestó la supuesta relación laboral de cara a la verificación presencial del elemento de la prestación personal del servicio, menos de la subordinación o contraprestación que se alega desde el escrito introductor.

Y es que no puede pasarse por alto como el protagonista procesal fue insistente en relatar las funciones, espacio temporal e intensidad horaria en que trabajaba al servicio de Amstrong de Jesús Duarte Torres, que en su momento ostentaba la condición de representante legal de Maderas el Pardillo Ltda., como se colige del contenido del certificado de existencia y representación que reposa en el plenario. En contraste, fue escasa, por no decir nula, la información que brindó respecto al vínculo laboral, que desde el escrito de demanda, asegura lo une a Depósito de Madera El Pardillo S.A.S. desde 2004 a la data.

Limbo probatorio que encuentra justificación en lo asegurado por los primeros informantes referidos, quienes como residentes del sector geográfico donde se encuentra ubicada la sociedad por acciones simplificada, dieron cuenta de que Soto Garay prestaba servicios de mensajería y domicilio independiente, a la mayoría de comerciantes del lugar. Esto permite entender por qué confesó que en oportunidades no estaba disponible para atender la demanda de servicios emanada de la encartada.

Suficientes las razones hasta aquí expuestas para concluir que la prestación de los servicios de Jorge Soto Garay a favor de Depósito de Maderas El Pardillo S.A.S., no se dio en ejecución de una relación laboral subordinada, lo que derruye la presunción de que trata el artículo 24 del CST.

También discute el demandante haber trabajado desde 2004 para Maderas el Pardillo Ltda. y que ésta y la sociedad Depósito de Maderas el Pardillo S.A.S., son la misma persona jurídica aun cuando se hubiese dado un cambio de razón social. Afirmación que en manera alguna resulta acreditada, pues, de la simple lectura del contenido de los certificados de existencia y representación adosados al trámite, se colige diáfanamente que se trata de sociedades comerciales independientes. Más, cuando no se probó que el capital de una y otra o sus órganos directivos tuviesen directa relación.

Incluso, así lo entiende el aspirante procesal, quien en el escrito introductor manifiesta que en un principio prestaba servicios a Amstrong de Jesús Duarte, como gerente de la empresa de naturaleza limitada, y que a la postre, vinculó su fuerza de trabajo a la segunda sociedad mentada, que dijo estar representada por Diana Alexandra Duarte Ramírez. Mientras que la documental revela por un lado, que la sociedad por acciones fue constituida el 3 de marzo de 2014, resultando imposible que desde 2004 fungiera como empleadora del precitado.

Obsérvese que, la certificación laboral que da cuenta de la existencia de la prestación de servicios personales por parte de Jorge Soto Garay, bajo la égida de un contrato laboral y que contiene extremos temporales que coinciden con los esbozados en la acción, fue expedida por la Maderas el Pardillo Ltda.; sujeto

que no fue convocado a juicio aun cuando era el llamado a responder por las aspiraciones de pago de salarios y demás acreencias que el actor dice causó a partir del 2004. Como las mismas se dirigieron contra quien no tuvo injerencia en dicha relación, palmario deviene la necesidad de declarar probado el medio exceptivo de falta de legitimación en la causa por pasiva que en dicho sentido formuló la encartada, como a bien tuvo concluir la juzgadora primigenia.

Sin que resulte procedente, como erradamente se alega en la censura, entrar a estudiar la configuración de una eventual sustitución patronal entre las aludidas sociedades comerciales. Puesto que, en parte alguna del acápite petitorio de la demanda se solicitó la declaración de tal figura, siendo solo mencionada hasta la etapa de alegatos de conclusión, y, surtir su análisis, implica irrumpir el principio de congruencia.

En efecto, el artículo 281 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, define la congruencia que debe guardar una decisión judicial de la siguiente manera: "…*La sentencia deberá estar en consonancia con* ***los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla*** *y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley…. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que* ***la ley permita considerarlo de oficio****…."*

De esa disposición se colige que la congruencia es una regla general que orienta la decisión que debe adoptar el juez, en la medida que le impone la obligación de estructurar su sentencia dentro del marco que conformen las partes con los planteamientos que hagan en sus escritos de demanda y contestación, y por consiguiente para que la sentencia sea consonante, el fallador judicial debe ajustarse a los postulados que los mismos contendientes le fijan al litigio.

Significa lo dicho que el juez de trabajo tiene la obligación de decidir la controversia sobre la base de los hechos formulados y las súplicas incoadas en la demanda introductoria, así como con lo argumentado en la respuesta al escrito inicial y las excepciones; y las circunstancias en las cuales la ley procedimental laboral le faculte a proferir un fallo extra o ultra petita, sin que ello quiera decir que el operador judicial pueda extenderse más allá de los hechos básicos que hayan sido materia de debate, a los cuales debe estar sometido, toda vez que le está vedado modificarlos. (Al respecto puede verse la reciente sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL108 del 7 de febrero de 2018).

Bajo el panorama interpretativo del principio de congruencia expuesto, se analiza el caso presente encontrando que desde la demanda, la activa solicitó la declaración de contrario de realidad frente a Depósito de Maderas El Pardillo S.A.S., sin cuestionar el tópico de sustitución patronal en lo que a la empresa Maderas el Pardillo Ltda. se refiere, situación que solo se trajo a colación en la alzada, pero que no fue parte del litigio. Por consiguiente, no puede decidirse sobre ello, porque se vulneraria el principio de congruencia al que se ha hecho alusión; a más de que, se sorprendería a la pasiva violentándole su derecho de contradicción, ya que, la entidad únicamente se defendió del supuesto derecho a reconocimiento y pago de acreencias laborales de cara a la noción de existencia de un *"contrato realidad"*, pero, no de la posible sustitución entre empleadores.

En consecuencia, como lo argumentado en el recurso no guarda congruencia con el litigio fijado por las partes, no hay lugar a la resolución de lo planteado, ni siquiera con apego en las facultades ultra y extra petita de que se halla revestido el juez del trabajo (artículo 50 del CPTSS), porque tal como lo referenció en órgano de cúspide de la jurisdicción ordinaria en su especialidad, se requiere que *(i) los hechos que originan la decisión hayan sido discutidos en el proceso* y que *(ii) estén debidamente acreditados*. Ninguna de las exigencias que se cumplen en el sub judice, porque como se dijo, tal aspecto jamás fue ventilado durante el trámite procesal.

En síntesis: en la medida en que se probó 1) que la prestación de los servicios de Jorge Soto Garay a favor de la pasiva, no se dio en ejecución de una relación laboral subordinada, que 2) Depósito de Maderas El Pardillo S.A.S. no está legitimada para responder por los pedidos de pago de rubros laborales causados con anterioridad a su constitución jurídica, y que 3) es inviable, por conducto del principio de congruencia, estudiar la figura de sustitución patronal. Se impone la confirmación íntegra de la decisión de primera instancia, al arribar la juez *A Quo* a idéntica conclusión.

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

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante por no salir avante su apelación. Inclúyase como agencias en derecho $200.000. Liquídense de manera concentrada en el Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso Ejecutivo Rad. 54001-31-05-004-2012-00164-01

Ejecutante: Víctor Freizer Sarmiento Gamboa

Ejecutado: Distribuciones Mora Portilla SAS

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

1º. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Víctor Freizer Sarmiento Gamboa contra el auto del 20 de septiembre de 2021, del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, que modificó la liquidación del crédito.

2º. ANTECEDENTES

El 28 de marzo de 2014, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, profirió sentencia a favor del accionante y contra Distribuciones Mora Portilla S.A.S., ordenándole pagar $656.000 por salarios insolutos, $719.000 por auxilio de cesantías, $86.280 por intereses a las cesantías, $719.000 por prima de servicios, $328.000 por compensación de dinero en vacaciones, $762.240 por auxilio de transporte y la suma de $21.866,66 diarios desde el 17 de noviembre de 2011 hasta por 24 meses y después los intereses moratorios más altos, además condenó en costas que se tasaron en $4.563.068. (fls. 57-58)

Siendo el 21 de mayo de 2014, el actor solicitó se libre mandamiento de pago con base en las sumas concedidas en la citada sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 28 de marzo de 2014, más los intereses moratorios de la ley 100 de 1993, las agencias en derechos y costas del proceso ejecutivo laboral. (fls. 59-63)

El 15 de agosto de ese mismo año, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, atiende tal petitum librando orden de apremio en favor del ejecutante y contra la sociedad ejecutada por: "*$656.000 por salarios insolutos (1 mes), $719.000 por auxilio de cesantías, $86.280 por intereses a las cesantías, $719.000 por prima de servicios, $328.000 por compensación de dinero en vacaciones, $762.240 por auxilio de transporte y la suma de $21.866,66 diarios desde el 17 de noviembre de 2011 por un término 24 meses"* no accedió a ordenar el pago de los intereses moratorios, por cuanto no fueron objeto de condena. (fls. 72-73)

Al no existir pronunciamiento por la parte ejecutada, el 23 de noviembre de 2017, el *a quo* ordenó seguir adelante la ejecución conforme lo dispuesto en el mandamiento de pago del 15 de agosto de 2014, condenó en costas por el equivalente del 12% del valor cobrado y requirió a las partes la liquidación del crédito. (fls. 120).

La activa, mediante memorial presentado el 6 de agosto de 2019 arrimó liquidación en la cual se totaliza el crédito en $64.231.911 (fls. 129-132).

Mediante auto del 20 de septiembre de 2021, el Juez a quo tuvo como liquidación la efectuada por ese Despacho por un total de $19.014.520 y desaprobó la del actor. Consideró que el ejecutante está liquidando intereses moratorios que no fueron objeto de la condena impuesta en la sentencia base de la ejecución, y los cuales le fueron negados en el auto que libró mandamiento de pago, que no fue objeto de recursos, así como el auto que ordenó seguir adelante la ejecución.

La anterior decisión no fue del agrado de la activa, quien interpone recurso de apelación, buscando su revocatoria o el reconocimiento de la indexación. Sostiene que los intereses moratorios operan de forma automática y por ministerio de la ley, ya que el artículo 466 del CGP especifica que la liquidación del crédito debe incluir capital y los intereses moratorios. Afirma que los intereses moratorios del artículo 1617 del Código Civil son procedentes, ya que la tardanza en el pago de las sumas accedidas genera una depreciación en su poder adquisitivo, lo cual se recompensa con el reconocimiento de intereses. Adujo que la Sala Laboral de la Corte Suprema a de Justicia en sentencias SL1746-2021 y SL359 de 2021, señalaron que la indexación debe ser otorgada por el juez de oficio, pues ello satisface la obligación de manera completa e integral.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: No fueron presentados.

3º. CONSIDERACIONES

Se encuentra que el eje central del presente asunto radica en determinar si en la liquidación del crédito deben incluirse los intereses legales previstos en el artículo 1617 del Código Civil frente a las acreencias laborales, o en su defecto la indexación de las mismas.

Sobre el particular el numeral 1º del artículo 446 del CGP, norma aplicable a los juicios ejecutivos laborales por remisión analógica contenida en el artículo 145 del CPTSS, en su tenor literal expresa:

"Para la liquidación del crédito y las costas, se observarán las siguientes reglas:

1. Ejecutoriado el auto que ordene seguir adelante la ejecución, o notificada la sentencia que resuelva sobre las excepciones siempre que no sea totalmente favorable al ejecutado, cualquiera de las partes podrá presentar la liquidación del crédito con especificación del capital y de los intereses causados hasta la fecha de su presentación, y si fuere el caso de la conversión a moneda nacional de aquel y de estos, de acuerdo con lo dispuesto en el mandamiento ejecutivo, adjuntando los documentos que la sustenten, si fueren necesarios" --Subrayado y negrita fuera del texto original.--

La norma en cuestión claramente indica que la liquidación del crédito se debe realizar con apego al mandamiento de pago, auto en el cual se delimita el juicio ejecutivo, es decir, se establece el objeto del proceso y frente a él se trabe la litis y la parte ejecutada ejerce el derecho de contradicción.

