



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

|                          |                                     |
|--------------------------|-------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>            |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-001-2018-00333-01      |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.661                              |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | MARÍA LIONZA JACANAMIJOY LOPEZ      |
| <b>DEMANDADO:</b>        | PANADERÍA Y PASTELERÍA MOJIPAN PLUS |

Magistrada Ponente:

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra del auto dictado en audiencia del 21 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

### **1.AUTO**

#### **1.1 ANTECEDENTES**

La señora MARÍA LIONZA JACANAMIJOY LOPEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra el establecimiento de comercio PANADERÍA Y PASTELERÍA MOJIPAN PLUS, representado legalmente por su propietaria JAKELINE BARAJAS CONTRERAS, pretendiendo que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad del 1 de diciembre de 2006 al 6 de agosto de 2017 y se condene al pago de salarios dejados de percibir, horas extras, intereses de cesantías, primas, vacaciones, indemnización moratoria, aportes a seguridad social, sanción por no consignación de cesantías, indexación y ultra y extra petita.

Como fundamento factico de sus pretensiones señaló que fue contratada verbalmente por la señora JAKELINE BARAJAS CONTRERAS para laborar en la PANADERÍA Y PASTELERÍA MOJIPAN PLUS ubicada en el Barrio Olga Teresa de Cúcuta, desde el 1 de diciembre de 2016 y que realizaba oficios varios: mantener limpio el local, atender al público, surtir las vitrinas y similares en horario de lunes a domingo entre 7 a.m. y 9 p.m., sin que se le reconocieran horas extras, percibiendo solo \$600.000 mensuales en efectivo y nunca se le pagaron prestaciones sociales, afiliaciones a seguridad social e indica que manifestó su deseo de terminar el contrato por exceso de trabajo y poca remuneración el 6 de agosto de 2017, sin que se le pagara liquidación final.

La parte demandada a través de apoderado judicial, al contestar la demanda presentó escrito separado proponiendo como excepción previa la INEXISTENCIA DEL DEMANDADO, indicando que las pretensiones se dirigen contra la PANADERÍA Y PASTELERÍA MOJIPAN PLUS, que acorde al registro mercantil es un establecimiento de comercio con matrícula mercantil No.

319862, cuyo titular de dominio es JESÚS EDUARDO AMAYA NIÑO, acorde a certificado expedido en marzo de 2019 y por ende no se trata de una persona jurídica acorde al artículo 633 del Código Civil, siendo improcedente demandar a una cosa y a quien no es el titular de derecho de dominio. Agrega que el establecimiento de comercio no tiene capacidad para ser parte acorde al artículo 53 del C.G.P., al carecer de personalidad jurídica y conforme al artículo 515 del Código de Comercio debe entenderse como un conjunto de bienes organizados por el empresario, de manera que se demandó a una persona inexistente. Propuso también INEPTA DEMANDA por falta de requisitos formales al acumular indebidamente las pretensiones del numeral 4, y al no clasificar y enumerar adecuadamente los hechos pues cada uno admite más de una respuesta.

En audiencia del 16 de julio de 2019 el Juzgado declaró que las excepciones previas debían ser resueltas con la sentencia, a lo que se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y esta Sala de Decisión en audiencia del 16 de octubre de 2019 revocó esta decisión, ordenando al juez *a quo* que resolviera debidamente las excepciones previas propuestas, especialmente la de inexistencia del demandado, dado que la normativa procesal consagra la audiencia del artículo 77 del C.P.T.Y.S.S. como especial para atender estas excepciones que podrían evitar una dilación indebida del proceso.

## **1.2 ANTECEDENTES RELEVANTES DEL AUTO IMPUGNADO**

### **1.2.1 Identificación del Tema de Decisión**

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto dictado en audiencia del 21 de octubre de 2020, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante el cual se declaró probada la excepción previa de inexistencia del demandado y se dio por terminado el proceso.

### **1.2.2 Fundamento de la Decisión.**

El juez *a quo*, inicialmente negó las excepciones previas fundamentando la decisión en los siguientes argumentos:

- Que se propuso la inexistencia del demandado, evidenciando el despacho entre folios 6 a 8 que la Cámara de Comercio expidió certificación de registro mercantil de un establecimiento de comercio PANADERIA Y PASTERÍA MOJIPAN PLUS, indicando que estuvo matriculado desde enero de 2001 y hasta octubre de 2017, propiedad de JAKELINE BARAJAS CONTRERAS, con dueños previos FREDY AMAYA ANGARITA y RAMÓN DE JESÚS MANOSALVA ANGARITA.

- Que una vez se evidencia que para el período alegado para contrato de trabajo fue de diciembre de 2016 a agosto de 2017, la persona natural demandada era la propietaria para dichos extremos laborales, se concluye que existió respecto de las pretensiones reclamadas.

- Que sobre la incapacidad para ser parte, advierte que conforme al artículo 53 del C.G.P., se está demandado es a una persona natural propietaria de un establecimiento de comercio y con ello se reitera que no hay lugar a prosperar esta previa.

- Que tampoco procede la indebida acumulación de pretensiones, pues los errores enunciados fueron corregidos con la inadmisión de la demanda y frente a la falta de prueba de la calidad del demandado, se reitera que entre los folios 6 a 8 obra la misma.

Contra esta decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación indicando que no se discute que la señora JAKELINE era la propietaria del establecimiento por el período demandado, sino que la demanda no se dirige en su contra como propietaria pues la encamina directamente contra el establecimiento de comercio, la cual carece de personalidad jurídica y no puede ser legalmente demandada. Que se evidencia el error en la demanda y el poder al identificar específicamente al establecimiento de comercio como el demandado, por lo que se deriva que el demandado era una cosa, un bien y no una persona natural o jurídica.

Al resolver el recurso de reposición, el *a quo* accede a declarar probada la excepción previa de inexistencia del demandado, fundado en las siguientes argumentaciones:

- Que revisada la certificación de cámara de comercio, se evidencia que el establecimiento de comercio existió hasta el 3 de octubre de 2017 cuando se cambió el nombre de la Panadería, fecha posterior a la terminación del contrato alegado.

- Que inicialmente se inadmitió la demanda indicando al apoderado de la actora que no había claridad o concordancia respecto de si la demandada era una persona jurídica representada por persona natural o una persona natural dueña de establecimiento de comercio, anexándose entonces nuevo poder por el que se identifica a la demandada como PANADERÍA Y PASTERÍA MOJIPAN PLUS, representada por JAKELINE BARAJAS CONTRERAS. Es decir, se dejó de hacer la claridad exigida, y se mantuvo como demandado a un establecimiento de comercio, lo que da lugar a la excepción incoada.

## **2.RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que desde la subsanación de la demanda, la parte quedo debidamente identificado que el extremo pasivo era el ESTABLECIMIENTO COMERCIAL PANADERÍA Y PASTERÍA MOJIPAN PLUS del cual es **propietaria** y no representante legal, la señora JAKELINE BARAJAS CONTRERAS; por lo que se aclara que la demanda se dirige contra la persona natural propietaria.

## **3.ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

- **PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la parte demandante indica que las pruebas documentales permiten demostrar que la señora JACQUELINE BARAAS es la propietaria de la PANADERIA Y PASTERÍA MOJIPAN PLUS, con quien existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido para ocupar el cargo de auxiliar de servicios; por lo que la sentencia que se reclama es para decretar este contrato de trabajo, en aras del reconocimiento de los derechos laborales, prestacionales e indemnizatorias correspondientes. Advierte que se pretende minimizar y desconocer estos derechos al proponer la excepción previa, alegando una inexistencia pese a que se estableció claramente a la entonces propietaria del establecimiento de comercio y esta previa debe fundarse en hechos graves, no en cualquier informalidad, debiendo trascender en el proceso o ser interpretado por el juzgador para no sacrificar un derecho.

- **PARTE DEMANDADA:**

No presentó alegatos.

#### **4.PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

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

¿Se encuentra debidamente acreditada la excepción previa de inexistencia de la demandada?

#### **5. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Teniendo en cuenta los antecedentes, es preciso concluir, que la providencia apelada es susceptible del recurso de apelación, según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que decida sobre excepciones previas.*”

Así las cosas, el eje central del litigio radica en determinar si se encuentra debidamente acreditada la excepción previa de inexistencia de la parte demandada; alegando la demandada que se identificó como extremo pasivo desde la demanda a la PANADERÍA Y PASTERÍA MOJIPAN PLUS, que es un establecimiento de comercio que carece de personalidad jurídica y por lo tanto es equivalente a demandar a una cosa.

El juez a quo, resolvió inicialmente negar la excepción propuesta en el sentido de que era claro que la demanda se dirigía contra la propietaria de un establecimiento que existía para el período laboral enunciado pero al resolver el recurso de reposición, advirtió que efectivamente el escrito de demanda inicial fue devuelto para que aclarara si el demandado era una persona natural o jurídica, sin que la subsanación hiciera dicha distinción y por ende efectivamente la demanda se dirigió contra un establecimiento de comercio carente de capacidad para ser parte; conclusión a la que se opone la parte actora al indicar que la subsanación fue clara al dirigir la demanda contra la entonces propietaria del establecimiento de comercio.

De conformidad con el artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y S.S., podrá proponerse como excepción previa: “3. *Inexistencia del demandante o del demandado*” la cual fue alegada por el abogado LEONARDO ANGARITA, quien actuó como apoderado de la señora JAKELINE BARAJAS CONTRERAS como persona natural, según poder aportado al proceso, argumentando que las pretensiones se dirigen contra la PANADERÍA Y PASTERÍA MOJIPAN PLUS, que acorde al registro mercantil es un establecimiento de comercio y por ende no se trata de una persona jurídica acorde al artículo 633 del Código Civil, siendo improcedente demandar a una cosa y a quien no es el titular de derecho de dominio.

Al respecto, debe señalarse que las excepciones previas son un medio de defensa que tiene el demandado para atacar situaciones jurídicas que impiden el avance adecuado del proceso y la resolución de fondo de las pretensiones, advirtiendo la Corte Constitucional en providencia C-820 de 2011 que son “*aquellas razones de defensa expuestas por el demandado, de naturaleza procedimental, mediante las cuales éste expresa su oposición a la demanda, con base en la existencia de ciertos eventos que impiden el desarrollo del proceso. Se trata de asuntos de previo trámite y pronunciamiento que propenden por el mejoramiento del procedimiento, de suerte que pueden llegar a suspender el proceso, e incluso a darlo por terminado. Dentro de esta clasificación desarrollada en el derecho procesal, a las excepciones previas se oponen las excepciones de mérito, que son*

*igualmente razones de oposición a la demanda pero que atacan las pretensiones de la misma, es decir, se dirigen contra el fondo o sustancia del asunto que ocasiona el conflicto, y se resuelven en la sentencia”.*

Específicamente la previa denominada “*inexistencia del demandado*” tiene como finalidad evitar que avance un proceso contra una parte que carezca de capacidad para serlo, dado que en los términos del artículo 53 del C.G.P., solo pueden ser parte de un proceso: “*las personas naturales y jurídicas, los patrimonios autónomos, el concebido y los demás que determine la ley*”.

En este caso se enuncia que la demanda se dirigió contra la PANADERÍA Y PASTELERÍA MOJIPAN PLUS, pese a que la misma es un establecimiento de comercio; acorde al artículo 515 del Código de Comercio, “*Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales*”. De lo que se desprende, que el establecimiento de comercio no es una persona jurídica, sino un conjunto de bienes organizado y propiedad de una persona natural o jurídica, por lo que carece de capacidad para ser parte por sí misma y las pretensiones deben dirigirse contra su titular de dominio.

Lo anterior se ratifica en múltiples conceptos de la Superintendencia de Sociedades, que desde concepto No. 220-009892 del 16 de marzo de 2004 señaló que “*el establecimiento de comercio es considerado en el derecho colombiano como un bien, luego mal puede ser sujeto de derechos y obligaciones, como quiera que no es una persona jurídica. La legislación reconoce en la persona del empresario, el sujeto jurídico que en desarrollo de la empresa tiene la titularidad de los componentes, como del establecimiento y, queda vinculado por las obligaciones que surgen de aquella*”.

En el presente asunto, se advierte que la demanda inicial (folio 9) identifica como parte demandada a “*LA PANADERÍA Y PASTELERÍA MOJIPAN PLUS con domicilio en la ciudad de Cúcuta, registrada en la Cámara de Comercio de Cúcuta el 3 de octubre de 2017 bajo el número 524492 del libro XV y representada legalmente por la señora JAKELINE BARAJAS CONTRERAS*”; situación por la que en auto del 6 de noviembre de 2018 se inadmitió la demanda por cuanto era evidente que la misma se dirigió contra un establecimiento de comercio.

Ahora bien, en la subsanación (Folio 21) la parte demandante aclara indicando que la demanda “*está encaminada a obtener el reconocimiento de los derechos de la señora MARÍA LIONZA JACANAMIJOY LÓPEZ y en contra del establecimiento comercial denominado PANADERÍA Y PASTELERÍA MOJIPAN PLUS, el cual es propiedad de la señora JAKELINE BARAJAS CONTRERAS (...) quien además de ser la propietaria del establecimiento, es además su representante legal*”; redacción que fue avalada por el Juzgado, al admitir la demanda en auto del 19 de noviembre de 2018 donde se indicó que los defectos señalados fueron subsanados.

Estima la Sala que pese a la confusa redacción de la parte demandante, es claro que las pretensiones de la demanda se dirigen contra la señora JAKELINE BARAJAS CONTRERAS en calidad de propietaria del establecimiento de comercio PANADERÍA Y PASTELERÍA MOJIPAN PLUS; quien fue plenamente identificada en el escrito de demanda y a quien se dirigió la notificación del auto admisorio.