La liquidación del crédito, en síntesis, no es más que la concreción actualizada del objeto del proceso delimitado en el mandamiento de pago, siendo improcedente agregar en tal etapa aspectos y tópicos que no fueron rebatidos por el ejecutado, so pena de sacrificar el debido proceso y el derecho de defensa.

En el sub analice, se tiene que en la orden de apremio, se ordenó a la pasiva pagar salarios insolutos, auxilio de cesantías, interés a las cesantías, prima de servicios, compensación de dinero en vacaciones, auxilio de transporte y sanción moratoria del articulo 65 del CST por el periodo de que va del 17 de noviembre de 2011 por un término de 24 meses, según se indicó en el recuento anterior, por lo que si el apelante consideró que adolecía de las sumas por intereses moratorios o indexación, bien pudo agotar los recursos respectivos frente a tal providencia y no simplemente incluirlos en el proceso de concreción del valor del crédito.

Ahora bien, como el recurrente considera que los réditos moratorios denegados operan de forma automática y por ministerio de la ley, estando facultado para hacerlos parte de la liquidación del crédito, de entrada, es válido afirmar que lo dicho riñe con la realidad, puesto que los intereses legales previstos en el artículo 1617 del Código Civil no son procedentes respecto de acreencias de índole laboral, pues, tales operan para créditos de carácter civil, en la medida en que, consagran un régimen resarcitorio específico que gobierna las consecuencias del incumplimiento de obligaciones pecuniarias civiles de estirpe contractual. En igual sentido se ha pronunciado la Sala de Casación

Laboral en sentencia SL3449 de 2016, reiterada en la SL20721 de 2017 y SL4849 de 2019.

Resuelto lo anterior, y al entrar a analizarse la solicitud de indexación de los emolumentos, tampoco le asiste la razón a la activa, si bien, el máximo tribunal en su sala de casación laboral ha señalado que la indexación puede ser decretada de oficio por el juez laboral, como ya se dijo, cierto es también, que dicho beneficio debe ser objeto de condena y pronunciamiento en la sentencia que posteriormente sirve de título base de recaudo, y, como en el sub lite no existe tal pronunciamiento a favor, y no forma parte del mandamiento de pago, no es viable incluirlo posteriormente, ya que, la orden de ejecución debe ser acorde al título que lo sustenta, más cuando se trata de una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada y que impide reabrir el debate sobre las condenas allí impuestas.

Frente al argumento expuesto de que la tardanza en el pago ha generado una depreciación en cada una de las condenas, lo cierto es que para el caso de marras, tal depreciación ha sido contrarrestada por la sanción moratoria del artículo 65 del CST, que equivale a una suma considerablemente superior a la corrección monetaria o indexación, que alcanza a cubrir perfectamente la devaluación de la moneda. Nótese que en la sentencia base de la ejecución, se ordenó el pago de la suma de $21.866,66 diarios desde el 17 de noviembre de 2011 hasta por 24 meses, por concepto de sanción moratoria el cual fue objeto de mandamiento de pago, resarciendo de esta manera la afrenta del paso del tiempo sobre las sumas reconocidas.

En síntesis, como la liquidación del crédito debe limitarse al auto que libró mandamiento de pago que a su vez debe ser coherente con la sentencia que constituye el título ejecutivo, no es viable incluirle sumas por indexación o intereses moratorios del articulo 1617 del C.C. por

cuanto no forman parte de la orden de apremio, máxime cuando estos últimos no son procedentes respecto de acreencias de índole laboral.

Suficientes las razones hasta aquí expuestas, para confirmar el auto proferido el 20 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

En atendimiento de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se condenará en costas al recurrente, debiendo incluirse como agencias en derecho $200.000; Monto acorde con el Acuerdo N° PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4° DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta, **RESUELVE: PRIMERO.- Confirmar** el auto del 20 de septiembre de 2021 proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta. **SEGUNDO.- Condenar** en costas de esta instancia a la activa. Inclúyanse como agencias en derecho $200.000. Liquídense de manera concentrada por el despacho de origen. Devuélvase el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE

Los magistrados,

ELVER NARANJO

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

JP

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Elver Naranjo

Magistrado sustanciador

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

1o. ASUNTO

Se surte el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 4 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-004-2019-00170-00, promovido por **Félix Peña Garzón, Miryam Castro de Altuve, Ernesto Sarmiento Viviescas** y **Manuel Alfonso Galvis Cristancho** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (fls. 97-100, archivo digital 01): Deprecan los accionantes se condene a la pasiva a pagarle incrementos pensionales del 14% desde el 1 de enero de 2008 y debidamente indexados, de conformidad con el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Adujeron para ello: **Félix Peña Garzón 1) Que** a través de resolución No. 101773 del 2 de mayo de 2011, Colpensiones le reconoció pensión de vejez desde el 11 de julio de 2010. **2) Que** contrajo nupcias con Luisa María Pabón León el 23 de agosto de 1984, quien depende económicamente de él. **3) Que** el 26 de marzo de 2019 presentó reclamación administrativa ante la enjuiciada por la totalidad de pretensiones aquí debatidas, obteniendo respuesta

negativa. **Miryam Castro de Altuve 4) Que** a través de resolución No. 000852 del 29 de enero de 2007, Colpensiones le reconoció pensión de vejez desde el 11 de enero de 2011. **5) Que** convive en unión marital de hecho con José Nire Altuve Macana y con su hija Liliana Altuve Castro quien padece una minusvalía del 65% de pérdida de capacidad laboral. **6) Que** el 26 de marzo de 2019 presentó reclamación administrativa ante la enjuiciada por la totalidad de pretensiones aquí debatidas, obteniendo respuesta negativa. **Manuel Alfonso Galviz Cristancho 7) Que** a través de resolución No. 104944 del 11 de noviembre de 2011, Colpensiones le reconoció pensión de vejez desde el 1 de septiembre de 2011. **5) Que** contrajo nupcias con Luz Dary Reyes Londoño el 25 de diciembre de 1981, quien depende económicamente de él. **6) Que** el 15 de marzo de 2019 presentó reclamación administrativa ante la enjuiciada por la totalidad de pretensiones aquí debatidas, obteniendo respuesta negativa. **Ernesto Sarmiento Viviescas 7) Que** a través de resolución No. 103504 del 14 de julio de 2011, Colpensiones le reconoció pensión de vejez desde el 1 de julio de 2011. **8) Que** contrajo nupcias con Herminda Ortiz de Sarmiento el 26 de enero de 1976, quien depende económicamente de él. **9) Que** el 15 de marzo de 2019 presentó reclamación administrativa ante la enjuiciada por la totalidad de pretensiones aquí debatidas, obteniendo respuesta negativa

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 110-122, archivo digital 01): **COLPENSIONES** frente a lo deprecado por Félix Peña Garzón se opuso a las pretensiones. Arguyó que no se cumplen los requisitos para acceder a los incrementos pensionales, por cuanto no existe norma que legitime dicho reconocimiento, aunado a que desaparecieron de la vida jurídica a partir del 01 de abril de 1994, por no hacer parte de las prestaciones contempladas en el nuevo régimen pensional. Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación de reconocer el incremento pensional por personas a cargo, prescripción.

Frente a Miryam Castro de Altuve, Ernesto Sarmiento Viviescas y Manuel Alfonso Galvis Cristancho, no contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 4 de febrero de 2022, negó las pretensiones al declarar decisión ínsita sobre las excepciones de mérito de la pasiva. Los condenó en costas.

Consideró que los demandantes no tienen derecho a incrementos pensionales por personas a cargo, toda vez que los mismos fueron derogados en vigencia de la ley 100 de 1.993, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional particularmente a partir de la SU 140 del año 2.019.

3. CONSIDERACIONES

Atendiendo los argumentos de la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, los problemas jurídicos consisten en determinar 1) Si procede o no el pago de los incrementos pensionales reclamados con apego en lo dispuesto por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

De la procedencia de los incrementos pensionales.

Debe señalarse que la vigencia de los incrementos pensionales previstos en el artículo 21 del Decreto 758 del mismo año, estuvo definida por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, al interpretar su integración al sistema general de pensiones a favor de los pensionados por vejez que adquirieron tal derecho por cumplir los requisitos exigidos en el artículo 12 íbidem en virtud del régimen de transición. En ese sentido se tiene, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional T-395 de 2016 que detalla la línea jurisprudencial sobre el tema de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Tal postura, se afincaba en la interpretación de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 a la luz de los principios de favorabilidad,

inescindibilidad y respeto de los derechos adquiridos. Básicamente se planteó que el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 no derogó expresa ni tácitamente el beneficio de los incrementos para los beneficiarios de la transición, y que tal acreencia no riñe con el sistema.

En lo que sí existió divergencia entre los Tribunales, fue en lo atinente a la prescripción de dicha prestación, dado que interpretan en forma disímil el artículo 22 del Decreto 758 de 1998. Así, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, aun considera que el hecho de que los incrementos pensionales no formen parte integrante de la pensión, significa que no gozan de los atributos del derecho pensional en sí, entre ellos, la imprescriptibilidad (SL 40.919 del 18 de septiembre de 2012). Por su parte, la Corte Constitucional reiteraba, incluso en la Sentencia SU 310 del 10 de mayo de 2017, que al subsistir el derecho mientras perduren las causas que lo originan, éste se torna imprescriptible, sin perjuicio de aplicar el fenómeno trienal extintivo a las mesadas no reclamadas en tiempo, conforme a los previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

De otro lado, no se desconoce que en materia laboral, por mandato constitucional del artículo 53 Superior y conforme a lo estipulado por el artículo 21 del CST, cuando existen dos interpretaciones de una misma norma, es menester aplicar aquella que sea más favorable a los intereses del trabajador o afiliado. Por tanto, acudiendo al principio de *in dubio pro operario*, evidentemente, es la segunda exégesis que en mejor proporción cuida los intereses de la hoy demandante.

Empero, por sabido se tiene que mediante Auto No. 320 del 23 de mayo del 2018, la misma Corte Constitucional declaró la nulidad de la aludida sentencia de unificación, por haber omitido referirse a la vigencia de los incrementos pensionales, de cara a la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Tal panorama, pone de presente que el juez colegiado garante de la Constitución, como ocurría años atrás, no cuenta en la actualidad con una

postura clara y definida encaminada a la salvaguarda de la imprescriptibilidad de los plurimentados incrementos pensionales. Al contrario, el nuevo criterio de este órgano, alude a la **extinción de dicha prestación económica** a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Esto, se infiere diáfanamente del contenido de la reciente sentencia de tutela No. 456 del 27 de noviembre de 2018, proferida por su Sala Quinta de Revisión.

Cabe anotar que esta Sala de decisión, incluso por encima de la postura de su superior ordinario, compartía la interpretación jurisprudencial primigenia de la Corte Constitucional, por considerarla más incluyente y armónica con los principios mínimos fundamentales del derecho a la seguridad social y la protección especial a las personas de la tercera edad. Pero, ahora la recoge, para alinearse a la última vertiente expuesta, según la cual es factible concluir con criterio objetivo, que los incrementos pensionales creados por el régimen del seguro social obligatorio, desaparecieron del ordenamiento jurídico colombiano, con la promulgación del nuevo sistema general de pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, como pasa a explicarse.