De vieja data se ha advertido por parte de la Corte Constitucional, que en casos como el presente donde las pretensiones se relacionan con la administración de un establecimiento de derecho, es un deber del Juez

interpretar la demanda y evitar un fallo inhibitorio cuando es claro que las pretensiones se dirigen contra su propietario; como se indicó en providencia T-544 de 2000, señalando lo siguiente:

*“En la tutela prevalece, con mayor fuerza que en otros trámites, el principio del derecho sustancial, que supone la preferencia constitucional del contenido sobre la forma, de lo esencial sobre lo puramente adjetivo.*

*La Sala encuentra que en el caso sub lite, el Tribunal de instancia confundió al accionante al ponerlo, mediante requerimiento, en la disyuntiva de optar por uno u otro como ente demandado, cuando precisamente la expresión usada por aquél ("y/o"), aun con todas las reservas que caben contra ella desde el punto de vista del buen uso del idioma, hizo explícito que uno de los dos (el restaurante o su dueño), o ambos, estaban violando sus derechos, y buscaba protección.*

*Al obligarlo a escoger una de las dos opciones, el Tribunal hizo vacilar al accionante, quien creyó más adecuado entonces señalar como sujeto pasivo de su acción al establecimiento de comercio, sin pensar que ello provocaría -como provocó- un fallo prácticamente inhibitorio que en nada tocó el fondo del asunto planteado.*

***Si en este caso la demanda se dirigió contra un establecimiento de comercio que, como tal, no es sujeto de derechos y obligaciones, y simultáneamente contra su propietario, que sí lo es, debió interpretar el Tribunal que el sujeto demandado era, por supuesto, el segundo.”***

Lo anterior deriva en que para resolver casos como el presente debe partirse de la facultad del Juez para interpretar la demanda y de la aplicación de principios como la prevalencia del derecho sustancial; advirtiendo esta Sala que pese a confusiones en la redacción de la parte actora, las pretensiones de la demanda se dirigen contra la propietaria del establecimiento de comercio, JAKELINE BARAJAS, y en los hechos se enuncia que ella como propietaria del establecimiento fue quien la contrató y daba las órdenes personalmente.

Por ende, cualquier confusión de la enunciación de las partes era susceptible de ser interpretada y aclarada con una lectura integral de la demanda, en aras de evitar que un error de redacción impida la resolución de fondo de las pretensiones y derive en que una situación de índole procesal prevalezca frente a la posible existencia de derechos prestacionales; máxime cuando el *a quo* se percató al inadmitir la demanda de que las pretensiones se dirigían inicialmente contra un establecimiento de comercio y ello fue aclarado por la parte actora en la subsanación.

Por lo anterior, se advierte que no se configuran los supuestos para declarar la excepción previa de inexistencia de la demandada pues de una lectura integral de la demanda se evidencia que las pretensiones se dirigían contra la señora JAKELINE BARAJAS CONTRERAS como propietaria de un establecimiento de comercio. En consecuencia, se revocará la decisión apelada y en su lugar se declararán no probadas las excepciones previas, debiéndose devolver el expediente al Juzgado de origen para que dé continuidad al proceso en el trámite respectivo.

No habrá condena en costas al prosperar la apelación de la parte actora.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: Revocar** el auto dictado en audiencia del 21 de octubre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta y en su lugar DECLARAR NO PROBADA la excepción previa de INEXISTENCIA DEL DEMANDADO, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: Sin condena en costas**, por lo expresado en la parte motiva.

**TERCERO: Devolver** el expediente al juzgado de origen para que el presente proceso continúe el trámite respectivo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES**  
Magistrada Ponente



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
Magistrado



**ELVER NARANJO**

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

|                          |                                   |
|--------------------------|-----------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>          |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-001-2019-00046-01    |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.462                            |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | WILSON MORENO PEÑALOZA            |
| <b>DEMANDADO:</b>        | E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO |

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

Procede la Sala a resolver, dentro del proceso ordinario Laboral instaurado por el señor WILSON MORENO PEÑALOZA contra la E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, con radicación única 54-001-31-05-001-2019-00046-01 y radicado interno No 19.462, a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes en contra la sentencia del 16 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor WILSON MORENO PEÑALOZA, mediante demanda ordinaria laboral, contra de la E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de febrero de 2012 al 29 de febrero de 2019, en el cargo de portero, sin que la demandada reconociera prestaciones sociales, aportes a seguridad social, horas extras y con recargo, ejerció descuentos ilegales por retención en la fuente; solicitando que se impongan condenas por cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, dotación, auxilio de transporte, aportes a seguridad social, trabajo suplementario, solicitando indexación, indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignar cesantías, indemnización por despido injusto y moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, relata:

- Que fue vinculado a la empresa demandada entre el 1 de febrero de 2012 al 29 de febrero de 2016, prestando servicios como portero en la E.S.E. ubicada en el municipio El Zulia, devengando la suma de \$1.113.000 mensuales y mediante contratos de prestación de servicios fraudulentos.
- Que pese a cumplir funciones análogas e iguales con quienes estaban vinculados directamente como porteros de planta, no le pagaban emolumentos correspondientes y acorde a sus funciones o equivalencias; debía estar disponible las 24 horas de lunes a domingo.
- Que los instrumentos y elementos de trabajo eran suministrados por la E.S.E., así como las órdenes e instrucciones eran dadas directamente por la entidad, siendo su labor una necesidad permanente de la entidad para

operar y sin que se reconocieran las prestaciones sociales correspondientes en todo el período.

La demandada E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, contestó que se opone a las pretensiones pues lo que existió con el actor fueron contratos de prestación de servicios celebrados bajo el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de los cuáles no se deriva vínculo laboral y no prosperan así las pretensiones reclamadas; indicó a los hechos que efectivamente el actor prestó servicios como portero pero bajo órdenes de prestación de servicio, en una labor que no requiere subordinación y puede prestarse con total autonomía, no requiere de conocimiento especializado o supervisión constante. Advierte que entre contratos no hubo plena continuidad y relaciona los siguientes contratos, resaltando que no hubo contratos de febrero a abril de 2012, agosto a noviembre de 2013 y enero a febrero de 2014:

| Número | Fecha de Inicio | Fecha de Terminación | Tiempo   | Valor       |
|--------|-----------------|----------------------|----------|-------------|
| 179    | 01/05/2012      | 30/06/2012           | 60 días  | \$2.120.000 |
| 258    | 01/07/2012      | 31/07/2012           | 30 días  | \$1.060.000 |
| 311    | 01/08/2012      | 30/09/2012           | 60 días  | \$2.120.000 |
| 373    | 01/10/2012      | 31/10/2012           | 30 días  | \$1.060.000 |
| 431    | 01/11/2012      | 31/12/2012           | 60 días  | \$2.120.000 |
| 012    | 02/01/2013      | 28/02/2013           | 60 días  | \$2.120.000 |
| 127    | 01/03/2013      | 30/06/2013           | 120 días | \$4.240.000 |
| 318    | 02/07/2013      | 31/07/2013           | 30 días  | \$1.060.000 |
| 700    | 02/12/2013      | 31/12/2013           | 30 días  | \$1.060.000 |
| 135    | 03/03/2014      | 31/03/2014           | 30 días  | \$1.113.000 |
| 197    | 01/04/2014      | 30/06/2014           | 90 días  | \$3.339.000 |
| 322    | 01/07/2014      | 31/07/2014           | 30 días  | \$1.113.000 |
| 421    | 01/08/2014      | 31/08/2014           | 30 días  | \$1.113.000 |
| 502    | 01/09/2014      | 31/10/2014           | 60 días  | \$2.226.000 |
| 629    | 01/11/2014      | 30/11/2014           | 30 días  | \$1.113.000 |
| 723    | 01/12/2014      | 31/12/2014           | 30 días  | \$1.113.000 |
| 007    | 02/01/2015      | 31/01/2015           | 30 días  | \$1.113.000 |
| 131    | 02/02/2015      | 31/03/2015           | 60 días  | \$2.226.000 |
| 252    | 01/04/2015      | 30/04/2015           | 30 días  | \$1.113.000 |
| 336    | 01/05/2015      | 31/07/2015           | 90 días  | \$3.339.000 |
| 503    | 01/08/2015      | 31/10/2015           | 90 días  | \$3.339.000 |
| 659    | 01/11/2015      | 30/11/2015           | 30 días  | \$1.113.000 |
| 751    | 01/12/2015      | 31/12/2015           | 30 días  | \$1.113.000 |

**2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

**2.1. Identificación del Tema de Decisión**

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del 16 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, que:

**“PRIMERO:** DECLARAR QUE ENTRE EL DEMANDANTE Y LA DEMANDADA EXISTIO VARIOS CONTRATO DE TRABAJO DENOMINADO CONTRATO REALIDAD, QUE SE INICIARON APARTIR DEL 1 DE JUNIO DEL AÑO 2012.

**SEGUNDO:** DISPONER QUE ESTA VINCULACION SE REALIZO A TRAVES DE LA FIGURA DENOMINADA CONTRATO REALIDAD, EN CONSUENCIA DEBERA RECONOCER Y PAGAR A FAVOR DEL DEMANDANTE LA EMPRESA DEMANDADA, A TITULO DE PAGO CESANTIAS, INTERESES SOBRE LAS CESANTIAS, PRIMAS DE SERVICIOS Y VACACIONES, GENERADAS AL DIA 30 DE OCTUBRE DE 2015 A AL DIA 31 DICIEMBRE DE 2015 A LA SUMA EQUIVALENTE A \$467.458.

**TERCERO:** DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION, ORDENAR A LA DEMANDADA, RECONOCER Y PAGAR A FAVOR DEL DEMANDANTE A TITULO DE INDEMNIZACION

*MORATORIO UN DIA DE SALARIO EQUIVALENTE A \$37.100 HASTA POR 24 MESES \$26.712.00 Y DE HAY EN ADELANTE EL PAGO DE INTERESES MORATORIOS, UNICAMENTE SOBRE LAS PRESTACIONES NO CANCELADAS*

**CUARTO:** *DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE DEMANDADA,*

**QUINTO:** *ABSOLVER A LA PARTE DEMANDADA, DE LAS DEMAS PRETENSIONES INCOADAS EN SU CONTRA”*

## **2.2. Fundamento de la decisión apelada**

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

- Que el problema jurídico gira en torno a determinar si existe la relación laboral reclamada en la demanda, sus extremos y forma de terminación; y si en virtud ello tiene lugar a reconocer reintegro, prestaciones sociales detalladas en la demanda e indemnizaciones moratoria y por despido injusto.

- Señala, que además de la documental obrante al expediente se recibieron los testimonios de los señores JOSÉ POMPILO AVELLANEDA, XIOMARA MALDONADO PINZÓN y HUMBERTO CORREA GONZÁLEZ, fueron concordantes y claros al indicar conocer al demandante como compañeros de trabajo en la ESE demandante, prestando servicios como porteros pendientes de la entrada y salida de personal, usuarios, materiales. Igualmente informan que en total 3 personas prestaban el servicio de porteros, todos debían rendir informes a la gerencia para ausentarse o reportando el horario acordado, pero supeditado siempre a la autorización del gerente.

- Expone, que está debidamente acreditado que entre ambas partes existió un número amplio de contratos entre las partes, comenzando el 1 de mayo de 2012 por remuneración mensual de \$1.060.000 y resalta además del objeto, que en su clausulado se excluyó la calidad laboral de la relación; firmando posteriores y sucesivos contratos con igual clausulado, aunque existen cortes largos en tres períodos específicos.

- Respecto de la validez de estos contratos de prestación de servicios, el Despacho había venido reconociendo la efectividad de los mismos e inclusive se negaron las pretensiones del mismo testigo JOSÉ POMPILO AVELLANEDA, pero esta decisión fue revocada en segunda instancia en providencia del 28 de junio de 2021 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta y reconoció el contrato realidad, explicando en las consideraciones que dada la naturaleza jurídica de la entidad, las funciones permanentes del contratado que son idénticas a las del aquí demandante, la ejecución descrita por los testigos y a que resultaban necesarias para la demandada, encontró configurados los requisitos para acceder al contrato de trabajo.

- Siendo idéntica la situación fáctica del señor POMPILO AVELLANEDA con la del señor WILSON MORENO PEÑALOZA, el Despacho dispuso variar su criterio y determinar que dada la configuración en igual sentido de los requisitos del contrato de trabajo en las pruebas aquí recepcionadas, por lo que accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la existencia de varios contratos de trabajo, para acceder a las pretensiones excepto las de trabajo suplementario por no demostrarse la exigente carga de la prueba para su reconocimiento, absolviendo también por dotación y tampoco accede a la indemnización por despido injusto al finalizar el contrato por vencimiento del término.

- Respecto de la prescripción, indica que el último contrato finalizó el 31 de diciembre de 2015 y obra una reclamación en noviembre 20 de 2018, demandando en enero 18 de 2019; debiendo contabilizarse la prescripción en los 3 años anteriores a la reclamación, por lo que solo ordena reconocer cesantías, primas de servicios y vacaciones, generadas del día 30 de octubre de 2015 al 31 diciembre de 2015 en suma equivalente a \$467.458. Así mismo, ordena reconocer y pagar a favor del demandante a título de indemnización moratorio un día de salario equivalente a \$37.100 hasta por 24 meses que ya transcurrieron equivaliendo a \$26.712.000 y de ahí en adelante se ordena el pago de intereses moratorios.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 Parte demandante**

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

- Manifiesta no estar conforme con la liquidación de la indemnización moratoria, pues no se acomoda a lo dictado en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, al reconocerse solo 24 meses como sanción y luego intereses de mora, lo que no está previsto en la normativa, sino que corra el día de salario hasta que se cancele lo adeudado.

#### **3.2 Parte demandada**

El apoderado de la E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, interpuso recurso de apelación, fundado en lo siguiente:

- Expone que acorde a lo expuesto desde la contestación, se mantiene el desconocimiento de un contrato de trabajo realidad pues el cargo del actor no existía en la planta de personal y se acudió al mecanismo legal para suplirlo, se ejecutó realmente un contrato de prestación de servicios de buena fe y se canceló debidamente, no constituyéndose los requisitos para un contrato de trabajo realidad. Sin que estime la total similitud de hechos con la decisión del superior invocada.

### **4. ALEGATOS**

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

#### **• PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la parte demandante indica que está probada la existencia de un contrato realidad entre las partes del 1 de febrero de 2012 al 29 de febrero de 2016, que finalizó con una desvinculación unilateral del empleador; argumenta que el objeto contratado era velar por el cuidado y seguridad de las instalaciones físicas y bienes muebles de la E.S.E., advirtiendo los testigos que recibía órdenes del gerente, era remunerado y debía cumplir el horario, pedir permiso en caso de inasistencia y por ende existe certeza sobre la configuración de los elementos del contrato de trabajo al ejercer funciones propias y permanentes de la planta de personal de la entidad demandada. Finalmente, solicita que se reconozca la indemnización moratoria por no consignación oportuna de las cesantías.

#### **• PARTE DEMANDADA:**

No presentó alegatos de conclusión.

## **5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Si el demandante WILSON MORENO PEÑALOZA acreditó debidamente los elementos configurativos del contrato de trabajo realidad a término indefinido que alega existió con la E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO?; en caso positivo, si hay lugar a modificar el reconocimiento de la indemnización moratoria.

## **7. CONSIDERACIONES:**

El objeto del presente proceso radica en establecer si entre el demandante WILSON MORENO PEÑALOZA y la demandada E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO, existió un contrato de trabajo en períodos interrumpidos entre el 1 de mayo de 2012 al 31 de diciembre de 2015, y si en su condición de empleador surge la obligación de reconocer los derechos prestacionales e indemnizaciones reclamadas; a lo cual se opuso la demandada alegando, que lo celebrado entre las partes era un contrato de prestación de servicios ajustado a los términos de la Ley 80 de 1993.

Al respecto, el juez *a quo* señaló, que acorde a las pruebas recepcionadas y el precedente de un caso idéntico resuelto por esta Sala de Decisión, aunque efectivamente existieron los referidos contratos de prestación de servicios, se demostró por la parte demandante que los mismos se ejecutaron con subordinación y ausencia de autonomía, reconociendo contrato de trabajo realidad en diferentes períodos pero solo condenando por prescripción a las prestaciones posteriores al 30 de octubre de 2015, así como a indemnización moratoria; conclusiones a las que se opone la demandada respecto de la declaratoria del contrato de trabajo y el demandante exclusivamente por la liquidación de la indemnización moratoria.

De conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., la competencia de esta Sala se limita a las materias apeladas por cada una de las partes; esto es la declaratoria de contrato de trabajo realidad y la liquidación de la indemnización moratoria, sin que se controvirtiera por el demandante aspectos desfavorables como la aplicación de la prescripción y por la demandada, las condenas específicas impuestas en su contra.

Sobre la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral para resolver este asunto, por tratarse de una controversia derivada de la aplicación del principio de la primacía de la realidad, y atendiendo a que la demandada es una entidad de naturaleza pública, se afirma que el demandante al desempeñarse en el cargo de vigilante, realizaba funciones relacionados con los servicios generales ante ello se debe considerar un trabajador oficial, conforme a la regulación de las empresas sociales del estado (artículo 194 y 195 de la Ley 100 de 1993, artículo 26 de la ley 100 de 1990) y a la reiterada jurisprudencia sobre el concepto de servicios generales y mantenimiento de la planta (Sentencia SL 36668 de 2011), donde se reitera que “*dentro del concepto de servicios generales a que alude la disposición ya citada, han de*

*involucrarse, a manera solamente de ejemplo, aquellas actividades relacionadas con el aseo, vigilancia y alimentación”.*

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

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

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

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

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”*. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: *“El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo”*. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que: *“El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...”*, lo cual guarda consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Bajo este marco normativo y jurisprudencial, en los elementos probatorios que ambas partes aportaron al proceso se resalta inicialmente que entre las partes se suscribieron los siguientes contratos:

|   | No. Contrato | Duración | Fecha inicial | Fecha final | Honorarios mensuales | Interrupción respecto del anterior |
|---|--------------|----------|---------------|-------------|----------------------|------------------------------------|
| 1 | 179 de 2012  | 2 meses  | 01/05/2012    | 30/06/2012  | \$1.060.000          | -                                  |
| 2 | 258 de 2012  | 1 mes    | 01/07/2012    | 30/07/2012  | \$1.060.000          | 0                                  |

|    |             |         |            |            |             |         |
|----|-------------|---------|------------|------------|-------------|---------|
| 3  | 311 de 2012 | 2 meses | 01/08/2012 | 30/09/2012 | \$1.060.000 | 1 día   |
| 4  | 373 de 2012 | 1 mes   | 01/10/2012 | 30/10/2012 | \$1.060.000 | 0       |
| 5  | 431 de 2012 | 2 meses | 01/11/2012 | 30/12/2012 | \$1.060.000 | 1 día   |
| 6  | 012 de 2013 | 2 meses | 02/01/2013 | 28/02/2013 | \$1.060.000 | 2 días  |
| 7  | 127 de 2013 | 4 meses | 01/03/2013 | 30/06/2013 | \$1.060.000 | 0       |
| 8  | 318 de 2013 | 1 mes   | 02/07/2012 | 31/07/2012 | \$1.060.000 | 1 día   |
| 9  | 700 de 2013 | 1 mes   | 02/12/2013 | 31/12/2013 | \$1.060.000 | 4 meses |
| 10 | 135 de 2014 | 1 mes   | 03/03/2014 | 31/03/2014 | \$1.113.000 | 2 meses |
| 11 | 197 de 2014 | 3 meses | 01/04/2014 | 30/06/2014 | \$1.113.000 | 0       |
| 12 | 322 de 2014 | 1 mes   | 01/07/2014 | 31/07/2014 | \$1.113.000 | 0       |
| 13 | 421 de 2014 | 1 mes   | 01/08/2014 | 31/08/2014 | \$1.113.000 | 0       |
| 14 | 502 de 2014 | 2 meses | 01/09/2014 | 31/10/2014 | \$1.113.000 | 0       |
| 15 | 629 de 2014 | 1 mes   | 01/11/2014 | 30/11/2014 | \$1.113.000 | 0       |
| 16 | 723 de 2014 | 1 mes   | 01/12/2014 | 31/12/2014 | \$1.113.000 | 0       |
| 17 | 007 de 2015 | 1 mes   | 02/01/2015 | 31/01/2015 | \$1.113.000 | 1 día   |
| 18 | 131 de 2015 | 2 meses | 02/02/2015 | 31/03/2015 | \$1.113.000 | 1 día   |
| 19 | 252 de 2015 | 1 mes   | 01/04/2015 | 30/04/2015 | \$1.113.000 | 0       |
| 20 | 336 de 2015 | 3 meses | 01/05/2015 | 31/07/2015 | \$1.113.000 | 0       |
| 21 | 503 de 2015 | 3 meses | 01/08/2015 | 31/10/2015 | \$1.113.000 | 0       |
| 22 | 659 de 2015 | 1 mes   | 01/11/2015 | 30/11/2015 | \$1.113.000 | 0       |
| 23 | 751 de 2015 | 1 mes   | 01/12/2015 | 31/12/2015 | \$1.113.000 | 0       |

En cada uno de los contratos suscritos, se estableció como objeto “PRESTAR SUS SERVICIOS PERSONALES PARA VELAR POR EL CUIDADO Y SEGURIDAD DE LAS INSTALACIONES FÍSICAS Y BIENES MUEBLES DE LA E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO DE EL ZULIA” y en la cláusula tercera se determinaron específicamente las siguientes actividades: *“Velar por el cuidado de los bienes de la institución. Controlar la entrada y salida de los bienes muebles de la entidad. Controlar y revisar los vehículos al ingreso y salida de la institución. Radicar la entrada y salida de los empleados de nómina. Atender y tratar al público y funcionarios respetuosa y cortésmente. Llevar un libro de registro de novedades donde se anota, todo lo rutinario, como lo que aparezca anormal. Controlar llaveros que quedaran en un panel, encendidos de luces de patios y pasillos. Prohibir el ingreso de vehículos que no pertenezcan a funcionarios o voluntariado, salvo autoridades, ambulancias y vehículos policiales. Las demás actividades necesarias para el adecuado desarrollo del objeto contratado.”*

Adicional a lo anterior, se recepcionaron los siguientes testimonios:

- JOSÉ POMPILO AVELLANEDA, quien indicó conocer al actor desde el año 2012 que ambos entraron a trabajar al Hospital Juan Luis Londoño, ambos entrando el 1 de febrero y que le recibió el turno de la noche; mediante contrato firmado con el gerente del Hospital, para prestar servicios de vigilante en turnos de 12 horas desde las 6 de la mañana y se turnaba con él y otro vigilante, para un total de 3, a quienes les fijaba el horario la gerencia informándoles verbalmente. Que el actor laboró hasta el 1 de febrero de 2016, cuando terminó el último contrato.
- XIOMARA MALDONADO PINZÓN, quien manifestó conocer al señor WILSON desde 2014 que ella ingresó a laborar como auxiliar de servicios generales al hospital y ya él laboraba como portero de la demandada, vinculado mediante contrato de prestación de servicios suscrito por el gerente y devengaba un millón cien mil pesos, pasando la respectiva cuenta de cobro. Al ser cuestionada por la posibilidad de retirarse sin permiso del actor, explica que para todos era el gerente quien autorizaba los retiros y daba los permisos, siendo cubiertos por un compañero.
- HUMBERTO CORREA GONZÁLEZ, quien expresó conocer al actor como compañero de trabajo en el Hospital entre febrero de 2012 a febrero de 2016, lo que recuerda porque tuvieron casi el mismo tiempo ya que él desempeñaba oficios varios en la entidad y el actor era

portero; ambos estaban contratados por prestación de servicios, que el gerente era quien imponía los horarios

Al respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que *“no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto”* y concluyen que las decisiones se deben fundamentar en los *“elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”*.

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

Por lo anterior, en la medida que la misma E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO aceptó que el actor le prestó servicios como portero-vigilante, pero a través de contrato de prestación de servicios, esta debía cumplir con la carga de evidenciar que la actividad de tercerización mediante un contratista cumplió con los parámetros legales.

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

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

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

De lo anterior se puede concluir, que no es de recibo como argumento para negar la existencia de un contrato de trabajo, esgrimir que este no existió porque se suscribió o se pactó otro tipo de vinculación, pues es la naturaleza del vínculo establecido en la ley la que se sobrepone a los acuerdos

voluntarios suscritos entre las partes que contravienen el orden normativo, máxime cuando se evidencia que la labor contratada tenía vocación de permanencia y no requería de conocimientos especializados; de manera que acreditados los presupuestos para aplicar la presunción de que existía un contrato de trabajo, conforme el artículo 3 del Decreto 2127 de 1945, la parte demandada debía ejercer su oposición con actos tendientes a demostrar la independencia y autonomía que alega ejerció la contratista, y no solo apegarse al vínculo contractual para negar la naturaleza del mismo, sin que aportara prueba alguna en este sentido.

Por el contrario, los testigos fueron enfáticos al identificar que pese a la suscripción de contratos de prestación de servicios, estaban todos los contratistas incluyendo al actor bajo la permanente subordinación del gerente del hospital ya que era quien fijaba los horarios, turnos y concedía los permisos para ausentarse; sin perjuicio de lo cual, se advierte que por las características de la labor contratada era poca la independencia y autonomía que podía ejercer el demandante.

Igualmente, respecto del argumento del apelante sobre que se acudió a esta modalidad por la insuficiencia de la planta de personal y de manera lícita, ha indicado la Sala de Casación Laboral en providencia SL439 de 2022 que:

*“la Sala no desconoce la posibilidad que tienen las entidades de derecho público de celebrar contratos de prestación de servicios personales. Sin embargo, entre otras, en sentencia CSJ SL, 31 ene. 2012, rad. 37389, se advirtió: En efecto, es claro que el artículo 32-3 de la Ley 80 de 1993 establece que esa modalidad de contrato estatal sólo se puede celebrar cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta, por lo que una de sus características es la de su temporalidad, es decir, se “celebrarán por el término estrictamente indispensable”, de tal forma que la administración no puede soslayar el cumplimiento de la ley y hacer “indefinida” esa forma de contratación, desconociendo principios básicos de la función pública.”*

Probados como se encuentran en esta instancia la prestación del servicio, la remuneración y la subordinación, así como los extremos; no queda otro camino que rechazar los argumentos en que sustentó su apelación la parte demandada y confirmar la decisión del juez de primera instancia en lo tendiente a deducir que existió una verdadera relación de carácter laboral entre el señor WILSON MORENO PEÑALOZA y la E.S.E. HOSPITAL JUAN LUIS LONDOÑO.

Resuelto el primer problema jurídico, se resalta que no fue objeto de controversia por ninguna de las partes la declaratoria de múltiples contratos de trabajo con solución de continuidad en las interrupciones largas, tampoco la aplicación de la prescripción y la demandada no se opuso a las condenas específicamente impuestas, especialmente a la prima de servicios, pese a que esta Sala ha indicado que la misma no está consagrada para trabajadores oficiales del orden territorial. Aspectos que en todo caso, no pueden ser objeto de modificación, en virtud del principio de consonancia, pues como se resalta en providencia SL5159 de 2018, *“la consonancia obliga al juez a pronunciarse respecto a los temas expresamente apelados, de modo que entre lo que es objeto de impugnación y lo resuelto por el Tribunal, exista una relación de correspondencia”*.

### **Indemnización moratoria**

Agotado así el recurso de apelación de la parte demandada; procede la Sala a resolver el único reparo del demandante en cuanto a la indemnización moratoria, pues alega el actor que la imposición de un día de salario hasta por 24 meses y luego por intereses no está acorde a lo consagrado en el Decreto 797 de 1949, sin que el demandado apelara esta condena y por lo

tanto se hace procedente analizar su viabilidad, solo si estuvo debidamente liquidada.

Al respecto, esta norma en su artículo 1º, parágrafo 2º, la misma establece:

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

Se advierte que asiste razón al apelante al señalar que erró el juez *a quo* al imponer esta condena y aplicar para su liquidación los parámetros del artículo 65 del C.S.T., pues por la naturaleza de trabajador oficial la sanción consagrada por el legislador es diferente.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral en providencia SL1472 de 2021 recuerda que “*respecto de la indemnización moratoria (...)Dicha figura, para trabajadores oficiales, encuentra regulación en el inciso 3º del parágrafo 2.º del artículo 1.º del Decreto 797 de 1949, que modificó el art. 52 del Decreto 2127 de 1945 y que fue compilado por el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015 en su artículo 2.2.30.6.16*” y en providencia SL4585 de 2021 recuerda que “*el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949 regula el tema alusivo al impago de salarios y prestaciones sociales bajo condicionamientos diferentes a los del artículo 65 del CST. Entre otras cosas, contempla a favor del empleador un plazo de noventa (90) días luego de terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria, para proceder al pago de las acreencias laborales adeudadas, lo que se erige en un periodo de gracia prudencial para evitar el acaecimiento de la mora*”.

Por ende, es procedente modificar el numeral tercero de la providencia apelada ya que la condena por concepto de indemnización moratoria no tiene límite una vez comenzada a causar hasta que se cancele el pago total y empiece a contar tras los 90 días hábiles posteriores a la terminación, que fue declarado el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil quince (2015) y por lo cual el plazo vencía el catorce (14) de mayo de dos mil dieciséis (2016); en consecuencia, se ordenará el pago de la suma de \$37.100 diarios, a partir del quince (15) de mayo de dos mil dieciséis (2016), hasta que se efectúe el pago total de las obligaciones adeudadas y reconocidas en primera instancia.

Sobre la indemnización por no consignación oportuna de cesantías que fue reclamada en los alegatos de conclusión, se advierte que la misma no hizo parte de la apelación del actor y por ende es improcedente pronunciarse al respecto, acorde al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S.