La creación de la prestación económica objeto de estudio, se remonta al año 1966, con la expedición del Decreto 3041. El artículo 16 de ese compendio, contempló el incremento de la pensión mínima en proporción al 7% por los hijos menores de 16 años, y hasta los 18, siempre y cuando dependieran económicamente del jubilado. También en un 14% en tratándose de cónyuge o compañero (a) permanente. Más adelante, el Acuerdo 049 de 1990 –a través del cual se unificó la regulación existente en materia de seguro social obligatorio-, conservó el aumento pensional en su artículo 21; y en el 22, precisó puntualmente que tal beneficio **no formaba parte de las pensiones reconocidas por el ISS**.

La última norma tuvo tres años de vigencia, hasta cuando se creó la Ley 100 de 1993, que, entre otros cambios, adicionó los requisitos para el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez y muerte y en aras de garantizar la protección de las expectativas legítimas de los afiliados,

introdujo en su artículo 36, un régimen de transición encaminado a conservar de la normatividad anterior, la edad, tiempo de cotización y monto porcentual, **por neta favorabilidad**; factores que en manera alguna guardan relación directa con el aumento pensional perseguido.

Nótese que los dos primeros poseen regulación legal independiente a la existencia de personas a cargo de aquel que pretende el reconocimiento de la prestación económica principal –vejez o invalidez-. Y, aun cuando pudiera predicarse que por constituir un número porcentual aplicado a la pensión mínima, el aludido incremento se halla inmerso propiamente en el tercer factor –monto-; lo cierto es que el artículo 20 del Acuerdo 049, solo consagra las cuantías aplicables al salario base de cotización[1], a fin de obtener, con apego al número de semanas y valor de los salarios aportados, la liquidación final a que asciende la mesada pensional, que lógicamente puede llegar a superar el equivalente al SMLMV.

Ante dicho contexto, siendo claro que a la luz del artículo 21 del Decreto 758, solo es viable calcular el incremento adicional del 7% y 14% sobre el valor de la pensión mínima legal, válido resulta colegir que esa prestación agregada no forma parte integrante de las pensiones, como bien precisa el artículo 22 ibídem. De serlo, vendría en factible calcular su equivalente porcentaje, sobre la cuantía real de la asignación pensional, y no únicamente respecto a la mínima suma irrenunciable.

Valga acotar que, en la medida que por mandato constitucional (artículo 48 CP) las prestaciones económicas de vejez, invalidez y muerte, han de liquidarse en atención a los valores efectivamente cotizados, en improcedente deviene pretender acrecentar mesadas pensionales en atención a situaciones fácticas relativas a vínculos maritales, conyugales y/o consanguíneos, que no inciden en las cotizaciones realizadas al sistema de pensiones, que son las que en últimas, junto con la edad, permiten la causación del derecho prestacional.

---

[1] Partiendo de un 45% que aumenta en un 3% por cada cincuenta (50) semanas cotizadas en forma adicional a las primeras quinientas (500), sin que pueda superar el 90%.

Todo lo expuesto lleva a ultimar que el acrecentamiento pensional quedó derogado con la reforma introducida por el nuevo régimen pensional de la multicitada ley 100 de 1993, y al no constituir segmento de la prestación económica principal, resulta imposible revestirlo del fenómeno ultractivo del régimen de transición, que se itera, atañe a la edad, tiempo y monto de la ley anterior. Sin que ello implique que, frente a aquellas pensiones causadas en vigor del Acuerdo 049 de 1990, pero reconocidas con posterioridad al 23 de diciembre de 1993 –data de entrada en vigencia de la Ley 100-, pueda predicarse la noción de derechos adquiridos en pro de perseguir el pago de los incrementos pensionales, pues es apenas lógico que al consolidarse la pensión a la luz del Decreto 758, se conserve la titularidad de los beneficios contemplados en dicha norma.

Por manera que, cuando se llega al caso presente, viene de contera la improsperidad del incremento deprecado por los accionantes en tanto que no fue directamente el Acuerdo 049 de 1990 el precepto normativo integral bajo el cual se les reconoció la prestación económica de vejez, en efecto véase como a Félix Peña Garzón la resolución N° 101773 de mayo de 2011 (fl. 11-12) le reconoce la pensión de vejez en virtud del artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 en armonía con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, idénticas factuales se presenta con Miryam Castro de Altuve en resolución N° 000852 de 2007 (fl. 49-50), a Manuel Alfonso Castro Cristancho en la resolución N° 104944 del 2011 (fl. 66-67) y con Ernesto Sarmiento Viviescas en la resolución 103504 de 2011 (fl. 82 y 83).

Ante lo dicho no son de recibo los argumentos del libelo genitor cuando aduce que sí es procedente la prestación al acreditarse con suficiencia la dependencia económica de su compañero permanente, pues como se referenció, tal aspecto deviene en irrelevante cuando quien persigue el reconocimiento del aumento pensional no demuestra haber adquirido el estatus bajo las previsiones propias del citado Acuerdo. En consecuencia, se

impone la confirmación de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 4 de febrero de 2022

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

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: Confirmar la sentencia del 4 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

ELVER NARANJO

(Salvamento de Voto)

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

JP

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

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

Radicado No. 2019-00170
Partida Tribunal No 19.688

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros de sala, les manifiesto que salvo mi voto respecto de la decisión de la sala mayoritaria de confirmar la sentencia del 4 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, respecto del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante y donde se decidió mantener la postura que venía adoptando la Sala Mayoritaria sobre la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, para apegarse al precedente de la Corte Constitucional que los entiende derogados orgánicamente con la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Para llegar a esta conclusión, la Sala Mayoritaria determinó que existe una disparidad de criterios entre los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, pues la primera ha aceptado la vigencia de los citados incrementos por corresponder a un derecho propio o derivado del régimen de transición de los beneficiados por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año y que los mismos solo son susceptibles de prescripción total mientras que con la providencia SU140 de 2019, la Corte Constitucional varió su criterio para entenderlos orgánicamente derogados tras la vigencia de la Ley 100 y que solo serían exigibles por quienes tuvieran un derecho adquirido antes de esa fecha.

Previamente, esta Sala venía adoptado la postura del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral sobre la no derogatoria de los incrementos pensionales, por considerarla más incluyente y armónica con los principios mínimos fundamentales del derecho a la seguridad social y la protección especial a las personas de la tercera edad, y atendiendo el mandato constitucional del artículo 53 Superior y lo estipulado en el artículo 21 del C.S.T.; sin embargo, luego la Sala Mayoritaria se planteó seguir la línea de la Corte Constitucional alegando que esta se sostiene en una mayor carga argumentativa, dado que desde un criterio objetivo concluyendo que esos incrementos no conforman el régimen de transición, ni se corresponden a factores que incluyan en la cotización por lo que afectarían la sostenibilidad financiera del sistema y daría ultraactividad a una norma derogada desde 1993.

Bajo este entendido, no comparto la decisión de recoger la postura anterior de la Sala por tratarse de la interpretación que mejor representa los principios constitucionales del trabajo y la seguridad social contenidos en el artículo 53 de la Carta Política, por lo que concluyo que no se cumplen las cargas de suficiencia para hacer admisible el cambio de postura; así como por la afectación a la seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que implica el cambio de posición jurisprudencial, por parte de esta Sala que ya en casos previos había resuelto apegarse a la postura de la Corte Suprema de Justicia.

En primera medida, debe señalarse que con posterioridad a la expedición de la providencia SU140 de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha variado su postura previa sobre la vigencia de los incrementos pensionales como puede verse en sentencias SL458 de 2021, SL5593 de 2019 y SL2711 de 2019. Así mismo, las Salas de Descongestión Laboral han aplicado ese precedente en providencias SL809 de 2020, SL059 de 2020, SL2955 de 2019, SL3100 de 2019, SL2334 de 2019, SL1825 de 2019 y SL1466 de 2019.

A la fecha, desde la Sentencia SL2179 de 2020, la Sala de Descongestión Laboral No. 2 de la Corte Suprema de Justicia dio aplicación a la postura de la Corte Constitucional; sin embargo, revisada esa providencia, nada se dice al respecto para argumentar esta variación y en todo caso, conforme al Artículo 26 del Reglamento de la Sala de Casación Laboral, las Salas de Descongestión no pueden cambiar la jurisprudencia sobre determinados asuntos o crear una nueva, pues cuando así lo estimen deben devolver el expediente a la Sala de Casación Permanente.

Ahora bien, frente a la existencia de incompatibilidad de criterios entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, se advierte que la primera se pronunció en sede de control concreto de constitucionalidad por un caso particular, y por ende su aplicación se circunscribe a la doctrina constitucional del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, donde se señala que la misma será criterio auxiliar para las autoridades y el aparte "obligatorio" fue declarado inexequible en sentencia C-131 de 1993, de lo que se deriva que es susceptible de apartarse de sus consideraciones cuando no están contenidas

Respecto del análisis de fondo efectuado por la Sala Mayoritaria, se debe recordar que, por tratarse de un cambio de postura jurisprudencial respecto de una posición previamente aceptada y publicitada de esta Sala de Casación, la misma debe cumplir con una serie de cargas argumentativas según explica la Corte Constitucional en providencia SU432 de 2015:

> "*En cuanto a las cargas citadas, la Corte ha distinguido entre las que se relacionan con la identificación de los precedentes y las que deben ser asumidas en caso de apartarse de la decisión previa. En esta oportunidad, la Sala las ha calificado como cargas de "transparencia", "suficiencia - i", y "suficiencia – ii". Si bien esa subdivisión de la carga de suficiencia no ha sido utilizada previamente, la idea que con ella se expresa sí se encuentra plenamente desarrollada y su importancia es innegable para una adecuada comprensión de la tarea del juez "posterior" frente a las sentencias precedentes.*
>
> *Primero, el juez tiene la carga de identificar de las decisiones previas que podrían ser relevantes para la definición del caso objeto de estudio (transparencia); segundo, si pretende establecer una distinción entre el caso previo y el actual debe identificar las diferencias y similitudes jurídicamente relevantes entre ambos casos y explicar por qué unas pesan más que otras, tal como lo exige el principio de igualdad siempre que se pretenda dar un trato diferente a dos situaciones, en principio, semejantes (suficiencia – i). Finalmente, el juez debe exponer las razones por las cuales la nueva orientación no solo es "mejor" que la decisión anterior, desde algún punto de vista interpretativo, sino explicar de qué manera esa propuesta normativa justifica una intervención negativa en los principios de confianza legítima,*

seguridad jurídica e igualdad, de la parte que esperaba una decisión ajustada a las decisiones previas (suficiencia – ii)"

Aterrizando esta exigencia argumentativa al caso concreto, si bien se cumple con la carga de transparencia al enunciar claramente las posturas encontradas, no se satisfacen los requisitos de suficiencia i y ii; no hay una justificación adecuada para variar la decisión que previamente se tomó, luego de emitida la providencia SU140 de 2019, cuando esta Sala de Decisión ya había analizado la disparidad y se había acogido al precedente de la Corte Suprema de Justicia. Esto implica, que se estaría dando un trato diferente a dos situaciones semejantes, pues en sentencias dictadas recientemente se concluyó que el principio de favorabilidad y de in dubio pro operario, tenía más peso que la alegada sostenibilidad del sistema, ultraactividad normativa y la no conformación del régimen de transición.