Finalmente, se condena en costas de segunda instancia a la demandada por no prosperar su apelación. Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia, a favor del demandante, el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

### **DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de fecha 16 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de ordenar la sanción moratoria acorde al Decreto 797 de 1949 equivalente al pago de un día de salario (\$37.100) causado desde el 15 de mayo de 2016, día noventa hábil posterior a la terminación, y hasta que se efectúe el pago total de las obligaciones adeudadas y reconocidas en primera instancia, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás aspectos la providencia apelada, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho en la suma correspondiente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
Magistrada Ponente



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
Magistrado



**ELVER NARANJO**

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.  
Cúcuta, 01 de junio de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2.022)

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-001-2019-00438-01 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.654                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | NELSON GUSTAVO CASTRO PEREZ    |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COLPENSIONES y PORVENIR S.A.   |

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 29 de octubre de 2.021 que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor NELSON GUSTAVO CASTRO PEREZ por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR S.A, solicitando como pretensiones principales que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y afiliación al RAIS, administrado en su caso por esta última y como consecuencia, se ordene su retorno al RPMPD.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se ordene a la A.F.P. PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en se Cuenta de Ahorro Individual.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el 11 de noviembre de 1.964 y a la fecha de presentación de la demanda contaba con 55 años.
- Que se encuentra cotizando para obtener su pensión desde el mes de enero del año 1.992, que inicialmente realizó aportes al RPMPD, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993, contaba con más de 114 semanas de cotización y 30 años de edad y a la fecha de presentación de la demanda contaba con más de 882 semanas de cotización.
- Que en mayo del año 2.003 para otorgarle un contrato de prestación de servicios le solicitaron afiliarse a la A.F.P. PORVENIR S.A., el contratista lo contacto con el señor JOSÉ GREGORIO SÁNCHEZ, asesor comercial de ese Fondo, para que tomara su firma en el formulario de afiliación, lo que realizó sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia, que nunca se le informó cómo se calculaba la pensión en ese régimen, ni sobre la restricción de la ley 797 del año 2.003 para que pudiera tomar decisiones al respecto.
- Que mediante radicado No.2019\_13089550 del 27 de septiembre del 2.019, solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, lo que esa entidad negó el 30 de septiembre del mismo año.

- Que el 26 de septiembre del 2.019 bajo el No.0106327018401100 radicó ante PORVENIR S.A. una solicitud de información y aclaración de incógnitas sobre su traslado y el 22 de octubre de 2.019 esa entidad emitió comunicación, pero no dio una respuesta concreta frente a las preguntas realizadas.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a fecha de nacimiento y edad del demandante, así como el número de semanas de cotización en el fondo de privado. También admitió que con la entrada en vigencia de la Ley 100 se crearon los fondos privados de pensiones del RAIS, que existe la restricción de la Ley 797 de 2.003 sobre el traslado de régimen a la persona le falte 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión e igualmente, que el actor solicitó a esa entidad el traslado y fue negado. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan.
- Que se atiene a los resultados del proceso, pero que se evidencia que el demandante realizó el acto del traslado de régimen de forma libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre elección y cumpliendo con los requisitos legales. Que la carga de la prueba radica en cabeza del actor y que esa entidad no puede reconocer por vía de jurisprudencia prestaciones económicas que no estén consagradas en la ley, por lo que negó el traslado.
- Que la Superintendencia Financiera de Colombia en la Circular 019 de 1998 indicó que el afiliado que decida trasladarse de régimen o de administradora expresara su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o la nueva administradora y en Circular 016 estableció los mecanismos para que las A.F.P. realicen la asesoría a los afiliados a partir del 01 de octubre de 2016, fecha en la que mujeres de 42 años o más y los hombres de 47 años o más no pueden trasladarse de régimen sin dicha asesoría, orden que no es retroactiva.
- Que cuando la A.F.P. no entrega la información pertinente a los afiliados ocasionando con el traslado del RPMPD al RAIS perjuicios económicos, esta entidad debe indemnizarlos de acuerdo con la responsabilidad profesional de las entidades financieras que realizan la actividad de gestión fiduciaria. Que las A.F.P. del RAIS no pueden reconocer, liquidar y pagar pensiones bajo el sistema del RPMPD, pero por falta de información son obligadas a reconocerlas bajo esa modalidad, por la no eficacia del traslado del afiliado, por lo que deben conmutar la respectiva pensión con COLPENSIONES, lo que está autorizado en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.
- Que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, pues hasta el año 2.016 las leyes para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado solo exigían el consentimiento de éste vertido en el formulario de afiliación e imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.
- Que la existencia de circunstancias técnicas especiales de cada régimen pensional sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados, lo que no puede interpretarse como una situación universal que invierta la carga de la prueba y desconozca las actividades, cotizaciones y movimientos financieros que a lo largo de la vida laboral le permiten al afiliado escoger acertadamente el régimen pensional.
- Que, si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse y no puede considerarse a todos los afiliados como

parte débil pues la misma ley previó distintos deberes en cabeza de estos, con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera.

- Que respecto al traslado de régimen la Corte hace una errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil al convertir la responsabilidad en cabeza de los fondos como objetiva, ya que este tipo de responsabilidad no aplica en estos procesos dado que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse, aunado a que existen obligaciones legales del demandante según el Decreto 2241 de 2010 y obligaciones recíprocas en el contrato de afiliación, existiendo unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones y se entiende el silencio en el transcurso del tiempo como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, la cual solo se puede desvirtuar demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento.
- Que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender a criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales, y la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS afecta dicha sostenibilidad y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.
- Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, la innominada, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, la 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 y la de sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación.

La demandada AFP PORVENIR al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a que esa entidad alerta a sus afiliados a través de llamadas y correos electrónicos cuando están próximos a cumplir la edad máxima permitida para trasladarse de régimen pensional, así como que el día 22 de octubre de 2019 emitió respuesta a la petición de Radicado No.0106327018401100. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan, que los mismos deben probarse y que se opone a las pretensiones porque no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial.
- Que la parte demandante se limitó en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad sin sustento probatorio alguno, dado que las pruebas documentales que se aportan, en particular el formulario de vinculación o traslado, suscrito por el demandante, bajo la gravedad del juramento, da constancia de que hubo una debida asesoría y su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la posible ocurrencia de un vicio de la voluntad, y hace necesaria su absolución.
- Que tan consiente y valida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección, y no lo hizo.
- Que informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; a través de los canales dispuestos por la Administradora, los extractos trimestrales y en el año 2004 realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, informando la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos

establecidos en la normas y la demandante no hizo uso de esa legítimo derecho.

- Que al momento de realizarse la afiliación o traslado a esa A.F.P., no existía disposición en la ley 100 de 1993, que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen, asunto que vino a ser regulado con la expedición de la Ley 1328/2009 en su artículo 48.
- Que el demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.
- Que la H. Corte Constitucional ha trazado una clara línea jurisprudencial en las sentencias SU-062/2010, C-1024/2004 y SU-130/2013 en los eventos en los cuales le es permitido a los afiliados trasladarse de regímenes en cualquier tiempo, sin estar sujetos a la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, estableciéndose que los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994 fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para trabajadores del sector privado o 30 de junio de 1995 para el caso de servidores públicos departamentales, municipales y distritales, pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, lo que no está acreditado en este caso.
- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.
- Que en el remoto e improbable evento de acceder a las suplicas de la demanda, se debe considerar que de conformidad con la sentencia SU-62/2010 y el Decreto 3995/2008 es requisito *sine qua non* para que se produzca el traslado de regímenes que exista equivalencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media y de existir diferencia debe ser asumida por el afiliado, en consonancia con el art. 1746 del CC que contiene los efectos de la declaración de nulidad.
- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada contra la sentencia del 29 de octubre de 2.021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

*“Primero: Decretar la nulidad e ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual que el demandante NELSON CASTRO PEREZ hizo a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías HORIZONTE en su momento, junio 13 de 2.003, hoy PROVENIR S.A., conforme a las motivaciones que anteceden.*

*Segundo: Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A. a devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor NELSON CASTRO PEREZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 C.C., y todos los descuentos realizados, esto es con los rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por COLPENSIONES.*

*Tercero: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, que una vez la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado del señor NELSON PEREZ CASTRO al de Prima Media con Prestación Definida.*

*Cuarto: Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A. asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiesen causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubieren incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del art. 963 C.C., así como las mermas sufridas por gastos de administración, seguros previsionales pensión de vejez y sobrevivientes, conforme a las motivaciones que anteceden a la sentencia.*

*Quinto: Declarar no probadas las excepciones propuestas.*

*Sexto: Costas a cargo de los demandados.”*

## **2.2. Fundamento de la Decisión.**

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

Que el debate jurídico se centra en determinar si surtió eficacia el traslado que el demandante realizó del RPMPD al RAIS y de no ser el caso, si es viable ordenarle al fondo privado que devuelva los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor y asuma de su propio pecunio las mermas que el dinero tuvo por gastos de administración y seguros previsionales.

Indicó que en el expediente la única prueba que existe sobre el cambio de régimen pensional efectuado el 13 de junio de 2.003 por el demandante a HORIZONTE S.A., hoy PROVENIR S.A., es el formulario, el cual se encuentra suscrito por el actor y en el que dice que la afiliación se ha efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones, y el afiliado ha sido asesorado sobre las implicaciones de los regímenes, especialmente sobre el escogido y de los 5 días hábiles para retractarse de la afiliación. Que también se encuentra la historia laboral del afiliado ante la A.F.P. PORVENIR, generada el 22 de octubre de 2.019, de donde se extrae que el actor tiene ante COLPENSIONES un total de 52 semanas cotizadas y ante el fondo privado un total de 830 semanas, recordando que la afiliación del demandante al ISS fue en 1.993.

Manifestó que el demandante en el interrogatorio de parte fue claro en afirmar que trabajando en la EPS SALUDCOOP, Talento Humano en el año 2.003 lo direccionó y dispuso a que EPS y Fondo de Pensiones debía afiliarse y que no recibió alguna información por parte de los asesores del Fondo, así mismo, que él no hizo ninguna solicitud de proyección o aclaración ante COLPENSIONES.

Que como lo expuso el representante del Ministerio Público, a partir del año 2.008 existe larga línea jurisprudencial sobre el asunto materia de estudio, sobre el deber de la debida información por parte del fondo desde la existencia de la Ley 100 de 1.993. Que ya existía el estatuto financiero que imponía la obligación a los fondos de dar una información veraz y completa sobre los beneficios y los contras de cada uno de los regímenes, es decir, de lo que iba a ganar el afiliado con el cambio de régimen y lo que iba a perder.

Señaló que se ha invertido la carga de la prueba de la debida información en cabeza de los fondos pensionales, y no existe prueba de que se hubiere dado la misma al actor, por lo que no dio cumplimiento en su momento el fondo pensional a su obligación.

Trajo a colación lo decidido por esta Sala en sentencia de segunda instancia proferida en un proceso fallado por ese despacho con radicado N° 622 de 2015, en el cual se habían negado las pretensiones de la demandante en primera instancia porque para el momento la actora había cumplido los requisitos de edad y semanas cotizadas para acceder a la pensión, señalando que en segunda instancia se revocó en su totalidad dicha sentencia y que en las consideraciones, las cuales fueron fundamentadas jurisprudencial y doctrinariamente al desatar los dos problemas jurídicos allí planteados, respecto a si era procedente declarar la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS y si era viable la nulidad, en cuanto tiempo puede promoverse, se concluyó que puede promoverse en cualquier tiempo, que el artículo 97 de la ley 100 de 1993 conlleva la exigencia de cuidado de los fondos para con sus afiliados y están obligados a prestar una atención eficiente y adecuada, y se hizo referencia a los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1.994 sobre las obligaciones de los fondos de mantener activos y pasivos separados entre sí de los demás activos de su propiedad, con orden de información de sus operaciones y de las de sus afiliados, cuentas corrientes, cuentas de ahorro individual y gastos, así mismo, se exige que todo fondo deberá tener una plan de pensiones y un reglamento de funcionamiento aprobado por la Superbancaria que debe contener como mínimo los derechos y deberes de los afiliados, su régimen de gastos, entre otros. Señaló que, igualmente en segunda instancia se citaron apartes de la sentencia proferida por la Sala de la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 46292, donde fue Magistrado Ponente el Dr. Fernando Castillo Cadena, respecto a que es la administradora de fondos quien tiene la carga de la prueba para demostrar que al traslado entregó la información completa al afiliado.

Expresó que el afiliado tiene derecho a la clara, completa y fidedigna información para así escoger el régimen que más le convenga y que más beneficios le ofrezca. Que para el caso en estudio, con vista en las pruebas allegadas por los interesados, no se probó que el actor hubiere recibido la información que le facilitara una escogencia de fondo pensional y que verdaderamente con dicho traslado hubiere adquirido más beneficios a su haber, pues solo existe el formulario, por lo que el despacho acoge el concepto de la Procuraduría y los lineamientos jurisprudenciales tenidos en cuenta por el superior, así como sus motivaciones de la sentencia citada, y al no existir prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación por parte del fondo privado se dispone la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS que el demandante realizó.

Señalo en cuanto a la excepción de prescripción alegada por COLPENSIONES, que está establecido jurisprudencialmente que este traslado se puede realizar en cualquier tiempo.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada PORVENIR:**

La apoderada de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que la sentencia se debe revocar porque resulta en contravía del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, pues como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.
- Que, si bien es cierto, con la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos se busca retrotraer los efectos del mismo como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones como son las situaciones jurídicas consolidadas y los hechos consumados, y para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que las aseguradoras ya prestaron sus servicios, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

- Que de acuerdo a un reciente ejercicio efectuado por ASOFONDOS, los rendimientos en el RAIS corresponden aproximadamente al 74% del capital acumulado por un afiliado, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado a incrementado su capital, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frete los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, porque de mantenerse la decisión se afectaría de manera injustificada su patrimonio y se aumentaría de forma injusta el patrimonio de COLPENSIONES y de sus afiliados, y es deber de la judicatura velar por la protección patrimonial de las instituciones que conforman de seguridad social.

### **3.2 De la parte demandada COLPENSIONES:**

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modifica el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esto por cuanto el actor se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensión a la fecha de admisión de la demanda.
- Que no resulta procedente la declaratoria de ineficacia y nulidad de traslado porque el realizado por el demandante del RPMPD al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo lo hizo ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, establecido en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 y según el artículo 48 de la ley 1328 de 2009 que modifico los literales c y d del artículo 60 de la norma previamente citada.
- Que esa entidad no intervino al momento de dar información al demandante, quien de manera libre y voluntaria decidió que fondo le favorecía para obtener el derecho a la pensión y ha estado afiliado al RAIS por 18 años, conforme con su permanencia en dicho régimen.
- Mencionó la sentencia C1024 de 2004 de la Corte Constitucional e hizo referencia a la descapitalización del fondo común del RPMPD y la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS, respecto a que las personas que han contribuido a obtener una alta rentabilidad puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. Así mismo, reiteró la excepción de prescripción y en cuanto a las costas manifestó que esa entidad actuó con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos o maniobras engañosas.

## **4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

## **5. ALEGATOS**

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

### **• Parte demandante:**

El apoderado del actor solicita que se confirme la sentencia favorable de primera instancia, por estar conforme al principio de favorabilidad del derecho laboral y aplicar las decisiones jerárquicas que ha emitido la Corte Suprema de Justicia en este aspecto, señalando que existe conocida doctrina legal probable para resolver este asunto y es que en casos como el presente, se ha instituido la viabilidad de la nulidad de traslado por indebida información que vicia el consentimiento, quedando en cabeza de los fondos privados de pensiones la carga de acreditar el cumplimiento de su deber de información, lo que no se cumplió y por ende se debe reiterar el precedente vigente.

**• Parte demandada:**

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que esa entidad no está llamada a aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta que ha actuado conforme a las normas legales vigentes para el presente caso pues no era dable aceptar por vía administrativa dicha solicitud pues debe demostrarse el vicio del consentimiento en el acto de traslado por el cual tenía plena libertad para decidir cuál sistema le era más favorable; por lo anterior, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez. Agrega que se deben negar las pretensiones para evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual, pues los aportes del actor no han logrado una rentabilidad en el fondo público. También solicita que se acceda a la prescripción.

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato.

**6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de

primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER**

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado del señor NELSON GUSTAVO CASTRO PEREZ del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

## **8. CONSIDERACIONES**

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado del señor NELSON GUSTAVO CASTRO PEREZ, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el año 2.003, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que la demandante se encuentra actualmente afiliada al RPMPD.

Al respecto el juez a quo concluyó, que era procedente declarar la ineficacia del traslado dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el mismo, respecto del cual era necesario demostrar que a la demandante se le entregó información veraz, clara y completa sobre los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes, que le facilitara una escogencia de fondo pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la AFP y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso PORVENIR S.A. alegando que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional. Por su parte COLPENSIONES manifestó que no es posible la declaratoria de ineficacia y nulidad del traslado porque el que realizó el demandante al RAIS es válido, además que con la decisión se genera una descapitalización del RPMPD.

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

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

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

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

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PPORVENIR S.A.; pues argumenta el demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

El demandante manifestó que, desde enero del año 1.992 cotiza para obtener pensión, que inicialmente realizó aportes al RMPD y en el 2.003 para otorgarle un contrato de prestación de servicios le solicitaron afiliarse a la A.F.P. PORVENIR S.A., por lo que firmó el formulario de afiliación a esa entidad, pero sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia. También indicó que en 2.019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, el cual le negado.

Del expediente se puede evidenciar que el actor cotizó en 1.992 a través del empleador ESE Hospital Erasmo Meoz, por lo que se reportaron bonos pensionales del Ministerio de Hacienda, e igualmente que se trasladaron desde entidades públicas al RAIS aportes de 4.2 semanas que se encuentran consolidadas, que se registraron en la historia laboral administrada por la AFP demandada, 52.1 semanas pendientes por confirmar y a 26 de abril de 2.021, el actor había cotizado a ese régimen 929 semanas. También reposa en el plenario el formulario de solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias y al Fondo de Cesantías BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, N° 2001-1527883 de fecha 13 de junio de 2.003.

Lo primero a destacar, es que la administradora de fondos de pensiones HORIZONTE S.A. conforma hoy la AFP PORVENIR S.A.<sup>1</sup>; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación del actor a la aquí demandada.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a BBVA HORIZONTE Pensiones y Cesantías de fecha 13/06/2003, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor NELSON GUSTAVO CASTRO PEREZ no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A. brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 13 de junio de 2003 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular del actor haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a NELSON GUSTAVO CASTRO PEREZ donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por sí sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados, a que para la fecha del último traslado al RAIS ya estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009, así como el Decreto 2241 de 2010, y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su

---

<sup>1</sup> Ver reportes en prensa:

<https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/>

traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

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

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

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***

*Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin*

*efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*

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

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

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 2.003 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- **con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 29 de octubre de 2.021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor del actor, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

#### **9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha del 29 de octubre de 2.021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**



ELVER NARANJO

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.  
Cúcuta, 01 de junio de 2022.



---

Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

|                          |                                 |
|--------------------------|---------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>        |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-3105-001-2020-00055-01   |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.739                          |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | JOSÉ REINALDO CANCHICA CARRILLO |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COLPENSIONES Y PORVENIR         |

Magistrada Ponente:  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada PORVENIR S.A. en contra del auto del veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022), mediante el cual el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta se rechazó la contestación a la demanda por extemporánea se dio por no contestada la demanda; a continuación, se dicta el siguiente:

**AUTO**

**1. Antecedentes**

El señor JOSÉ REINALDO CANCHICA CARRILLO interpuso demanda ordinaria laboral para que se declarara la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., para que se disponga el retorno a COLPENSIONES y este reciba todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta, por la afiliación con indebida e insuficiente afirmación materializada en septiembre de 1995.

Mediante providencia del 5 de marzo de 2020 se devolvió la demanda para que se corrigieran inconsistencias en el poder conferido, lo cual se subsanó debidamente y se admitió la demanda en auto del 26 de agosto de 2020, donde se ordenó notificar a las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA y al MINISTERIO PÚBLICO.

**2. Decisión que se pretende recurrir**

Mediante auto del 22 de febrero de 2022, el juez *a quo* aceptó la contestación de la demanda presentada por COLPENSIONES, dando por no contestada respecto de PORVENIR S.A., AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y el MINISTERIO PÚBLICO, citando para audiencia de conciliación o primera de trámite.

**3. Recurso de apelación**

El apoderado de PORVENIR S.A. presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra la decisión de dar por no contestada la demanda, con fundamento en lo siguiente:

- Que el Abogado de la parte demandante envió notificación a Porvenir S.A., el día 14 de enero de 2022, quedando como recibido el mensaje de la notificación a mi representada al día siguiente hábil, es decir el 17 de enero de 2022.
- Que la notificación se entiende surtida después de 2 días hábiles siguientes a la recepción, concediendo los 10 días hábiles para contestar la demanda que finalizaban el 1 de febrero de 2022 y como se presentó el 14 de enero de 2022, estima que se contestó oportunamente la demanda.

En proveído del 25 de febrero de 2022, el Despacho no repuso la decisión advirtiendo que el notificador del Juzgado realizó la notificación a PORVENIR S.A. mediante correo electrónico registrado en cámara de comercio desde el 1 de octubre de 2020, acorde al artículo 9° del Decreto 806 de 2020 y por lo tanto el término para contestar finalizó el 20 de octubre de 2020. Por lo que la notificación que se alega envió el demandante no puede ser tenida en cuenta, dado que el Juzgado ya había procedido a notificar a las partes.

#### **4. Alegatos de conclusión**

• **Parte demandante:** No presentó alegatos de conclusión.

• **Parte demandada:** El apoderado de PORVENIR, solicita que se revoque la decisión de primera instancia pues está demostrado que recibió la notificación el 14 de enero de 2022 y quedó surtida el día 17 de enero, por lo que se dio respuesta debidamente en el término concedido para ejercer el derecho de defensa.

#### **5. Consideraciones del despacho**

Es preciso señalar, que conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, es apelable el auto que “*rechace la demanda o su reforma y el que las dé por no contestada*”, por lo que el presente auto es susceptible de ser conocido en esta instancia por dirigirse contra el que rechazó la demanda por extemporánea.

Como viene de verse, en el presente caso la parte demandada solicita que se revoque el auto del 22 de febrero de 2022, por el cual se dio por no contestada la demanda respecto de PORVENIR; señalando la apelante que fue notificada por el demandante en correo electrónico del 14 de enero de 2022, por lo que contestó oportunamente al remitir su actuación el mismo día pero el Juzgado no repone advirtiendo que previo a dicho correo del actor, ya el notificador del Despacho había notificado a las demandadas conforme al artículo 9° del Decreto 806 de 2020 desde octubre de 2020.

En relación con la contestación a la demanda, debe decirse que es el primer acto de ejercicio del derecho de defensa por el demandado, pero ese derecho debe ejercerlo dentro de los términos que para cada clase de asunto señala la ley procesal, y en materia laboral, conforme al parágrafo 2° del artículo 31 del C.P.T.S.S., la falta de esta impone que se tenga ese hecho, como un indicio en contra del demandado.

Respecto de la forma en que debe realizarse la notificación, se advierte que el artículo 41 del C.P.T.Y.S.S. determina que la notificación a los demandados del auto admisorio de la demanda debe hacerse personalmente al demandado; sin embargo, no se establece en este código la forma específica de proceder a esta notificación personal cuando se trata de personas naturales y por ello conforme al artículo 145 del C.P.T.Y.S.S.,

procede la remisión analógica al artículo 291 del C.G.P. que establece las reglas sobre la notificación personal, aclarando que como el trámite alegado como nulo fue anterior a la vigencia del Decreto 806 de 2020 no es posible analizarlo con base en dicha norma, indicando la vigente lo siguiente:

**“2. Las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección donde recibirán notificaciones judiciales. Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica.”**

Ahora bien, para mitigar los efectos de la pandemia de Covid-19 y garantizar el funcionamiento de la administración de justicia, se expidió el Decreto Legislativo 806 de 2020 con medidas para facilitar el avance de los procesos judiciales durante la vigencia de las restricciones sociales de movilidad y presencialidad; específicamente para notificación personal, el artículo 8° señala:

*“Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio. (...) La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación. Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.”*

En este caso, del expediente se observa que a través del correo electrónico del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta se remitió el 1 de octubre de 2020 notificación a PORVENIR S.A. del auto admisorio de la demanda con traslado de la misma y sus anexos, la cual fue efectivamente recibida por el sistema de correo acorde certifica la siguiente captura de pantalla:



Acorde a esta actuación, se deriva que la demandada tenía oportunidad para contestar la demanda desde la recepción de este correo electrónico y acorde a los términos de las normas en cita; sin embargo, la parte recurrente considera que el término de traslado de la demanda debe contabilizarse desde el 14 de enero de 2022, cuando alega fue recibida la notificación enviada por el apoderado de la parte demandante y aporta como prueba la siguiente captura de pantalla:

De: Urbe Abogados SAS <consultas@urbeabogados.co>

Enviado el: viernes, 14 de enero de 2022 4:56 p. m.

Para: notificacionesjudiciales <notificacionesjudiciales@porvenir.com.co>

Asunto: Fwd: Notificación Demanda Ordinaria Laboral RAD: 2020-055

Frente a este argumento debe señalarse, que desconoce lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 806 de 2020 que indica:

*“Todas las comunicaciones, oficios y despachos con cualquier destinatario, se surtirán por el medio técnico disponible, como lo autoriza el artículo 111 del Código General del Proceso.*

*Los secretarios o los funcionarios que hagan sus veces remitirán las comunicaciones necesarias para dar cumplimiento a las órdenes judiciales mediante mensaje de datos, dirigidas a cualquier entidad pública, privada o particulares, las cuales se presumen auténticas y **no podrán desconocerse siempre que provengan del correo electrónico oficial de la autoridad judicial.**”*

Por ende, no puede la A.F.P. PORVENIR desconocer la autenticidad y vinculatoriedad de las notificaciones judiciales remitidas desde el correo electrónico oficial de la autoridad judicial; de manera que evidenciada la remisión y constancia de recepción del correo por parte del servidor electrónico oficial, esta es la que determina la fecha de notificación personal y cualquier actuación posterior que vuelva a remitir la demanda, el auto admisorio y los anexos, no revive los términos que ya precluyeron.

Fluye de lo expuesto que se confirmará el auto del 22 de febrero de 2022, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto impugnado del veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso para que se continúe con el trámite correspondiente.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
Magistrada



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
Magistrado



**ELVER NARANJO**

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.  
Cúcuta, 01 de junio de 2022.



---

Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-001-2021-00010-01 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.682                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | FIDELINA ORTIZ MONCADA         |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. |

**MAGISTRADA PONENTE:  
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 8 de noviembre de 2021 que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

La señora FIDELINA ORTIZ MONCADA por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PROTECCIÓN S.A, solicitando que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen que realizó la actora el 27 de mayo de 1996 del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por la indebida y nula información que suministro el fondo privado a mi poderdante, para convencerla que se trasladara de régimen especial, dando aplicación al precedente judicial correspondiente y se ordene a la demandada A.F.P. PROTECCIÓN trasladar sus aportes a COLPENSIONES, que debe recibirlos y validar la afiliación sin solución de continuidad con actualización de su historia laboral. Subsidiariamente solicita la reparación de perjuicios a cargo de PROTECCIÓN por incumplir su deber de información, para que reconozca la pensión de vejez en igual términos al que hubiera correspondido en el régimen de prima media.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones principales relata:

- Que nació el 29 de julio de 1965, cumpliendo la edad mínima requerida en el régimen de prima media desde el año 2022 y desde el 1 de octubre de 1993 se afilió al entonces I.S.S. – hoy Colpensiones.
- Que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a PROTECCION el 27 de mayo de 1996 mediante una aparente decisión libre y voluntaria, que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad.
- Que desde entonces ha venido cotizando al Régimen de Ahorro Individual por 1085 semanas para un total de 1166 semanas, tras lo cual reclamó solicitud de simulación de pensión de vejez, pero le contestaron que no tenía suficiente saldo para financiar, mientras en COLPENSIONES con su IBL equivale a \$2.931.644, lo que equivaldría a una pensión de \$1.846.935.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que se opone a las pretensiones pues la parte accionante no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al RAIS desde mayo de 1996 y se mantiene a la fecha, lo que se surtió conforme al principio de libre escogencia y afiliación, debiendo demostrarse afectación a los requisitos de existencia y validez de la afiliación de que trata el artículo 1502 del Código Civil, los cuáles no se desprenden de lo indicado en la demanda y las pruebas anexas no permiten inferir la existencia de vicios sobre su afiliación
- Indicó que se opone a que se ordene el traslado la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, porque la parte accionante no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al RAIS; sin perjuicio de lo cual, resalta que COLPENSIONES no se tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la hoy demandante FIDELINA ORTIZ MONCADA, quien fue de manera libre y voluntaria, quien tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión.
- Acepta la fecha de nacimiento y de afiliación de la actora al RPMPD, pero respecto de los demás hechos indica que no le constan pues son circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a la entidad.
- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.
- Expuso que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- También señaló que reconocer la nulidad del traslado solicitada y trasladar la totalidad de los aportes a esa entidad, atenta contra la estabilidad del sistema pensional colombiano, pues al permitírsele dicho traslado al demandante después de vencida la oportunidad legal para ello, transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la precitada norma. Así mismo, que a pesar de que los fondos privados trasladen la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que este permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional y según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.
- Propuso las excepciones de mérito de: 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, sugerir un 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.