Además, en criterio de la suscrita, sigue teniendo más peso constitucional la interpretación derivada del artículo 53 de la Constitución Política por la cual se debe dar prevalencia a situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; como lo señaló la misma Corte Constitucional en providencia T-088 de 2018, al indicar que "*ante la existencia de varios enunciados normativos que regulan una misma situación jurídica o en los casos en que existe un mismo texto legal que admite diversas interpretaciones, le corresponde al operador jurídico acoger o aplicar aquella que resulte más favorable al trabajador. Tal mandato, encuentra sustento no solo en postulados constitucionales (artículos 1, 2 y 53 de la Carta) y legales (artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo), sino en disposiciones contenidas en instrumentos internacionales (artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que exigen su cumplimiento, so pretexto de incurrir en una vulneración directa de la Constitución*".

Para este caso, el legislador no previó de manera expresa y determinada lo que atañe a la vigencia de los incrementos por persona a cargo del Decreto 758 de 1990, y por ende la interpretación sobre esta corresponde al operador judicial, por lo que ante dos posturas contrarias: vigencia por ser un derecho derivado del régimen de transición o derogatoria orgánica por silencio del legislador, lo constitucionalmente admisible es la postura favorable al trabajador.

Estimo que la decisión más adecuada para resolver este asunto era haber mantenido la postura previa de la Sala de Decisión, y haber analizado de fondo la existencia del derecho a los incrementos por persona a cargo reclamados por la demandante, esto es si era beneficiaria del Decreto 758 de 1990, demostró la dependencia económica e hizo la reclamación en los 3 años siguientes al reconocimiento del derecho pensional principal.

Atentamente.

Nidia Belen Quintero G

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, cinco (5) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 9 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso radicado 54-001-31-05-004-2020-00254-01 promovido por **Ana de Jesús Galvis Lizcano** contra la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, se surte el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

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

Adujo para ello: **1) Que** nació el 14 de septiembre de 1964 y el 27 de julio de 1990 se afilió al régimen de prima media con prestación definida, de donde mutó con destino a Porvenir S.A. Ambos regímenes donde ha cotizado más de 1415 semanas. **2) Que** la vinculación al RAIS se realizó a través de formularios de vinculación, pero nunca fue advertida de los efectos negativos que conllevaba el traslado, indicando que dichos movimientos no fueron libres ni voluntarios al no mediar una verdadera asesoría sobre los riesgos y consecuencias que acarreaban los cambios; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera nulidad de dicho acto. **3) Que** el 2 de octubre de 2020, Porvenir S.A. le entregó la simulación de reconocimiento pensional en el RAIS cuyo resultado arrojó mesada de $877.803, que resulta bastante desfavorable comparada con la que le hubiese correspondido en el RPM ($2.881.918). **4) Que** formuló ante las administradoras de pensiones convocadas a juicio petición de nulidad del traslado de régimen sin éxito alguno.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido. Acepta como cierto el hecho relacionado con la edad de la actora. Dijo no constarle los demás. Argumentó que la precitada 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: inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de materializar los efectos de la ineficacia cuando el demandante ya tiene una situación jurídica consolidada o adquirió el estatus de pensionado en el régimen de ahorro individual, prescripción y la genérica.

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

La Agencia Nacional del Estado no contestó.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 9 de julio de 2021, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con el fondo de pensiones Porvenir S.A. Condenó al fondo privado a devolver a Colpensiones, en el término impostergable de un mes, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de aquel, como cotizaciones, bonos pensionales, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno y debidamente indexado. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado de la activa del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas a ambas AFP.

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

RECURSOS DE APELACIÓN: **Porvenir S.A.** busca dejar sin efectos la sentencia. Discute que las disposiciones legales vigentes a tal data, tales como el estatuto financiero y el literal b de la ley 100 de 1993, si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar la decisión de traslado, dichas disposiciones no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular, de modo que resulta suficiente el formulario de afiliación o traslado que en su momento suscribió la actora, que da cuenta de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor, luego, aduce, que no es cierto que se haya omitido dar una información suficiente para que aquella tomara la decisión de traslado, porque sí se llevó a cabo la mayor parte de actos informativos desconocidos por el sentenciador de primer grado. Alude que aun cuando existe una doctrina probable del máximo tribunal en lo laboral desarrollada a partir del 2008, no es procedente su aplicación en virtud a que el acto jurídico demandado se realizó con anterioridad, esto es, para el año 1997, siendo imposible exigirse retroactivamente su aplicación.

Resalta que si en gracia de discusión se ratifica la indebida asesoría, se tenga en cuenta la inviabilidad de ordenar la devolución de sumas adicionales por concepto de comisiones, gastos de administración, pago de prima de seguros provisionales y descuentos con destino al fondo de garantía de pensión mínima, en tanto que si bien es cierto ingresan al patrimonio de la AFP, se destinan a remunerar y cubrir los costos y gastos en que incurrió para tal fin, es decir, hechos consumados que hacen imposible que se pueda declarar la ineficacia y se ordene la restitución de estos valores. Esto dice, compaginado con lo señalado en el artículo 964 del Código Civil, que prevé que en toda restitución de frutos se abonará a quien la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos, que para el caso en concreto son los referidos rubros, lo cual, si se desconoce, conlleva su empobrecimiento injustificado. Máxime, cuando argumenta, los rendimientos producidos en el RAIS siempre serán superiores a los causados en el RPM, por tratarse de un fondo común.

Agrega 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.

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

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Ana de Jesús Galvis Lizcano, se ratificó en lo propuesto en el líbelo introductor, solicitando mantener incólume el fallo apelado.

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

3o. CONSIDERACIONES

Deberá establecerse si el traslado de la demandante del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual, ante Porvenir S.A., adolece o no del consentimiento informado de aquella. 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 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 Ana de Jesús Galvis Lizcano 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.

De otro lado, se observa que la hoy incoante, suscribió formulario de afiliación al RAIS el 17 de septiembre de 1997 ante hoy Porvenir S.A., espacio temporal en el que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a las AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que la AFP 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 dio cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron a la accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

No obstante, ninguna probanza en tal sentido se arrimó, más allá del mismo formulario de afiliación, que en todo caso a nada conduce para ese propósito, pues, el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Galvis Lizcano 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 informada. Situación que ratifica la protagonista procesal al momento de rendir interrogatorio de parte, pues insiste en que no fue asesorada al momento de su afiliación pues solo insistieron en que el seguro social se acabaría y que en el fondo privado obtendría una mejor asignación pensional.

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

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

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

Tampoco puede aceptarse que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque ningún medio de convicción se arrimó sobre ello. Menos,

que la existencia de cualquier falencia fue superada con la permanencia por espacio temporal considerable en el RAIS, ya que, la actuación irregular de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por la fidelidad dentro de este último régimen.

También se desestima la afirmación de Porvenir S.A. sobre la imposibilidad de aplicar el precedente judicial vertical en el sub-analice, ya que, si bien la vinculación primigenia del actor al RAIS se dio en 1997, el órgano de cúspide ha sido claro y reiterativo en precisar que la obligación de información a cargo de las AFP se encuentra prevista desde la creación del SGP.

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

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

En lo que tiene que ver con los gastos de administración, seguro previsional y los frutos, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, son que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de

septiembre de 2008, que señaló :*"Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C…"*

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

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

Consulta.

En lo que toca con la prescripción de la acción para deprecar la ineficacia del traslado, debe precisarse que, al tratarse de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la seguridad social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Así lo ha estimado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias SL 1689-2019 y SL1421-2019, "*la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata*

de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).".

Condena en costas a Colpensiones en primer grado.

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

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

Por último, con fundamento en el aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas a Colpensiones y 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 9 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas Colpensiones y Porvenir S.A. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de $500.000 a cargo de cada una de ellas. Liquídense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso ordinario - Rad. 54-001-31-05-004-2021-00215-01
Demandante: UGPP
Demandado: Alfonso Contreras Guarín

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

1º. ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 19 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

2º. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, actor presentó demanda contra Alfonso Contreras Guarín, buscando **(i)** nulitar la Resolución No. RDP 039528 del 28 de septiembre de 2018 expedida por la entidad en cumplimiento de fallo de tutela dictado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Cúcuta. En consecuencia, se ordene al demandado **(ii)** reintegrar las sumas de dinero percibidas en exceso debidamente indexadas.

La demanda fue repartida inicialmente al Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Bucaramanga, quien por medio de auto fechado del 26 de febrero de 2019 declaró su falta de competencia por el factor territorial. Argumentó que, como el acto administrativo que

se pretende fustigar fue expedido en la ciudad de Bogotá, donde también se ubica el domicilio principal de la entidad, correspondía a los Juzgados Administrativos Orales de dicho espacio geográfico adelantar el trámite judicial correspondiente, ante quienes remitió las piezas procesales.

El segundo reparto correspondió al Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá – Sección Segunda, autoridad que a través de providencia dictada el 16 de mayo de 2019 también se declaró incompetente para conocer el asunto. Advirtió que el Acuerdo PSAA06-3501 de julio de 2006 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que reglamentó el reparto de los asuntos a los jueces administrativos, estipulando que dicha asignación debía hacerse a cada uno de los grupos de juzgados según la correspondencia existente con las Secciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Y que, como a su vez, el artículo 18 del Decreto 2288 de 1989, dispuso que a la Sección Primera *"Le corresponde el conocimiento de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, de competencia de este Tribunal"*, la demanda impetrada debía dirigirse a dicho juzgador, para lo de su cargo. Lo que en efecto se hizo.

Distribuido en tercera oportunidad, el proceso se asignó al Juzgado Primero Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá – Sección Primera, quien determinó suscitar conflicto negativo de competencia con su par, Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá – Sección Segunda. Expuso que si bien, la ley le otorga a la Sección Primera, el conocimiento de asuntos residuales para temas de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cierto es que en ningún momento se le asignó competencia para conocer de la acción de lesividad, como la impetrada por la UGPP.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca dirimió la colisión determinando que en realidad, por la literalidad de las pretensiones incoadas, era la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, ordenando la remisión del expediente a los Juzgados Laborales del Circuito de Cúcuta, por residir el demandado en dicha municipalidad. La

Oficina Judicial de la ciudad, asignó el conocimiento al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

Al estudiar la demanda asignada, el juez *A Quo* consideró que esta adolecía de deficiencias por no acreditar el cumplimiento de requisitos formales en los términos del CPTSS. Por consiguiente, a través de providencia del 25 de octubre de 2021, resolvió inadmitirla y concedió cinco (5) días para subsanarla en lo siguiente:

"(…) adecuar el poder y la demanda a las formalidades exigidas en la legislación laboral conforme a las exigencias que establece el art. 12 de la Ley 712 de 2001, por el cual se reforma el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y además la adecúe la parte sustantiva, por haber sido remitida por EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, por competencia…".

La activa en cumplimiento del requerimiento efectuado, el 29 de octubre de 2021 a las 2:07 p.m., remitió al buzón electrónico de la agencia judicial, escrito de poder conferido por el Subdirector General de la entidad, Javier Andrés Sosa Pérez, al abogado Juan Carlos Ballesteros Pinzón de demanda, a fin de que inicie, tramite y culmine demanda ordinaria laboral contra Alonso Contreras Guarín.

Valga acotar que con dicho mensaje electrónico no se adjuntó demanda ordinaria laboral debidamente adecuada, en los términos exigidos por el sentenciador de primer grado.

Mediante auto del 19 de noviembre de la pasada anualidad, el juzgado de primera instancia rechazó la demanda al considerar que la subsanación no se realizó en el término concedido.