La demandada AFP PROTECCION al contestar la demanda, a través de apoderado judicial manifestó:

- Que se opone a las pretensiones pues todas las actuaciones de la AFP estuvieron sometidas al imperio de la ley y solo se puede reconocer prestaciones respaldadas por los presupuestos legales, resaltando que la

afiliación a su entidad viene precedida de una asesoría profesional y transparente, por agentes con capacitación y exposición a un estudio profundo del sistema general de pensiones; siendo el RAIS un sistema reglado cuyo funcionamiento no puede desconocerse y alegar asalto a la buena fe o engaño por cuanto la ignorancia de la ley no es excusa para no cumplirla.

- Que en todo caso el actor ha permanecido más de 10 años en la AFP y cuando realizó su traslado la norma contemplaba como único requisito solemne la firma del formulario consagrado en el Decreto 692 de 1994; sin que en todo caso sea admisible proceder a retornar todos los gastos y descuentos legalmente consagrados en el RAIS, sin garantizar el régimen de restituciones mutuas.
- Propone como excepciones de mérito INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y EL DESCUENTO DE SEGURO PROVISIONAL e INNOMINADA.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 8 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**“Primero: Decretar** la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual que la demandante hizo a la administradora de fondo de pensiones PROTECCION S.A en mayo 27 de 1996, conforme a las motivaciones que anteceden.

**Segundo: Condenar** a la administradora de fondos de pensiones PROTECCION S.A, a devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 c.c., esto es con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES.

**Tercero: Ordenar** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, que una vez la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCIÓN S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado de la demandante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida, conforme a las motivaciones.

**Cuarto: Condenar** a la administradora de fondos de pensiones PROTECCION S.A. asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiesen causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubieren incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del art. 963 c.c. todo conforme a las motivaciones que anteceden a la sentencia.

**Quinto: Declarar** no prosperas las excepciones propuestas por las demandadas.

**Sexto: Costas** a cargo de los demandados.”

### **2.2. Fundamento de la Decisión.**

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

- Que el debate jurídico se centra en determinar si es procedente declarar la eficacia el traslado que la demandante realizó del RPMPD al RAIS en mayo de 1996, para que se devuelvan los dineros de su cuenta de ahorros pensional hacia COLPENSIONES y se actualice su historia laboral.

- Indicó que está demostrado por la documental anexa a la demanda que la actora suscribió formulario de afiliación a PROTECCIÓN y que previamente estuvo efectuando cotizaciones al entonces I.S.S., acumulando un total de 1166,15 semanas a la fecha marzo de 2020; recepcionándose interrogatorio de parte a la

actora, quien informó como motivo del traslado que entonces llegaron asesores a indicar que les era más beneficioso el régimen privado sin ninguna explicación concreta.

- Que debe tener en cuenta la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde el 2008 y especialmente SL1452 de 2019, sobre el asunto materia de estudio, el deber de la debida información por parte del fondo desde la existencia de la Ley 100 de 1993. Que ya existía el artículo 37 del estatuto orgánico financiero que imponía la obligación a los fondos de dar una información veraz y completa sobre los beneficios de cada uno de los regímenes, así como de lo que iba a ganar el afiliado con el cambio de régimen y lo que iba a perder.

- Señaló que aunado a lo anterior, la carga de la prueba hoy la tienen los fondos, y es el fondo que generó el error en la afiliación por no suministrar la información que determina la nulidad del traslado, el que por su cuenta, debe devolver no solamente lo que tenga por bonos pensionales y aportes, sino también todas las mermas sufridas por el capital de la afiliada mientras estuvo administrado por el RAIS: gastos de administración, de seguros previsionales de invalidez, muerte y vejez, porque esas mermas al regresar el capital a COLPENSIONES atentan contra la capacidad financiera de dicho fondo. Manifestó que solo existe como prueba el formulario de afiliación, lo que resulta insuficiente para cumplir esta carga de la prueba a cargo de las demandadas.

- Expuso que recientemente en sentencia de la Corte Suprema de Justicia se habla sobre el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el derecho que tienen todos los afiliados de cambiarse de régimen y de escoger el mismo. Trajo a colación lo decidido por esta Sala en sentencia de segunda instancia proferida en un proceso fallado por ese despacho con radicado N° 62 de 2015, en el cual se habían negado las pretensiones de la demandante en primera instancia porque para el momento la actora había cumplido los requisitos de edad y semanas cotizadas para acceder a la pensión, señalando que en segunda instancia se revocó en su totalidad dicha sentencia y que en las consideraciones, las cuales fueron fundamentadas jurisprudencial y doctrinariamente al desatar los dos problemas jurídicos allí planteados, respecto a si era procedente declarar la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS y si era viable la nulidad en cuanto tiempo puede promoverse, se concluyó que puede promoverse en cualquier tiempo, que el artículo 97 de la ley 100 de 1993 conlleva la exigencia de cuidado de los fondos para con sus afiliados y están obligados a prestar una atención eficiente y adecuada, y se hizo referencia a los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 sobre las obligaciones de los fondos de mantener activos y pasivos separados entre sí de los demás activos de su propiedad, con orden de información de sus operaciones y de las de sus afiliados, cuentas corrientes, cuentas de ahorro individual y gastos, así mismo, se exige que todo fondo deberá tener una plan de pensiones y un reglamento de funcionamiento aprobado por la Superbancaria que debe contener como mínimo los derechos y deberes de los afiliados, su régimen de gastos, entre otros. Señaló que, igualmente en segunda instancia se citaron apartes de la sentencia proferida por la Sala de la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 46292, donde fue Magistrado Ponente el Dr. Fernando Castillo Cadena, respecto a que es la administradora de fondos quien tiene la carga de la prueba para demostrar que al traslado entregó la información completa al afiliado.

- Expresó que el afiliado tiene derecho a la clara, completa y fidedigna información para así escoger el régimen que más le convenga y que más beneficios le ofrezca. Que para el caso en estudio, con vista en las pruebas allegadas por los interesados, no se probó que la actora hubiere recibido la información que le facilitara una escogencia de fondo pensional y que verdaderamente con dicho traslado hubiere adquirido más beneficios a su haber, pues solo existe el formulario que en su momento suscribió la demandante, por lo que el despacho acoge los lineamientos jurisprudenciales tenidos en cuenta por el superior, así como sus motivaciones de la sentencia citada, y al no existir prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación por parte del fondo privado se dispone la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS que la demandante realizó al RPMPD, por lo que se condena a PROVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, con sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, adicionando las mermas que tuvo el capital pensional de la actora por gastos de administración y seguro previsional.

- Señalo en cuanto a la excepción de prescripción alegada por COLPENSIONES, que está establecido jurisprudencialmente que este traslado se puede realizar en cualquier tiempo.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada COLPENSIONES:**

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no es posible aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modifica el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esto por cuanto la actora ya cumplía la edad requerida para pensión a la fecha de admisión de la demanda.
- Que no resulta procedente la declaratoria de ineficacia y nulidad de traslado porque el realizado por la demandante del RPMPD al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo lo hizo ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, establecido en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 y según el artículo 48 de la ley 1328 de 2009 que modifico los literales c y d del artículo 60 de la norma previamente citada.
- Que esa entidad no intervino al momento de dar información a la demandante, quien de manera libre y voluntaria decidió que fondo le favorecía para obtener el derecho a la pensión y ha estado afiliada al RAIS por casi 20 años, conforme con su permanencia en dicho régimen.
- Mencionó la sentencia C1024 de 2004 de la Corte Constitucional e hizo referencia a la descapitalización del fondo común del RPMPD y la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RAIS, respecto a que las personas que han contribuido a obtener una alta rentabilidad puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. Así mismo, reiteró la excepción de prescripción.

#### **3.2 De la parte demandada PROTECCIÓN:**

La apoderada de PROTECCIÓN interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Advierte que acorde a la normatividad vigente, el actor tuvo plena libertad para la elección o traslado de régimen.
- Considera que no es procedente ordenar la devolución íntegra de todos los dineros incluyendo gastos de administración y seguros, que fueron cobrados por disposición legal para el funcionamiento de la actividad de aseguradora y se trata de situaciones ya acaecidas, no siendo dable devolverlos pues se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado la administradora desde hace muchos años, vulnerándose el derecho a las restituciones propias y que se adquirieron de buena fe. Inclusive destaca que el seguro previsional es un descuento obligatorio y con una finalidad que no benefició a la demandada.

### **4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

### **5. ALEGATOS**

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

#### **• Parte demandante:**

La apoderada judicial de la actora solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Ley 100, que destaca en su literal b) que la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, pues de lo contrario «la afiliación respectiva quedará sin efecto», la cual debe ser precedida de información clara, tal y como ha adocinado la Corte Suprema de Justicia y el artículo 271 ibidem.

Que el traslado de la actora se dio sin consentimiento informado, el cual efectivamente debe de estar presente ante una decisión tan trascendental para una persona, como es su futuro pensional, que es el que viene a garantizar la vejez, y calidad de vida de los afiliados. Que respecto a la falta de información existe importante jurisprudencia y en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia desde 2.008 y hasta el 2.020, donde se ha venido ampliando y reiterando en debida forma, que la suscripción del formulario de afiliación por parte de afiliado por sí solo, no es prueba de que se realizó una debida asesoría y que la Corte ha establecido que la carga de la prueba en estos casos es del fondo privado teniendo en cuenta la profesionalización del mismo para esos temas

#### **• Parte demandada:**

El apoderado de PROTECCIÓN expuso que dicha entidad actúa sometida al imperio de la Ley, reconociendo las prestaciones previamente consagradas por el legislador; señala que la Ley 100 de 1993 consagró dos regímenes pensionales diferentes, reglamentando sus especificidades y diferencias por lo que la ignorancia de la ley no puede servir como excusa para incumplirla; que cuando se realizó el traslado de RPM al RAIS no existían los requisitos que ahora la jurisprudencia exige y solo se estableció el formulario como prueba solemne de la libre voluntad. Que en todo caso hay inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, dado que es un descuento de causa legal y cuyos efectos se pueden evidenciar en el resultado de rendimientos financieros de la cuenta, generándose la respectiva contraprestación como exige el artículo 1746 del código civil. Que de mantenerse esta condena se estaría generando un enriquecimiento sin causa en detrimento de PROTECCIÓN, privilegiando de manera injustificada a una de las partes y omitiendo dar lugar a las restituciones mutuas; lo que también sucede con el descuento por seguro previsional.

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que esa entidad no está llamada a aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta que ha actuado conforme a las normas legales vigentes para el presente caso pues no era dable aceptar por vía administrativa dicha solicitud pues debe demostrarse el vicio del consentimiento en el acto de traslado por el cual tenía plena libertad para decidir cuál sistema le era más favorable; por lo anterior, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez. Agrega que se deben negar las pretensiones para evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual, pues los aportes del actor no han logrado una rentabilidad en el fondo público. También solicita que se acceda a la prescripción.

### **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

### **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora FIDELINA ORTIZ MONCADA del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PROTECCIÓN S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

### **8. CONSIDERACIONES:**

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado de la señora FIDELINA ORTIZ MONCADA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el año 1996, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que la demandante se encuentra actualmente afiliada al RPMPD.

Al respecto el juez a quo concluyó, que era procedente declarar la ineficacia del traslado dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el mismo, respecto del cual era necesario demostrar que a la demandante se le entregó información veraz, clara y completa sobre los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes, que le facilitara una escogencia de fondo pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la AFP y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso PROTECCIÓN S.A. alegando que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional. Por su parte Colpensiones manifestó que se debió resolver en contra de la demandante porque el traslado que realizó al RAIS es válido, además que con la decisión se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero para el régimen que administra.

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

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

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

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

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PROTECCIÓN S.A.; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliada RPMPD desde 1993 donde realizó cotizaciones interrumpidas en octubre y noviembre de ese año, abril a junio y diciembre de 1994, todo 1995 y de enero a abril de 1996; suscribiendo formulario de afiliación el 27 de mayo de 1996 para trasladarse PROTECCIÓN S.A., cuando laboraba para el Hospital Ramón Gonzáles Valencia de Bucaramanga, evidenciando al extremo derecho del final la firma de la actora junto al formato preinsertado de selección voluntaria; quedando efectivo el traslado desde junio de 1996, cuando comenzó a cotizar a PROTECCIÓN acorde a su historial laboral.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. de fecha 27/05/1996, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora FIDELINA ORTIZ MONCADA no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A. brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 27 de mayo de 1996 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PROTECCIÓN S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a FIDELINA ORTIZ MONCADA donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados, a que para la fecha del ultimo traslado al RAIS ya estaba en vigencia la Ley 1328 de 2009, así como el Decreto 2241 de 2010, y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PROTECCIÓN S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*, por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROVENIR S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron de la afiliada, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los

rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de la Administradora y no de la aseguradora, para quien la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***

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

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

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

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1996 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- **con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 8 de noviembre de 2021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

#### **DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha del 8 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Nidia Belén Quintero G .

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**

José Andrés Serrano Mendoza

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**

Elver Naranjo

**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.

U.

---

Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2.022)

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-001-2021-00251-01 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.769                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | ADONAY CASTRO VILLAMIZAR       |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.  |

Magistrada Ponente:  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada COLFONDOS S.A. en contra del auto del dieciocho (18) de marzo de dos mil veintidós (2.022), mediante el cual el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta rechazó la contestación a la demanda por extemporánea; a continuación, se dicta el siguiente:

**AUTO**

**1. Antecedentes**

El señor ADONAY CASTRO VILLAMIZAR interpuso demanda ordinaria laboral para que se declarara la ineficacia y nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A., para que se disponga el retorno a COLPENSIONES y este reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por la AFP, por la afiliación con indebida e insuficiente afirmación materializada en noviembre de 1.999.

Mediante providencia del 10 de septiembre de 2.021 se admitió la demanda, se ordenó notificar a las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., así como a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA y al MINISTERIO PÚBLICO.

El 25 de enero de 2.022, desde la cuenta de correo [rcardena@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:rcardena@cendoj.ramajudicial.gov.co) se remitió a la cuenta [procesosjudiciales@colfondos.com.co](mailto:procesosjudiciales@colfondos.com.co) el vínculo del proceso y se informó que quedaban notificados conforme al Decreto 806 de 2.020 y que debían contestar al correo [jlabccu1@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jlabccu1@cendoj.ramajudicial.gov.co).

El abogado Juan Carlos Gómez Martín, actuando como apoderado judicial de COLFONDOS S.A., remitió el día 01 de marzo de 2.022 desde la cuenta [juangomezabogado1@gmail.com](mailto:juangomezabogado1@gmail.com) a varias cuentas la contestación de la demanda, entre las que se encuentran la institucional del juzgado y la del servidor judicial RAFAEL ENRIQUE CARDENAS ALBA, quien previamente había remitido el link del proceso.

**2. Decisión que se pretende recurrir**

Mediante auto del 18 de marzo de 2.022, el *a quo* aceptó la contestación de la demanda presentada por COLPENSIONES y no admitió la presentada por COLFONDOS S.A. por hacerse de forma extemporánea, también citó para audiencia de conciliación o primera de trámite.

### 3. Recurso de apelación

La apoderada de COLFONDOS S.A., presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra la decisión de no admitir la contestación de la demanda, con fundamento en lo siguiente:

- Que en el expediente no se evidencia acuse de recibido o soporte de lectura de esa entidad respecto del correo de notificación, que de fe que se notificó en debida forma.
- Que es desde el acuse de recibido desde donde se inician a contar los términos para contestar la demanda y la entidad que representa no fue notificada en debida forma en la fecha que alega el despacho porque no tenía acceso a la documental como lo exige el Decreto 806 de 2.022 y recordó lo señalado en sentencia C-420 del 2.020 proferida por la Corte Constitucional que elimina la presunción de notificación al transcurrir 2 días después del envío del mensaje y debe acreditarse el acceso al mismo.
- Que la regla general es que el auto admisorio de la demanda en los procesos laborales se notifique de forma personal, por tanto, debe tenerse en cuenta la contestación de la demanda, por lo que solicita que se revoque el auto y se tenga por notificada por conducta concluyente.

En proveído del 25 de febrero de 2.022, el Despacho advirtió que el notificador del Juzgado realizó el 25 de enero de 2.022 la notificación a COLFONDOS S.A. mediante correo electrónico registrado en el certificado de la Cámara de Comercio, acorde al artículo 9° del Decreto 806 de 2020 y por lo tanto el término para contestar finalizó el 10 de febrero de 2.022. Que en el mismo día se envió notificación a COLPENSIONES, quien dio contestación en el término concedido, por lo que no se repone el auto y se concede el recurso de apelación.

### 4. Alegatos de conclusión

• **Parte demandante:** No se presentaron alegatos de conclusión.

• **Parte demandada**

La apoderada de COLPENSIONES manifestó que no hace pronunciamiento alguno frente al Auto del 02 de mayo del 2.022, teniendo en cuenta que no fue su representada la afectada mediante el Auto de fecha 18 de marzo de la presente anualidad que fue proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por lo tanto, se atiene a lo que se decida.

### 5. Consideraciones del despacho

Es preciso señalar, que conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, es apelable el auto que “*rechace la demanda o su reforma y el que las dé por no contestada*”, por lo que el presente auto es susceptible de ser conocido en esta instancia por dirigirse contra el que rechazó la demanda por extemporánea.

Como viene de verse, en el presente caso la parte demandada solicita que se revoque el auto del 18 de marzo de 2.022, por el cual no se admitió la contestación de la demanda respecto de COLFONDOS S.A.; señalando la apelante que en el expediente no se evidencia acuse de recibido o soporte de lectura de esa entidad respecto del correo de notificación, y es desde este que se inician a contar los términos para contestar la demanda de acuerdo a lo establecido en sentencia C420 del 2.020 proferida por la Corte Constitucional.

En relación con la contestación a la demanda, debe decirse que es el primer acto de ejercicio del derecho de defensa por el demandado, pero ese derecho debe ejercerlo dentro de los términos que para cada clase de asunto señala la ley procesal, y en materia laboral, conforme al parágrafo 2° del artículo 31 del C.P.T.S.S., la falta de esta impone que se tenga ese hecho, como un indicio en contra del demandado.

Respecto de la forma en que debe realizarse la notificación, se advierte que el artículo 41 del C.P.T.Y.S.S. determina que la notificación a los demandados del auto admisorio de la demanda debe hacerse personalmente al demandado; sin embargo, no se establece en este código la forma específica de proceder a esta notificación personal cuando se trata de personas naturales y por ello conforme al artículo 145 del C.P.T.Y.S.S., procede la remisión analógica al artículo 291 del C.G.P. que establece las reglas sobre la notificación personal, aclarando que como el trámite alegado como nulo fue anterior a la vigencia del Decreto 806 de 2020 no es posible analizarlo con base en dicha norma, indicando la vigente lo siguiente:

***“2. Las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección donde recibirán notificaciones judiciales. Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica.”***

Ahora bien, para mitigar los efectos de la pandemia de Covid-19 y garantizar el funcionamiento de la administración de justicia, se expidió el Decreto Legislativo 806 de 2020 con medidas para facilitar el avance de los procesos judiciales durante la vigencia de las restricciones sociales de movilidad y presencialidad; específicamente para notificación personal, el artículo 8° señala:

*“Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio. (...) La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación. Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.”*

En este caso, del expediente se observa que a través de un correo electrónico institucional el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta remitió el 25 de enero de 2.022 a [procesosjudiciales@colfondos.com.co](mailto:procesosjudiciales@colfondos.com.co) el vínculo del proceso y se informó que quedaban notificados conforme al Decreto 806 de 2.020 y que debían contestar al correo [jlabccu1@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:jlabccu1@cendoj.ramajudicial.gov.co), como certifica la siguiente captura de pantalla:

25/1/22 11:34

Correo: Rafael Enrique Cardenas Alba - Outlook

**LES COMPARTO EL VINCULO DLE PROCESO No. 0251-2021. DIRIGIDO A COLFONDOS Y QUEDAN NOTIFICADOS CONFORME EL DECRETO 806 DE 2020.**

Rafael Enrique Cardenas Alba <rcardena@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 25/01/2022 11:27

Para: Buzon ProcesosJudiciales <procesosjudiciales@colfondos.com.co>

 [2021-0251-00 ORDINARIO](#)

ATENTAMENTE,

JUZGADO PRIMERO LABORAL CIRCUITO CUCUTA

CONTESTAR AL CORREO DEL JUZGADO. jlabccu1@cendoj.ramajudicial.gov.co

No obstante, no obra en el expediente acuse de recibido del mensaje electrónico por parte de COLFONDOS, ni se encuentra en el plenario evidencia del momento exacto en que ese destinatario tuvo acceso a dicho mensaje.

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

Fluye de lo expuesto que, con la información que reposa en el plenario no es posible determinar con certeza la fecha en que se surtió notificación de la demanda a COLFONDOS S.A., pues si bien obra prueba del envío del mensaje de datos no se incorporó por parte del Juzgado el certificado del acuse de recibido que los correos electrónicos oficiales expiden para verificar el ingreso de dicho mensaje en la bandeja de entrada del destinatario; por ende, como no se puede precisar el momento en que inicia el término del traslado para esa entidad, acorde a la interpretación constitucional del Decreto 806 de 2020 y en aras de garantizar el debido proceso y el principio de defensa y contradicción, es necesario revocar el auto del 18 de marzo de 2.022, proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas y en su lugar tener por notificada a la demandada COLFONDOS S.A. por conducta concluyente, sería del caso otorgarle el término de traslado de acuerdo a lo consagrado en el inciso final del artículo 301 del C.G.P., si no se advirtiera que ya presentó la contestación y por ende se dará como contestada oportunamente.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el auto impugnado del dieciocho (18) de marzo de dos mil veintidós (2.022), proferido por el Juzgado Primero Laboral del

Circuito de Cúcuta y en su lugar tener por notificada a la demandada COLFONDOS S.A. por conducta concluyente, dando como contestada oportunamente la demanda.

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso para que se continúe con el trámite correspondiente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
Magistrada



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
Magistrado



**ELVER NARANJO**

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.  
Cúcuta, 01 de junio de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2.022)

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>EJECUTIVO LABORAL</b>       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-002-2017-00305-00 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.489                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | <b>JOSE VALENTIN RODRIGUEZ</b> |
| <b>2DEMANDADO:</b>       | COLPENSIONES                   |

**MAGISTRADA PONENTE:  
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ejecutivo a continuación de ordinario laboral radicado 54-001-31-05-002-2017-00305-00, a conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte ejecutante, contra el auto que resolvió excepciones de mérito del 06 de septiembre de 2.021 que fue proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2.020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor JOSE VALENTIN RODRIGUEZ a través de apoderado judicial, interpuso demanda ejecutiva en contra de COLPENSIONES para obtener el pago \$17.704.015 que corresponde a la diferencia de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, valor que resulta de restar la suma liquidada de la indemnización por valor de \$18.320.951 menos el valor de \$616.936 pagado por la demandada en la Resolución No. SUB 65929 del 15 de marzo de 2.021. También solicitó que sobre la suma adeudada Colpensiones reconozca y pague los intereses moratorios y en forma subsidiaria la indexación.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que agotó procedimiento administrativo para reclamar el reconocimiento y pago de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, el cual resolvió de forma desfavorable la demandada.

- Que se adelantó proceso con radicado 54-001-31-05-002-2017-00305-00 en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en donde se emitió sentencia el 19 de diciembre de 2.017 absolviendo a la demandada.

- Que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en proveído del 28 de agosto de 2.019 revocó en su totalidad la sentencia de primera instancia, le reconoció el tiempo de servicio público certificado por el Ejército Nacional, ordenó a COLPENSIONES a realizar el trámite para la emisión del bono pensional con el fin de proceder a liquidar nuevamente la indemnización sustitutiva de pensión de invalidez utilizando la información allí contenida en los términos del Decreto 1513 de 1.998 y cancelando la diferencia que resulte frente al valor reconocido en la

Resolución GNR 289894 del 28 de septiembre de 2.016, y condenó en costas a la demandada fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente.

- Que con memorial radicado N° 2019\_16092565 solicitó a COLPENSIONES el cumplimiento de la sentencia de fecha 28 de agosto de 2.019 y esa entidad profirió Resolución N° SUB 65929 del 15 de marzo de 2.021 reliquidando la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez por valor de \$616.936, el cual se incluyó en nómina del mes de abril que se pagó en mayo de 2.021.

- Que la liquidación efectuada por la demandada no obedece a lo ordenado en la sentencia del 28 de agosto de 2.019, pues esta asciende a \$18.320.951.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que los hechos relativos a que la resolución N SUB 65929 del 15 de marzo de 2.021 no cumple con lo ordenado en la sentencia del 28 de agosto de 2.019, por lo que no se ha dado cumplimiento a la misma y al encontrarse esta ejecutoriada existe una obligación expresa, clara y exigible que presta merito ejecutivo a favor del demandante, son susceptibles de la fijación del litigio y no son aceptados. Respecto a los demás hechos expreso que son ciertos.

- Que se opone a la prosperidad de las pretensiones, teniendo en cuenta que esa entidad reconoció por medio de la SUB 65929 del 15 de marzo del año 2.021, un pago único por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, por la suma de \$616.936, y el título judicial No. 451010000853813 de fecha 19 de mayo de 2020, por valor de \$ 1.565.833, el cual corresponde a las costas del proceso ordinario y se encuentra en estado “PAGADO EN EFECTIVO”.

- Que COLPENSIONES no puede hacer nada diferente a cumplir la Constitución, la Ley y sus reglamentos, a cuyas disposiciones están sometidos también los afiliados.

- Que teniendo en cuenta la actividad de esa entidad, el volumen de usuarios que maneja, los parámetros legales que rigen sus distintos movimientos financieros y económicos, deben considerarse una secuencia o turno de pagos para el caso de condenas, lo anterior en virtud de que el actuar de la entidad se basa en el principio constitucional de buena fe, ello sin menoscabar o desconocer los derechos de los particulares y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social.

- Interpuso como excepciones de mérito: falta de exigibilidad de la obligación que se ejecuta, compensación, buena fe de la entidad demandada, genérica, inembargabilidad de las cuentas administradas por COLPENSIONES, pago total de la obligación y prescripción.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 06 de septiembre de 2.021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

*“PRIMERO: Rechazar por improcedentes las excepciones de mérito planteadas por Colpensiones que denominó falta de exigibilidad de la obligación y buena fe, conforme lo establecido en el artículo 442 del C.G.P.*

*SEGUNDO: Declarar como parcialmente probada la excepción de compensación o pago parcial solicitada por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones. En virtud de ello, tener como pago parcial en favor del señor José Valentín Rodríguez la suma de \$616.936.*

*TERCERO: Ordenar seguir adelante la ejecución según lo dispuesto en el artículo 443 del C.G.P., por la suma de \$1.645.421 correspondiente a la diferencia dejada de cancelar por parte de Colpensiones en la Resolución 65929 del año 2021, con la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez a la que tiene derecho conforme la sentencia de segunda instancia proferida el 28 de agosto del año 2019 por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.*

*CUARTO: Ordenar practicar la liquidación del crédito de conformidad con el artículo 445 del C.G.P., la cual puede ser presentada por cualquiera de las partes, advirtiendo que, sobre el capital que continúa la ejecución, se debe practicar la indexación conforme lo advertido en la parte motiva de esta decisión.*

*QUINTO: Negar la solicitud de inembargabilidad de las cuentas de Colpensiones, solicitada por esta entidad, conforme lo motivado.*

*SEXTO: Condenar en costas a la parte ejecutada, fijando como agencias en derecho en favor de la parte ejecutante, la suma de \$100.000.”*

## **2.2. Fundamento de la Decisión**

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

- Que al resolver las excepciones de compensación y pago total de la obligación encontró que hay lugar a declarar parcialmente la excepción de pago, a declarar como improcedente la decisión de prescripción y a negar la solicitud de inembargabilidad de las pruebas solicitadas por Colpensiones.

- Recordó que tratándose de ejecución en materia laboral es necesario analizar el artículo 100 del CPT y SS, que con base en esta norma es posible solicitar la ejecución cuando el título a hacer recaudo también se soporte en una decisión judicial que haya reconocido el derecho y bajo tales presupuestos, en materia de ejecución es dable aplicar las disposiciones contenidas en el artículo 442 y 443 del C.G.P.

- Hizo un recuento de lo acontecido al interior del proceso y advirtió que conformidad con el artículo 442 del C.G.P., sólo es procedente resolver las excepciones de compensación, pago total de la obligación y prescripción; por lo tanto, se despacharían por improcedentes las excepciones solicitadas por la pasiva que denominó falta de exigibilidad de la obligación, así como la de buena fe y genérica. Respecto a la excepción de inembargabilidad de las cuentas indico que sería resuelta como una solicitud que amerita un pronunciamiento judicial.