La anterior decisión no fue del agrado de la activa, quien buscando su revocatoria, interpuso el recurso de apelación, el 25 de noviembre de 2021. Sostuvo que el *a quo* no tuvo en cuenta que la demanda se subsanó en término, pues habiéndose publicado el auto inadmisorio por estado del 26 de octubre de 2021, contaba con plazo para corregir las deficiencias

evidenciadas hasta el 3 de noviembre de la misma anualidad, data en la que asegura, remitió a la dirección electrónica institucional el nuevo escrito de acción con los correspondientes anexos.

Por auto del 1° de febrero de 2022 se concedió la alzada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La activa insiste en que subsanó en tiempo los yerros señalados en el auto que devolvió la demanda, por lo que la actuación desplegada por la autoridad judicial contraría los postulados procesales y sustantivos vigentes.

3º. CONSIDERACIONES

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

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

Afirma el recurrente que subsanó, dentro del plazo otorgado, los yerros de la demanda en atención a las pautas contenidas en el proveído inadmisorio, sin embargo, del historial procesal se colige lo contrario.

Efectivamente, es cierto, como se afirma en la censura, que habiéndose publicado la devolución de la demanda por estados del 26 de octubre de 2021, el término de cinco días hábiles debe computarse desde el día siguiente (27 de octubre), y en tal medida, tenía oportunidad hasta el miércoles 3 de noviembre de 2021 para acreditar el atendimiento de la exigencia judicial.

Sucede es que ningún vestigio probatorio que dé cuenta de la presentación del nuevo escrito de demanda adecuada al trámite ordinario laboral de primera instancia, fue allegado por el extremo activo. Mírese, que únicamente hay evidencia de la remisión al correo electrónico del Despacho de conocimiento (jlabccu4@cendoj.ramajudicial.gov.co) del poder conferido por el Subdirector General de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP al profesional del derecho, Juan Carlos Ballesteros Pinzón, el 29 de octubre de 2021 a las 2:07 p.m. Mandato judicial que constituye una de las dos exigencias efectuadas por el sentenciador, y que, técnicamente se trata de un anexo necesario de la demanda.

Obvió entonces la parte interesada, allegar en tiempo demanda adecuada *"…a las formalidades exigidas en la legislación laboral conforme a las exigencias que establece el art. 12 de la Ley 712 de 2001, por el cual se reforma el artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y además la adecúe la parte sustantiva"*; pues, si bien reposa en el expediente digital tal compendio introductorio, no se prueba que el mismo haya sido presentado de forma electrónica o física en las dependencias del juzgado.

Y es que ni siquiera en sede de alzada la entidad demandante se preocupó por acreditar la veracidad de los hechos, lo que perfectamente pudo haber hecho aportando el respectivo comprante de trazabilidad del mensaje electrónico, y no limitarse a reiterar la indebida interpretación y aplicación de normas procesales por parte del juez de conocimiento primigenio, que ante la realidad avizorada, resulta infundada.

Fluye claro entonces, que ante el no recibo de la misma lo que correspondía al operador judicial no era otra cosa que disponer el rechazo de la demanda y su consecuencial archivo, en estricto acatamiento de lo señalado en el artículo 90 del CGP aplicado al rito laboral por analogía dispuesta en el 145 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Como así se procedió, se confirmará el auto del 19 de noviembre de 2021. Sin costas.

4º DECISIÓN

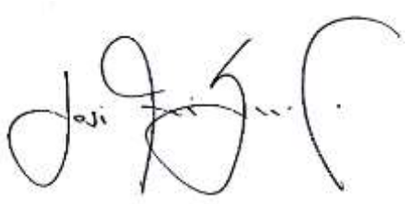
Por lo expuesto, Sala de Decisión Laboral, del **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, RESUELVE. Primero: CONFIRMAR** el auto del 19 de noviembre de 2021 proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta. **Segundo: sin** costas.

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

NOTIFIQUESE.

Los magistrados,

Nidiam Belén Quintero Gélves



José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 28 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso radicado 54-001-31-05-004-2021-00221-01 promovido por **Hadda Natalia Negrón Ruiz** contra la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** y la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, se surte el grado jurisdiccional de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue impugnado.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: (Expediente Digital): 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** el 14 de enero de 1985 se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora ISS, del que mutó el

1° de febrero de 2005 con destino al RAIS. **2) Que** la vinculación al RAIS se realizó a través de formularios de vinculación, pero nunca fue advertida de los efectos negativos que conllevaba el traslado, indicando que dichos movimientos no fueron libres ni voluntarios al no mediar una verdadera asesoría sobre los riesgos y consecuencias que acarreaban los cambios; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, lo que genera nulidad de dicho acto. **3) Que** solo hasta ahora se entera que la mesada pensional que recibirá en el fondo privado equivale al SMLMV. **4) Que** formuló ante las administradoras de pensiones convocadas a juicio petición de nulidad del traslado de régimen sin éxito alguno.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-** se opuso a lo pretendido. Acepta como ciertos los hechos relacionados con la edad de la actora, datas de traslado y reclamación administrativa elevada. Argumentó que ésta 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, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades, y la genérica.

Porvenir S.A. también se resistió a las súplicas. Dijo no constarle ninguno de los hechos esbozados en la demanda. Adujo que la incoante no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió para poder determinar si hay

lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación o traslado suscrito por el mismo, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la presencia de vicio alguno de la voluntad. Aduce que la petente se halla inmersa en la causal fáctica de prohibición legal de traslado. Formuló los medios de defensa: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, e innominada.

La Agencia Nacional del Estado no contestó.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 28 de febrero de 2022, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual que la accionante surtió con el fondo de pensiones Porvenir S.A. Condenó al fondo privado a devolver a Colpensiones, en el término impostergable de un mes, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de aquel, como cotizaciones, bonos pensionales, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno y debidamente indexado. Del mismo modo ordenó a la administradora del RPM que una vez cumplido lo anterior, acepte el traslado de la activa del RAIS al régimen que ésta administra. Gravó en costas solo a la AFP 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 a la demandante, ni siquiera documental que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y, mucho menos de sus desventajas.

RECURSOS DE APELACIÓN: **Porvenir S.A.** busca dejar sin efectos la sentencia. 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 le generó gastos que la misma ley reconoce como comisiones de administración por la gestión de los aportes; igual que afirma, sucede, con el seguro provisional aplicado a la cuenta de ahorro individual que se efectúa en favor de un tercero de buena fe ajeno al proceso. Circunstancia que asevera, contraría lo preceptuado por el inciso final del artículo 964 del Código Civil.

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

Colpensiones busca dejar sin efectos la sentencia. Manifestó que no es posible aceptar el traslado de la actora a la luz de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó literal e), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al establecer que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para adquirir la pensión de vejez; evento que satisface la incoante al encontrarse en el rango de edad prescrito. En cuanto a la ineficacia del traslado, indica que no es viable, en la medida que la suscripción del formulario para lograr el traslado al RAIS tiene plena validez, ya que, se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección en los términos del artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009 en su artículo 48, sin que se observen vicios en el consentimiento. Al contrario, asegura que al absolver interrogatorio de parte confesó haber recibido asesoría sobre

rentabilidad y posibilidad de heredar el capital por parte de familiares. Asevera que, a partir del acto de traslado la afiliada contaba con la carga ineludible de ejercer diligencia y cuidado en los más de 20 años que se mantuvo en el RAIS, pudiendo haber probado que realizó actos tendientes a mejorar su situación pensional, lo que no ocurrió, circunstancia que ratifica su consentimiento. Añade que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados. Máxime, cuando arguye, la búsqueda de traslado de la pretensora se funda en un deseo netamente económico, como lo es la creencia del recibo de una mesada pensional superior al SMLMV.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Porvenir S.A. y Colpensiones replicaron los argumentos expuestos en la apelación elevada ante la juez *A-Quo*. El extremo activo no alegó.

3o. CONSIDERACIONES

Deberá establecerse si el traslado de la demandante del régimen de prima con prestación definida al régimen de ahorro individual, ante Porvenir S.A., adolece o no del consentimiento informado de aquella. 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 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 Hadda Natalia Negrón Ruiz 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.

De otro lado, se observa que la hoy incoante, suscribió formulario de afiliación al RAIS el 1° de febrero de 2005 ante hoy Porvenir S.A., espacio temporal en el que conforme a la evolución normativa del deber de información que identificó la Sala de Casación en las sentencias mencionadas, le correspondía a las AFP ilustrar sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En ese orden y ante la afirmación del extremo actor de que la AFP 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 dio cumplimiento a esta obligación y que en efecto, permitieron a la accionante sopesara la conveniencia o no de permanecer en el régimen de prima media o cambiarse al de ahorro individual.

No obstante, ninguna probanza en tal sentido se arrimó, más allá del mismo formulario de afiliación, que en todo caso a nada conduce para ese propósito,

pues, el que se hubiere insertado al lado de la rúbrica de Negrón Ruiz 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 informada. Situación que ratifica la protagonista procesal al momento de rendir interrogatorio de parte, pues insiste en que no fue asesorada porque su afiliación se perfeccionó en el 2005 a través de un asesor bajo el argumento de que los fondos públicos se iban a acabar, sin resultar advertida acerca de las ventajas y desventajas del traslado, ni el eventual monto de la pensión. Comentó que, al contrario, tan solo le prometieron percibir beneficios, como mayor rentabilidad y posibilidad de heredar el capital consignado en la cuenta de ahorro individual.

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

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

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

Tampoco puede aceptarse que el traslado perseguido supone una descapitalización del fondo común del RPM y directa afectación de los demás afiliados porque ningún medio de convicción se arrimó sobre ello. Menos, que el deber de información se acredita porque la accionante confesó sobre la promesa de mayor rentabilidad que le hiciera el asesor del fondo, dado que como se explicó, la debida ilustración cobija no solo los factores atractivos o mayor favorables del RAIS, sino justamente, las desventajas de que adolece, en aras de que el afiliado contando con un comparativo entre regímenes trazado dentro del plano fáctico real, materialice su derecho de escogencia libre entre los mismos. Lo que naturalmente no se le permitió.

También se desestima la afirmación de Porvenir S.A. sobre la imposibilidad de aplicar el precedente judicial vertical en el sub-analice, ya que, si bien la vinculación primigenia del actor al RAIS se dio en 2005, 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 de la demandante del régimen de prima media al RAIS.

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

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

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

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

Consulta.

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

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 28 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas Colpensiones y Porvenir S.A. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada la suma de $500.000 a cargo de cada una de ellas. Liquídense de manera concentrada por el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Ref. Proceso ordinario - Rad. 54-405-31-03-001-2019-00129-02
Demandante: Gerardo Duplat Isea
Demandados: Constructora Viñedo Arijau S.A.S. y Rafael Ramiro Andrade Ariza

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

1° ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la pasiva contra el auto que negó la nulidad, proferido el 18 de febrero de 2022 por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios.

2o. ANTECEDENTES

El demandante el 7 de febrero de 2017 deprecó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta, la declaratoria de un contrato verbal con la sociedad Viñedo Arijau S.A.S., desde el 2009 hasta junio del 2015, pactándose alude, como honorarios el 8% sobre costos directos. En consecuencia, solicitó el pago de los honorarios adeudados por valor de $192.229.463 junto con los intereses legales y la indexación. (fls. 6-17, archivo digital 001)

Habiéndose trabado la litis y surtido el trámite de un proceso verbal de mayor cuantía, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta en sentencia del 9 de octubre de 2018 negó las pretensiones y condenó en costas al actor. Decisión que fue objeto del recurso de apelación por la activa (fls. 3-4, archivo digital 011).

La Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, al desatar la alzada, en providencia del 29 de marzo de 2019 declaró la falta de competencia por el factor funcional y en consecuencia, nulitó todo lo actuado partir de la sentencia de primera instancia del 9 octubre de 2018, inclusive, emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta. Ordenó enviar el proceso a la oficina judicial para ser repartido entre los jueces laborales del circuito de Cúcuta. Consideró que la pretensión de pago de honorarios, está prevista en el numeral 6 del artículo 2 del CPTSS, adjudicándole la competencia a los jueces laborales del circuito de Cúcuta. Advirtió que de acuerdo a los artículos 6 y 138 del CGP, lo actuado conserva validez, exceptuando la sentencia sobre la cual recae nulidad (fls. 15-18, archivo digital 011).

Efectuado el reparto (fl. 20, archivo digital 11), se remitió la demanda al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, que en auto del 21 de mayo de 2019, resolvió conceder el termino de 5 días al accionante para adecuar la demanda al procedimiento ordinario laboral de conformidad con el artículo 25 del CPTSS (fl. 22, archivo digital 011).

A través de memorial radicado en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el 30 de mayo de 2019, el accionante formula demanda ordinaria laboral pretendiendo la declaratoria de un contrato verbal de trabajo con la sociedad Viñedos Arijau S.A.S., desde el 24 de febrero de 2010 hasta el 15 de junio de 2015, dentro del cual se pactó una remuneración del 8% sobre los costos directos de los proyectos, lo que asciende, dice, a $195.229.463. Suma sobre la cual pretende su pago junto con los intereses legales, indexación, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, liquidación del contrato, indemnizaciones y lo extra y ultra petita (fls. 23-37, archivo digital 011).

En auto del 7 de junio de 2019, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, resolvió rechazar la demanda por falta de competencia por razón

de la jurisdicción, remitiéndola para ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Los Patios (fl. 1, archivo digital 14).

Con el oficio No. 05668 del 19 de junio de 2019, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Los Patios devolvió el expediente afirmando que la Resolución 358 del 20 de octubre de 2008, asignó la carga de los asuntos laborales al Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, siendo este el órgano judicial a quien se le debe remitir el proceso (fl. 6, archivo digital 6).

El Juzgado Civil del Circuito de Los Patios en proveído del 18 de julio de 2019, asumió el conocimiento de la demanda ordinaria laboral y le asignó el radicado 54-405-31-03-001-2019-00129-00 (fl. 17, archivo digital 14). Posteriormente, en auto del 5 de agosto de 2019 la devolvió a fin de que fuera subsanada conforme el artículo 25 del CPTSS, ya que, según dice, no contemplaba el tipo de proceso, el poder iba dirigido a otro despacho judicial y no formuló las pretensiones por separado ni especificó sumas de dinero (fl. 19-20, archivo digital 14).

El 14 de agosto de 2019, el demandante radicó la subsanación adicionando nuevos hechos y pretendiendo esta vez la declaratoria de un contrato de trabajo en aplicación del principio de primacía de la realidad, con Viñedos Arijau SAS y Rafael Ramiro Ariza Andrade, con un salario de $22.000.000, producto del 8% de los costos directos de los proyectos. Pide en consecuencia, se ordene el pago de los salarios por valor de $195.229.463, junto con los intereses legales, indexación, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, liquidación del contrato, indemnizaciones y lo extra y ultra petita. Además, solicitó el decreto de la medida cautelar del artículo 85A del CPTSS (fls. 35-62 archivo digital 014).

Con la emisión del auto del 21 de agosto de 2019, la jueza *a quo* admitió la demanda presentada, ordenó la notificación y fijó el 28 del mismo mes y año para la realización de la audiencia de que trata el artículo 85A del CPTSS. Fecha última en la cual la operadora judicial de instancia tomó la

decisión de acceder a la caución pretendida por el actor en un valor de $150.000.000. (fl.63, archivo digital 14)

Frente a la anterior decisión se mostró inconforme la pasiva señalando que no se encuentra probada ninguna de las condiciones establecidas en el artículo 85A del CPTSS. Argumentos que tuvieron recibo en esta Sala, toda vez que, en proveído del 28 de julio de 2020, se revocó la caución declarada y se advirtió que el trámite a seguir luego de la adecuación hecha de la demanda civil a una demanda laboral, es proferir la decisión de fondo, ya que, este fue el único acto invalidado.

El 11 de septiembre de 2019, la sociedad accionada dio contestación a la demanda y presentó demanda de reconvención (fls. 11-26, archivo digital 17). El 8 de noviembre de 2019, la operadora judicial de primera instancia a través de proveído tuvo por contestada la demanda (fl. 32, archivo digital 17), y mediante auto del 29 de noviembre admitió la demanda de reconvención formulada y corrió traslado de esta (fl. 34, archivo digital 17). El 5 de diciembre de 2019, la pasiva en la demanda de reconvención da contestación a las suplicas esgrimidas en su contra. (fls. 36-40, archivo digital 17)

En providencia del 14 de enero de 2020, la jueza a quo fijó fecha para la práctica de la audiencia del artículo 77 del CPTSS (fl. 43, archivo digital 17) y mediante proveído del 20 de febrero de 2020 aclaró lo dicho en el auto admisorio de la demanda adiado el 21 de agosto de 2019 y vinculó como demandado a Rafael Ramiro Ariza Andrade. (fl. 46, archivo digital 17). El 15 de julio de 2020, la operadora judicial de primera instancia tuvo por notificado por conducta concluyente al demandado a Rafael Ramiro Ariza Andrade (fl. 5, archivo digital 18), el cual contestó la demanda a través de memorial fechado el 30 de julio de 2020, proponiendo la nulidad de lo actuado. El 31 de noviembre de 2020, la pasiva y el vinculado radican memorial solicitando la nulidad de lo actuado.

Siendo el 4 de diciembre de 2020, se dio el trámite contemplado en el artículo 77 del CPTSS, en el cual Rafael Ramiro Ariza Andrade coadyuvado esta vez por Viñedos Arijau S.A.S., solicitaron la nulidad de todo lo actuado, alegando que la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Cúcuta, lo único que nulitó fue la sentencia y por ende, el paso a seguir después de adecuada la demanda, era proferir la sentencia de instancia con base en las pruebas recaudadas, sin que se permita un nuevo libelo en el que se incluyan otros demandantes y pretensiones de índole laboral distintas a las esgrimidas, toda vez que, dice, el debate probatorio se encuentra concluido. Situación que alude, fue recalcada por la Sala Laboral en proveído del 28 de julio de 2020. La activa se opuso manifestando que la adecuación ordenada por el ad quem corresponde a dar trámite completo a una demanda ordinaria laboral, como efectivamente se está haciendo, pues de lo contrario se le violaría el debido proceso y sus derechos irrenunciables como trabajador. Concluidas las alegaciones de las partes, y reanudándose la audiencia el 18 de febrero de 2021, la primera instancia halló la razón a la parte activa, rechazando la nulidad planteada. Consideró que lo ordenado por el superior es surtir el trámite de un proceso ordinario laboral. Sostuvo también, que emitir sentencia configuraría la nulidad contemplada en el numeral 7 del artículo 133 del CGP "*Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación"*. Igualmente, afirmó que así lo entendió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta al avocar conocimiento del proceso y ordenar la adecuación del mismo al procedimiento laboral a través del auto del 21 de mayo del 2019. Aunó que como no se presentaron los recursos de ley contra el citado auto, este quedó en firme y por ende no puede presentarse nuevamente como excepción previa o nulidad.

Decisión anterior contra la cual la parte solicitante de la nulidad, interpone recurso de apelación, argumentando que desde la contestación de la demanda solicitó la nulidad de lo actuado. Además de reiterar lo dicho en su sustentación inicial, indicó que aceptar una nueva demanda con nuevas

pruebas y demandados reviviría términos que ya fenecieron dentro del trámite civil. Arguyó que lo ordenado por el ad quem era la adecuación de la demanda al proceso ordinario laboral teniendo como base los hechos y pretensiones inicialmente esbozados, los cuales claramente pueden ser estudiados por el juez laboral, ya que, lo que se busca es el pago de honorarios con base en un contrato de prestación de servicios. Recurso de alzada que fue concedido en auto del 18 de febrero de 2021 (fls. 21-24, archivo digital 18).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: La parte activa solicita se confirme la decisión de la a quo de seguir conociendo el proceso ordinario laboral. Afirma que no es posible dictar sentencia de fondo por cuanto se afectaría el derecho procesal en tanto es el juez natural quien debe adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva.

Los accionados replicaron los alegatos interpuestos ante la primera instancia.

3º. CONSIDERACIONES

El régimen de nulidades procesales, como instrumento para materializar los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, en aplicación de los principios de especificidad y protección, es de naturaleza eminentemente restrictiva, por ello, el artículo 133 del CGP, norma aplicable en virtud de la remisión prevista en el artículo 145 del CPTSS determina taxativamente las siguientes causales que la configuran:

> *"1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.*
>
> *2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.*
>
> *3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.*

4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.

5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.

6. Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.

7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado."

Así, al afincarse la institución procesal de la nulidad en el principio de taxatividad, únicamente se puede afectar la validez de un proceso por la configuración de una de las causales contenidas en la ley. En otros términos, no hay nulidad sin causa legal que así la contemple.

Cabe señalar también, que a partir de lo establecido en el artículo 136 del cuerpo legal antes mencionado (CGP), las nulidades se clasifican en saneables e insaneables. Disponiendo sobre estas últimas el parágrafo del canon: "*Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables*.". Es de anotar, que las providencias judiciales en voces del artículo 278 ibídem, pueden ser autos o sentencias.

Por manera que, cuando se desciende al caso presente y se verifica que la Jueza Civil del Circuito de Los Patios, en auto calendado el 18 de julio de 2019, devuelve la demanda al considerar que el escrito de adecuación no reunía las formalidades del artículo 25 del CPTSS, y posteriormente admite el libelo laboral con auto del 21 de agosto de 2019, corre traslado del mismo y fija fecha para la realización de la audiencia del artículo 85A del CPTSS,

sin mayor esfuerzo, es viable colegir que ha procedido contra providencia ejecutoriada del superior. En otras palabras, ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 133 del CGP, aplicable en los procesos laborales y de la seguridad social, por remisión analógica que permite el artículo 145 del CPTSS. Nulidad que como se hizo ver, deviene en insaneable.

En efecto, si como se reseñó, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en proveído del 29 de marzo de 2019, declaró la falta de competencia por el factor funcional y en consecuencia nulitó todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia del 9 octubre de 2018, inclusive, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta, la actuación que debió renovarse por parte del Juzgado Civil del Circuito de los Patios, fue el proferimiento de la sentencia laboral, ya que, como se dijo, la nulidad solo cobijó todo lo actuado luego de la sentencia del 9 de octubre de 2018 inclusive. Como ello no ocurrió, sino que, lo que se dio fue la admisión de la demanda el 21 de agosto de 2019, su traslado y la celebración de la audiencia prevista en el artículo 85A del CPTSS, diáfano, patente e indubitable, es que se procedió por parte de la operadora judicial mencionada, contra una providencia ejecutoriada del superior, valga decir, se actuó contra el auto del 29 de marzo de 2019 de la Sala Civil Familia del Tribunal de Cúcua. Esto sin que sea posible esgrimir que lo ordenado por el superior, hubiese sido surtir el trámite de un proceso ordinario laboral, ya que, se reitera, la nulidad se declaró sólo a partir de la sentencia del 9 de octubre de 2018. Valga decir, lo que debió hacerse, fue proferir una nueva sentencia únicamente. Como no fue así, necesariamente, todo lo actuado a partir del auto del 21 de agosto de 2019 del Juzgado Civil del Circuito de los Patios, inclusive, se encuentra afectado de nulidad insaneable, y, así se declarará. Se dispondrá igualmente, que por la operadora judicial mencionada, se profiera una sentencia de carácter laboral, tal como lo ordenó la Sala Civil Familia del Tribunal en auto del 29 de marzo de 2019.

Sin costas por la prosperidad del recurso de alzada.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto que ordenó admitir la demanda ordinaria laboral del 21 de agosto de 2019, inclusive, proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios.

SEGUNDO.- Ordenar la devolución de las diligencias al juzgado de origen, para que rehaga el trámite, observando lo dicho en la parte motiva. Sin costas.

NOTIFÍQUESE.

Los magistrados,

Nidiam Belén Quintero Gelves

José Andrés Serrano Mendoza

JP

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, cinco (5) de mayo de dos mil veintidós (2022)

RAD: 54-498-31-05-001-2019-00269-01
P.T. No. 19360
REF: ORDINARIO
DEMANDANTE: Fernando Sánchez Barbosa
DEMANDADO: Empresa de Servicios Públicos de Ocaña –ESPO S.A.-

A través de memorial presentado a través del buzón electrónico del Despacho, el extremo pasivo, dentro del término de ley interpone recurso de reposición y en subsidio queja contra la providencia que niega el recurso de casación. Lo sustenta en el hecho de que para obtener la cuantía, debe tenerse en cuenta el monto total de las pretensiones esgrimidas en el libelo introductorio, los aportes a pensión no accedidos, y liquidarse los intereses moratorios sobre el global resultante.

Lo anterior no resulta de recibo, si se tiene en cuenta que de vieja data la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral[1], ha sentado que el interés jurídico económico para recurrir por la pasiva se encuentra definido a los valores de la providencia que económicamente lo perjudican, y como quiera que los aportes a pensión no fueron objeto de condena, no es dable incluirlos en la liquidación efectuada. Ahora bien, frente los intereses moratorios del artículo 65 del CST, la normativa es clara al afirmar que estos se causan sobre los salarios y prestaciones de dinero, lo que hace inviable incluir las demás condenas.

Así las cosas, revisada la decisión atacada, la Sala mantiene su decisión, toda vez que no encuentra elementos de juicio para revocarla y en su lugar concede el recurso de queja para ante el superior.
Dese aplicación al artículo 114 del Código General del Proceso, ordenando la expedición de las piezas procesales pertinentes para el trámite del mismo y se concede el término de cinco (5) días para el suministro de las expensas de conformidad con la norma antes citada.

[1] CSJ AL2534-2020, AL1206-2022, AL318-2021

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

_____

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, cinco (05) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se surte el grado de jurisdicción de consulta de la sentencia del 11 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña – Norte de Santander, dentro del proceso ordinario laboral con radicado No. 54-498-31-05-001-2020-00153-00, promovido por **Jairo Alonso Pérez Gómez** contra el **municipio de Ábrego – Norte de Santander**.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA (Expediente digital): Depreca el actor se declare que entre él y el municipio de Ábrego – Norte de Santander, existió un contrato de trabajo desde el 1° de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019, percibiendo como último salario $1.166.000. En consecuencia, pide se condene a la demandada a pagarle prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización por despido injusto, la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, aportes al sistema general de seguridad social integral, sanción de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 2 de la Ley 52 de 1975 (numeral 3°); indemnización por despido sin justa causa; indexación de las condenas y costas del proceso.

Adujo para ello: **1) Que** mediante contrato de prestación de servicios suscrito el 1° de enero de 2016, inició su vinculación al servicio del municipio de Ábrego – Norte de Santander, ente que asegura, disfrazó

la verdadera relación laboral a través de dicha modalidad de contratación. **2) Que** desempeñaba funciones de apoyo a la gestión de mantenimiento de la zona verde del parque principal de la localidad, cumpliendo una jornada laboral de lunes a lunes, dice, sin descansos, desde las 3:00 a.m. a 6:00 p.m.; percibiendo como última remuneración la suma de $1.166.000. **3) Que** trabajó bajo la continua subordinación y dependencia de Dairo Torrado Ascanio, quien comentó, lo supervisaba constantemente. **4) Que** el 31 de diciembre de 2019 el ente encartado le terminó el contrato de forma unilateral e injusta. **5) Que** durante la vinculación percibió el pago íntegro de salarios, pero no fue liquidado en debida forma ni afiliado a la seguridad social integral. **6) Que e**l demandado no le ha cancelado las prestaciones sociales y demás acreencias laborales causadas durante la relación laboral, así como la indemnización por despido sin justa causa y moratoria del artículo 65 del CST. **7) Que** elevó reclamación administrativa, sin éxito.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: El municipio de Ábrego – Norte de Santander, se opuso a las pretensiones. Manifiesta que la relación que mantuvo con el demandante era netamente civil y correspondía a la ejecución de contratos de prestación de servicios independientes, cancelando por ello honorarios profesionales. Afirmó que no se cumplen los requisitos exigidos por la ley para la existencia de un contrato de trabajo, en la medida en que, este cumplía de forma independiente y autónoma las actividades claramente establecidas en los contratos de prestación de servicios celebrados y nunca ejerció subordinación sobre tal. Esgrimió como excepciones previas las de falta de legitimación en la causa por pasiva, indebida acumulación de pretensiones e inepta demanda. De fondo, las que denominó ausencia de subordinación, y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña – Norte de Santander, el 11 de febrero de 2022, declaró la existencia de contrato de trabajo bajo la noción de

"realidad" entre el actor y la pasiva por el interregno comprendido entre el 1° de febrero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019. Así, condenó a la enjuiciada a pagar prestaciones sociales (cesantías $4.664.000; intereses a éstas $402.270; y prima de servicios $3.352.250), vacaciones compensadas en dinero $1.676.125; indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por valor de $41.587.334, y del artículo 65 del CST que tasó en $27.984.000, desde el 4 de julio de 2016 y hasta que se genere la cancelación efectiva de lo adeudado (teniendo en cuenta un salario diario de $38.865). Asimismo, concedió $402.270 a título de indemnización por pago tardío de intereses a las cesantías. Denegó las demás pretensiones y gravó en costas a la pasiva.

Consideró que no se encontraba en discusión la prestación personal del servicio del actor como trabajador oficial por haber estado vinculado al área de construcción y sostenimiento de obras públicas del ente territorial, lo que dijo, fue admitido desde la contestación de la demanda. A partir de lo cual, alude, nació la presunción de que trata el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que en últimas no fue desvirtuada por la pasiva por cuanto no logró demostrar que el demandante era autónomo en el desempeño de sus labores. Acota que, al contrario, se probó que aquel atendía de manera personal el servicio prestado en el bien público. En tal línea, concluyó que si bien se aportó al plenario el contrato de prestación de servicios cuyo objeto dispuso la realización independiente de las labores de *"apoyo a la gestión de mantenimiento de zona verde del parque principal del Municipio de Abrego"*, en la realidad se acreditó que el extremo activo no era independiente en la ejecución de la labor. Se abstuvo de reconocer la relación laboral a partir del 1° de enero de 2016, aduciendo que en la certificación expedida por la pasiva se plasma como inicio de los contratos, el 1° de febrero de 2016, data que acogió como extremo primigenio del vínculo, que dijo, se extendió hasta el 31 de diciembre de 2019, más allá de las leves interrupciones que se observa entre uno y

otro contrato, por tratarse de espacios temporales precarios, no superiores a un mes.

Luego de catalogar como ausente de justificación y probidad el actuar de la pasiva, impuso a su cargo el reconocimiento y pago de las sanciones de que tratan los artículos 65 del CST, 99 de la Ley 50 de 1990 y 2 de la Ley 52 de 1975.

Tuvo por configurada parcialmente, la excepción de prescripción, concediendo las acreencias laborales -con excepción de cesantías, por legitimarse el reclamo a partir de la terminación del contrato- tan solo a partir del 25 de febrero de 2017. Se abstuvo de reconocer aportes al subsistema de pensiones, indicando que al momento de rendir interrogatorio de parte, el demandante reconoció que siempre los pagó, y que, como no solicitó técnicamente el reembolso de dicho dinero, resultaba inviable emitir tal orden. Tampoco reconoció la indemnización por despido sin justa causa solicitada, advirtiendo que el actor no acreditó el hecho de la desvinculación.

3o. CONSIDERACIONES

Deberá establecerse si se encuentran o no acreditados los elementos del contrato de trabajo, conforme lo dispone el artículo 23 del C.S.T. En consecuencia, si hay lugar o no al pago de las prestaciones e indemnizaciones deprecadas.

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

Este principio encuentra complemento en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 aplicable para trabajadores oficiales, que prevé *"El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción"*. Significa esto, que probada la prestación personal del servicio se tiene por cierto 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 SL 11436 de 2016.

En el sub-analice no fue objeto de discusión lo atinente a la prestación personal del servicio del actor en la medida que la pasiva alega la existencia de un vínculo por prestación de servicios y no un contrato de trabajo, gestado entre 2016 y 2019. En tal sentido, viable resulta en principio dar cabida al contenido del citado artículo 20 en cuanto presume la existencia del contrato entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe.

Conjetura que no resulta desvirtuada de cara al nulo esfuerzo probatorio desplegado por la entidad convocada a juicio, quien se limitó a asegurar en su contestación de demanda que el vínculo que verdaderamente la unió al actor fue de naturaleza civil y excepcional (prestación de servicios), adjuntando los contratos que ya habían sido aportados con el escrito seminal de demanda.

Efectivamente, en los ocho contratos de prestación de servicios se especifica que el demandante ejecutó actividades de *"apoyo a la gestión* ***para mantenimiento de la zona verde del parque principal del Municipio de Ábrego – Norte de Santander***". En ese sentido, fluye claro que siendo las labores ejecutadas por el actor las de embellecimiento de parques públicos del municipio de Ábrego, resultaba clave para la funcionalidad de estas obras su presentación y

adecuación para el disfrute de los habitantes, residentes y turistas del lugar, ya que, sin los trabajos de embellecimiento desplegados, la misma perdería su sentido como infraestructura; actividad que encaja en el concepto de sostenimiento de obra pública y es propia de un trabajador oficial de conformidad con lo reglado en el Código del Régimen Municipal, Decreto 1333 de 1986, cuyo artículo 292 prevé: "*Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales*".

A partir de dicha codificación, se entiende por obras públicas los trabajos de construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservaciones, mantenimientos y restauración de bienes de carácter público o destinado de manera directa al servicio público, que el Estado emprende por sí mismo o mediante contratos con personas particulares. En este sentido, solo es obra pública lo que se construye sobre inmuebles.

Así las cosas, por regla general todo trabajador de una entidad del orden municipal se denomina empleado público, excepto aquellos que demuestren que prestan su fuerza de trabajo en la construcción y sostenimientos de obras públicas, como aquí acontece. Máxime, cuando como se advirtió en la primera instancia, se observa que las ocho contrataciones fueron consecutivas, pues, las escasas interrupciones que mediaron entre una y otra ni siquiera alcanzan el espacio temporal de 10 días.

En tal sendero, al no reposar en el plenario elemento de prueba que contraste la realidad procesal anteriormente revelada, ya que, la única prueba histórica recaudada fue el interrogatorio de parte rendido por el demandante, que se limita a ratificar lo expuesto en el escrito de acción primigenia y , la documental compuesta por los contratos de prestación de servicios que refuerzan la tesis planteada por aquél, coligiéndose de

los mismos que las labores desempeñadas por el actor eran determinantes y necesarias para la culminación de la obra pública adelantada, es claro y patente que la prestación de los servicios de Jairo Alonso Pérez Gómez a favor de municipio de Ábrego – Norte de Santander, se dio en ejecución de una relación laboral subordinada. Como a idéntica conclusión llegó el juez *A Quo*, se confirmará la decisión de primera instancia.

Extremos temporales.

Solicita el protagonista procesal, se sitúe como data de inicio de labores al servicio de la pasiva, el 1° de enero de 2016. Empero, en la medida en que del contenido del primer contrato suscrito (No. CD 0017 de 2016) se extrae que las partes suscribieron el mismo el 1° de febrero de 2016, palmario deviene que es este momento y no otro el que ha de tomarse como fecha de inicio del vínculo laboral que se declara, pues, no existe vestigio probatorio que contraríe tal realidad fáctica. Siendo el extremo final, el 31 de diciembre de 2019, teniendo en cuenta que el último contrato suscrito data del 14 de noviembre de dicha anualidad y su ejecución se pactó por espacio de 46 días.

Como en dichos términos se resolvió tal tópico, imperioso deviene confirmar la providencia en ese aspecto.

Acreencias laborales adeudadas.

Partiendo de la negación indefinida esbozada por el demandante sobre el impago de prestaciones sociales causadas y de cara a la orfandad probatoria revelada durante el trámite, el Juez *A Quo* ordenó el pago de las siguientes acreencias:

-Cesantías: $4.664.000
-Intereses a las cesantías: $402.270
-Prima de servicios: $3.352.250
-Vacaciones: $1.676.125

Tuvo en cuenta para ello la afectación parcial del fenómeno trienal de la prescripción en tanto que las primeras prestaciones sociales se causaron a partir del 2016 -cuando inició la relación laboral- y el reclamo administrativo tan solo se perfeccionó el 25 de febrero de 2020, por lo que consideró prescritas aquellas no reclamadas con anterioridad al mismo día y mes del año 2017, con excepción eso sí, del auxilio de cesantías, cuyo reclamo directo de pago por parte del trabajador, dijo, se justificaba solo a partir de la finalización del contrato.

Las liquidaciones efectuadas en esta instancia ponen en evidencia el yerro en que incurrió el juez de primer grado al calcular las prestaciones sociales deprecadas, cuya causa valga precisar, no es dable advertir porque en la sustentación de la providencia nada se dijo respecto de la metodología utilizada para el hallazgo de los resultados aritméticos. También, al conceder la prima de servicios cuando es claro que los trabajadores oficiales resultan beneficiarios de dicha prestación siempre y cuando así se pacte en el respectivo contrato. Y, en la medida en que los suscritos entre el actor y la entidad pública fueron de prestación de servicios, es claro que ningún acuerdo de voluntades existió al respecto, más, cuando la naturaleza de contrato de trabajo tan solo se reconoce en sede judicial con apego en el principio de *"realidad sobre las formalidades"*.

Así las cosas, se tiene que dentro del plano de la realidad los rubros adeudados al trabajador ascienden a la suma de **$7.643.784**, como se discrimina a continuación:

Auxilio de Cesantías

AÑO	SALARIO	# DÍAS	TOTAL
2016	$1.161.108	330	$1.064.349
2017	$1.743.480	360	$1.743.480

2018	$1.166.000	360	$1.166.000
2019	$1.166.000	360	$1.166.000
		TOTAL	**$5.139.829**

Intereses a las Cesantías

AÑO	$ CESANTÍAS	# DÍAS	TOTAL
2016	$1.064.349	330	$117.078
2017	$1.743.480	360	$209.217
2018	$1.166.000	360	$139.920
2019	$1.166.000	360	$139.920
		TOTAL	**$466.215**

Vacaciones compensadas en dinero

AÑO	SALARIO	# DÍAS	TOTAL
2016	$1.161.108	330	Prescrita
2017	$1.743.480	360	$871.740
2018	$1.166.000	360	$583.000
2019	$1.166.000	360	$583.000
		TOTAL	**$2.037.740**

Sin embargo, comoquiera que tal situación -quantum de las prestaciones sociales- no fue objeto de descontento por parte del actor, y que el grado de jurisdicción de consulta se adelanta en favor de la entidad demandada, se mantendrá incólume lo decidido en la primera instancia en lo que a tal tópico respecta, más, cuando no se advierte que ello transgreda o conculque garantía mínimas e irrenunciables radicadas en cabeza del trabajador. Se revocará, eso sí, la condena a título de prima de servicios, por resultar contraria a los postulados legales vigentes.

Sanciones moratorias de los artículos 65 del CST, 99 de la Ley 50 de 1990 y 2 de la Ley 52 de 1975.

Como se reseñó, el juez *A Quo* determinó imponer a cargo de la encartada la obligación de pago de indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por valor de $41.587.334, del artículo 65 del CST que tasó en $27.984.000, desde el 4 de julio de 2016 y hasta que se genere la cancelación efectiva de lo adeudado (teniendo en cuenta un salario diario de $38.865), y por el no reconocimiento de intereses a las cesantías, un monto de $402.270.

Siendo claro que la Ley 50 de 1990, introdujo reformas al Código Sustantivo del Trabajo, el contenido de la misma solo es aplicable a los trabajadores del sector privado, en la medida en que el artículo 4° de dicho cuerpo legal es diáfano en indicar que cuando de los trabajadores de la administración pública se trata, no se rigen por las disposiciones que establece ese código.

Bajo estos presupuestos, y estando aceptada la calidad de trabajador oficial del actor, no hay lugar a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues la misma solo tiene cabida frente a las relaciones de carácter particular, deviniendo entonces en impertinente lo pretendido. Igual que sucede con la indemnización moratoria prevista en el numeral 65 del referido Código Sustantivo y la fijada en el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 52 de 1975, normatividad ordinaria que el legislador encaminó a reconocer intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, y no del sector público. Mírese que, a idéntica conclusión también arribó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2051-2017.

Ahora bien, aun cuando es claro que, desde la interposición del petitum, el extremo activo persiguió el reconocimiento de la referida indemnización moratoria del artículo 65 del CST, siendo fue otorgada en la primera instancia. Al advertirse en sede de alzada que la misma se reputa improcedente cuando es deprecada por un trabajador oficial, deviene

necesario, por conducto del principio de *iura novit curia*, estudiar la contenida en el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945.

Al respecto, ha precisado la jurisprudencia que la imposición de dicha sanción no es automática ni inexorable, sino que, opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, que pese al no pago de los salarios y prestaciones a la finalización del contrato respalden su comportamiento asistido de buena fe, es decir recto y leal (Ver sentencias SL194 SL981 de 2019).

En el caso objeto de estudio, bien se puede ver que las circunstancias que rodearon la relación entre el actor y la entidad demandada no daban para que la naturaleza del contrato fuera discutible, pues es evidente que las actividades desarrolladas denotan tareas propias de un trabajador oficial de planta del Municipio de Ábrego – Norte de Santander, ejecutadas bajo continua dependencia y subordinación, es decir, ostentaba un carácter netamente laboral. Vínculo que, valga acotar, fue simulado bajo la denominación de un contrato de prestación de servicios con el único propósito de burlar derechos del trabajador y eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o convencionales que se generan en favor de aquel. Circunstancia fáctica que conlleva a que el ente demandado se haga merecedor de la indemnización moratoria tal y como lo estableció el sentenciador de primer grado, aun cuando erró al indicar la normatividad aplicable.

Así las cosas, comoquiera que el vínculo culminó el 31 de diciembre de 2019, la sanción moratoria debe correr a partir del 1° de abril de 2020, inclusive, a razón de un día de salario por cada día de retardo y hasta que se verifique el pago total de la obligación. Rubro que a la fecha de la presente providencia (30 de abril de 2022), asciende a **$25.651.560**, teniendo en cuenta un salario diario $38.866, dado que al momento en que

finalizó el contrato de trabajo el actor era remunerado con $1.166.000, según lo expresado en el contrato de prestación de servicios aportado con la demanda y su contestación.

Lo anterior, teniendo en cuenta, además, que el plazo de 90 días de que trata el aludido Decreto 797 de 1949 se contabiliza en calendario, tal como lo expresó el vértice último del sistema de impugnaciones de la especialidad laboral, en sentencia SL981 de 2019, cuando indicó:

"(i) que el contrato de trabajo se ejecuta todos los días, desde su inicio hasta su finalización, incluyendo días de descanso obligatorios y festivos;

(ii) por lo anterior, algunos plazos en días referidos al contrato de trabajo en los cuales la ley no califica si son hábiles o calendario, deben entenderse corridos;

(iii) en tal orden de consideraciones, el plazo de 90 días, ***precisamente establecido para la liquidación del contrato de trabajo, es calendario*** *(…)"*

Suficientes las razones hasta aquí expuestas, para ultimar que se revocará parcialmente la condena contenida en los literales b) y e) del numeral segundo de la providencia en lo que concierne al reconocimiento de la prima de servicios y la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, declarando probada de oficio la excepción de *"inexistencia de la obligación"*. Y que se modificará la impuesta en el literal f) del mismo numeral, para precisar que la indemnización procedente es la prevista en el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, que corresponde a un salario diario de $38.866 y deberá reconocerse desde el 1° de abril de 2020 y hasta cuando se efectúe el cabal pago de lo adeudado.

En síntesis, como se demostró que el vínculo que unió a las partes devino de un contrato laboral en sí y no de una relación comercial, se confirmará la providencia en tanto tuvo por acreditada la existencia de contrato realidad y dispuso el reconocimiento de acreencias laborales adeudadas. Se revocará en lo que respecta al reconocimiento de prima de servicios y las

indemnizaciones moratorias de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, porque como se indicó, las mismas no resultan aplicables al caso de trabajadores oficiales; declarando probada de oficio la excepción correspondiente.

Sí se concederá la sanción moratoria prevista en el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, en valor diario de $38.866, desde el 1° de abril de 2020 y hasta cuando se efectúe el cabal pago de lo adeudado. Precisando que a la fecha de esta providencia, 30 de abril de 2022, asciende a **$25.651.560**.

Sin costas por surtirse el grado de jurisdicción de consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los literales b) y e) de la sentencia proferida el 11 de febrero de 2022 por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña – Norte de Santander. En su lugar, **ABSOLVER** al municipio de Ábrego de las pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de la prima de servicios e indemnizaciones moratorias de que tratan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990, 65 del CST y 2° de la Ley 52 de 1975 (numeral 3°). Y **DECLARAR** probada de oficio la excepción de *"inexistencia de la obligación"*.

SEGUNDO: MODIFICAR el literal f) de la providencia en el sentido de precisar que la sanción moratoria a que tiene derecho el demandante, es la contenida en el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, misma que entre el 1° de abril de 2020 -data siguiente al vencimiento de los 90 días de plazo-, y el 30 de abril de 2022 -fecha de la presente sentencia-, asciende a **$25.651.560**. Esto, teniendo en cuenta un salario

diario de $38.866, que se continuará reconociendo hasta cuando se efectúe el cabal pago de lo adeudado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

CUARTO: Sin costas.

NOTIFIQUESE.

Los Magistrados,

Nidiam Belén Quintero Gélves

José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 047, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 06 de mayo de 2022.

Secretario