- Que el presente trámite o ejecución se fundamenta en la orden contenida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el pasado 28 de agosto del año 2019, en donde se condenó a la pasiva a tener en cuenta el bono pensional por el tiempo de servicios efectuados por el demandante al interior del Ejército Nacional, a que se emitiera el bono pensional correspondiente y a que tuviera en cuenta para la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez del actor, el tiempo de servicio brindado a dicho Ejército Nacional. Con base en ello, se libró mandamiento de pago el 18 de mayo del año 2021, ordenando a Colpensiones a reconocer y pagar la diferencia que resulte entre el valor reconocido en la resolución 289894 del año 2016, misma que reconociese inicialmente la

indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez al hoy ejecutante y la reliquidación de dicha indemnización sustitutiva a partir del tiempo de servicios que se ordenó tener en cuenta por parte del juez de segunda instancia.

- Que a partir de ello, se advierte que se presentó una demanda ejecutiva por parte del apoderado judicial del demandante informando el pago de \$616.936 por parte de la entidad hoy ejecutada por concepto de la reliquidación de la indemnización sustitutiva y que existe una diferencia dejada de cancelar, pues conforme la liquidación que allega, advierte que el pago total concepto de la reliquidación de la indemnización sustitutiva ascendía a la suma de \$18.320.951; frente a la cual Colpensiones presentó contestación y planteó las excepciones de compensación y pago, aceptando el pago de la suma de \$616.936 pesos en favor del demandante.

- Que por lo anterior, a partir de esta suma \$616.936 entró el despacho a verificar si hay lugar a declarar como probada la excepción de compensación o pago total de la obligación, teniendo en cuenta que efectuó una liquidación diferente a la allegada por la parte demandante, con la cual corroboró a cuánto ascendía la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez y efectuada la misma con base en lo dispuesto en el decreto 1730 del año 2021, se advierte que efectivamente existe una diferencia dejada de cancelar a la parte demandante, sin embargo, está no es del mismo tenor a la solicitada, pues solamente se evidencia que el valor por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez a que tiene derecho la parte ejecutante es la suma total de \$2.262.357, a lo cual se le debe restar el valor de \$616.936 que fue cancelado por Colpensiones en la Resolución 65929 del año 2021, lo que arroja una diferencia por ejecutar de \$1.645.421, valor que deberá ser indexado a partir del 01 de mayo del año 2021 hasta el día en que se efectúe su pago.

- Que con lo dispuesto en el decreto 1730 del año 2001, artículo 3, procedió a determinar en primer lugar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales se efectuaron las cotizaciones, el salario base de cotización semanal y las semanas de cotización que se deben tener en cuenta a fin de efectuar la reliquidación.

- Que como quiera que la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, se circunscribió a ordenar a Colpensiones a tener en cuenta el servicio militar brindado por el demandante al interior del Ejército Nacional, se tiene que una vez corroborada la resolución 65929 del año 2021 y las pruebas allegadas junto con la demanda ejecutiva, como lo es el bono pensional que se libró por dicho tiempo, se tiene que al demandante se le debe incluir el tiempo brindado o prestado su servicio militar correspondiente al 15 de mayo 1975 hasta el 30 de abril del año 1977, a partir de lo que se tuvo en cuenta el salario que se reconoció en dicho bono pensional para cada anualidad, advirtiéndose que para el año 1.975 el salario correspondió a la suma de \$110, igualmente para el año 1.976, pero para el año 1.977 se tuvo en cuenta la suma de \$250. Que el salario de la época debe ser traído al presente, por lo que se determinó el salario diario devengado sobre el cual se debían hacer los aportes o cotizaciones y se indexó dicho valor desde el año 1.975, 1.976 y 1.977, a la fecha en que Colpensiones procedió a efectuar dicha reliquidación, no siendo otra que para el índice de precios del consumidor vigente para el mes de mayo del año 2.021, teniendo en cuenta que la reliquidación de dicha indemnización la hizo conforme la resolución 65929 de mayo de 2021.

- Que, una vez efectuado el cálculo correspondiente, se obtuvo como promedio ponderado de los porcentajes de cotizaciones el 31, 50%, un salario base de cotización semanal de \$70.118 y un total de porcentaje de semanas

cotizadas de \$10.242, lo cual multiplicado conforme lo establece el artículo 3 del Decreto 1730 del año 2001, establece como valor de la indemnización sustitutiva por el tiempo exclusivamente prestado por el demandante al interior del Ejército Nacional, la suma de \$2.262.357.

- Que con dicha liquidación se establece el valor de la indemnización sustitutiva o la diferencia dejada de cancelar con base en la sentencia del 28 de agosto del año 2019 proferida por la Sala Laboral Del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cúcuta, sobre dicho valor se le descontó el valor ya cancelado al demandante, por lo tanto, la ejecución continuará con la suma de \$1.645.241 y se declarará como parcialmente probada la excepción de pago planteada por Colpensiones.

- Que a pesar de lo solicitado en la demanda se librara mandamiento de pago por intereses moratorios y recordó que dicha solicitud no fue tenida en cuenta en el auto del 18 de mayo del año 2021, toda vez que los intereses moratorios no fueron objeto de condena por parte del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cúcuta Sala Laboral.

- Que, si el trámite de la ejecución de una sentencia judicial que contiene el reconocimiento y pago de un derecho pensional como el presente caso es la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, el embargo sobre cuentas bancarias o en el que se manejan los rubros, se enmarca precisamente en la configuración de la regla general de inembargabilidad de los recursos de la seguridad social, constituyendo, así como una garantía del crédito del pago pensional al favor de la parte ejecutante. Resaltó que el artículo 283 de la ley 100 de 1993 establece que los recursos derivados de las cotizaciones pensionales no pueden estar destinados sino al cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte siendo diáfano que los dineros embargados y que sean consignados en favor del despacho no pierden la designación específica legal de dichos recursos porque corresponden precisamente a aquellos que deben ser designados al cubrimiento de una contingencia en este sentido, por lo tanto, despacha de manera desfavorable la solicitud de inembargabilidad de cuentas solicitada por Colpensiones.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandante:**

El apoderado del señor JOSE VALENTIN RODRIGUEZ interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que se tuvo solamente en cuenta para tomar la decisión, la reliquidación del ejército, sin embargo, se esta solicitando que se tenga en cuenta al momento de liquidar dicha indemnización, la totalidad de las semanas que tiene el trabajador cotizadas durante toda su vida con Colpensiones, incluyendo el periodo comprendido entre el 15 de mayo de 1975 al 30 de abril de 1977 correspondiente al ejército.

- Que la historia laboral de los aportes realizados por el demandante actualizada al 08 de junio del año 2.007, arrojaron 471 semanas, las cuales fueron reconocidas en la Resolución N° GNR289894 del 28 de septiembre del año 2016, dichas semanas sumadas con las del ejército, equivalen a 4.033 días que equivalen a 576 semanas, las cuales ya habían sido reconocidas en la resolución SUB65929 del 15 de marzo del 2.021, semanas que se deben tener en cuenta en la liquidación, con los intereses, la indexación a que haya lugar y las costas correspondientes.

### **4. ALEGATOS**

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

- **PARTE DEMANDANTE:** No presentó alegatos.
- **PARTE DEMANDADA:**

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión proferida en primera instancia y se absuelva a su representada de todas las pretensiones de la demandante.

Manifestó que se tengan en cuenta los valores que se han pagado en el proceso de la referencia por parte de COLPENSIONES, sustentados en la Certificación de la Dirección de Tesorería que informa que se consignó en la cuenta dispuesta en el Banco Agrario de Colombia la suma de \$1.595.833, por concepto de costas liquidadas en el proceso ordinario y el Acto administrativo - RESOLUCION SUB 65929 del 15 de marzo de 2021, en donde se le reconoce y ordena el PAGO ÚNICO por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, por la suma de \$616.936, el cual tiene por objeto dar cabal cumplimiento a la decisión proferida dentro del proceso judicial.

Respecto a las costas resaltó que la entidad que representa en desarrollo de sus actos, se desempeña dentro de los parámetros legales, siendo responsable y procediendo con lealtad, y que las resoluciones que profiere son producto del estudio llevado a cabo por funcionarios idóneos. También resaltó que la buena fe en la labor misional de esa entidad surge de la estricta aplicación de la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho.

#### **5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

#### **6. PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER**

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala, son los siguientes:

¿Si la reliquidación de la indemnización sustitutiva realizada en primera instancia es correcta o si hay lugar a modificar el valor por el cual se dispuso seguir adelante la ejecución a cargo de COLPENSIONES?

#### **7. CONSIDERACIONES**

Con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto a consideración de esta Sala de Decisión contra el auto que resolvió las excepciones de mérito, es necesario advertir que el presente proceso ejecutivo de cumplimiento de sentencia, encuentra su origen en la sentencia del 28 de agosto de 2019, dictada por esta Sala de Decisión que revocó la absolución dictada en primera instancia y en su lugar ordenó declarar que el actor tenía derecho a que COLPENSIONES reconociera el tiempo público de servicio certificado por el EJÉRCITO NACIONAL y procediera a reliquidar la indemnización sustitutiva de pensión de invalidez y cancelar las diferencias a que haya lugar.

Posteriormente, en memorial del 10 de mayo de 2021, el apoderado del señor JOSÉ VALENTIN RODRÍGUEZ, solicita se libre mandamiento de pago a su favor por cuanto COLPENSIONES realizó la reliquidación pero solo canceló

una suma de \$616.936 mediante Resolución SUB65929 del 15 de marzo de 2021, afirmando que acorde a liquidación anexa el total de la indemnización debía ser \$18.320.951, por lo que se adeudaban \$17.704.015; por lo cual se libró mandamiento de pago siguiendo su liquidación, en auto del 18 de mayo de 2021 y COLPENSIONES contestó a la demanda proponiendo como excepciones FALTA DE EXIGIBILIDAD por cobrarse antes de los 10 meses que le concede el artículo 299 del C.P.A.C.A., COMPENSACIÓN, BUENA FE, INEMBARGABILIDAD, GENÉRICA, PAGO TOTAL conforme a la citada resolución SUB65929 de 2021 y PRESCRIPCIÓN.

El Juez *a quo* resolvió seguir adelante con la ejecución, pero al realizar su propia liquidación, estableció que la reliquidación ascendía a la suma de \$2.262.357 por lo que compensado el saldo reconocido se adeudaban \$1.645.421; a lo que se opone el apoderado del demandante en su apelación, por estimar que el juez se equivocó al liquidar exclusivamente las semanas del servicio militar, desconociendo la incidencia del resto de semanas cotizadas.

A fin de resolver el problema jurídico planteado vemos que el artículo 422 del C.G.P. refiere: *“Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”*

En concordancia, se debe advertir que el artículo 100 del C.P.T. y de la S.S. regula lo concerniente específicamente al proceso ejecutivo laboral y dispone que *“Será exigible ejecutivamente el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que emane de una decisión judicial o arbitral firme”*

Respecto de las sentencias, los artículos 305 y 306 del C.G.P., disponen que *“Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior”* y así *“Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, (...) el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada.”*

De la anterior norma, se desprende que la ejecución de una sentencia condenatoria dentro del mismo trámite procesal solo requiere de la presentación de la solicitud por parte del acreedor, una vez se encuentre ejecutoriada la misma o el auto que obedece lo resuelto por el superior, que para el presente caso se profirió el 5 de febrero de 2005.

De conformidad con el numeral 2 del artículo 442 del C.G.P., norma aplicable al procedimiento laboral por analogía según el artículo 145 del C.P.T.S.S., establece que *“Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.”*

Conforme al objeto del recurso de apelación, esta Sala de Decisión procederá a pronunciarse conforme al principio de consonancia respecto de la apelación del demandante, que se enfoca exclusivamente en el valor de la liquidación realizada por el *a quo* y conforme a la cual se decidió seguir adelante con la ejecución por un saldo de \$1.645.421, en lugar de los \$17.704.015 que liquidó para solicitar el mandamiento de pago.

Para resolver este asunto, se resaltaré primero que obran las siguientes actuaciones administrativas:

- Resolución GNR194045 del 30 de junio de 2016 reconoce indemnización sustitutiva por \$2.358.578 por 171 semanas cotizadas entre mayo de 1987 a agosto de 2008.
- Resolución GNR289894 del 28 de septiembre de 2016 que resolvió recurso de reposición, donde modifica y reconoce indemnización sustitutiva por \$3.037.722 por 471 semanas cotizadas desde agosto de 1977 a agosto de 2008.
- Resolución SUB65929 del 15 de marzo de 2021 reconoce indemnización sustitutiva por \$3.037.722 por 576 semanas cotizadas desde mayo de 1975 a agosto de 2008, adicionando \$616.936 por el período adicional.

De lo anterior deviene, que a la fecha la ejecutada COLPENSIONES ha reconocido a favor del actor un total de \$3.654.658 por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de invalidez, liquidadas sobre un total de 576 semanas; pero el actor reclama que esta debía realmente ascender a un valor de \$18.320.951, conforme a la liquidación anexa y que incluye todos los tiempos de servicio, siguiendo los lineamientos de la sentencia de segunda instancia.

Es del caso recordar que el artículo 37 de la ley 100 de 1993 contempla como parte del régimen de prima media con prestación definida, que *“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”*.

De esta manera, ha resumido la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL4583 del 17 de octubre de 2018, que *“a efectos de obtener la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se debe acreditar lo siguiente: i) que el afiliado arribe a la edad requerida para la pensión de vejez; ii) que no haya cotizado el mínimo de semanas previsto para la pensión de vejez, y iii) que el interesado manifieste su imposibilidad de seguir cotizando.”* y sobre ella, la Corte Constitucional en Sentencia T-164 de 2017 señaló que *“la finalidad de la seguridad social en pensiones se encamina a que toda persona logre consolidar un derecho pensional; no obstante ante la imposibilidad fáctica de causarlo, la ley plantea como medida sustitutiva, la devolución de aportes a través de la indemnización sustitutiva”*.

Esta prestación es desarrollada por el artículo 3° del Decreto 1731 de 2001, donde se señala lo siguiente:

*“ARTÍCULO 3°-Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:*

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”.

Bajo esta concepción, advierte la Sala que efectivamente el juez *a quo* incurrió en un error al realizar su liquidación exclusivamente por el período del bono pensional, pues la normativa dispone un método por el cual deben promediarse todos los salarios base de liquidación, los porcentajes de cotización y las semanas cotizadas, de manera que se conforma un consolidado derivado de todo el trabajo del afiliado, donde incide históricamente todos los valores devengados y por ende, abstraer un segmento de estos implica omitir el impacto de este en el promedio total que es el exigido en la norma.

Ahora bien, se advierte que la liquidación presentada por el actor también está equivocada por cuanto no realiza la discriminación de fechas en períodos mensuales para garantizar la correcta indexación de los promedios devengados, sino que acumula amplios períodos de tiempo e identifica el salario base de cotización en un valor notoriamente superior al correcto; por ejemplo, en la zona resaltada de la captura de pantalla No. 1 se evidencia que en el período de 1978/11/20 a 1984/04/12 se indexa por todo el lapso un salario de \$21.420, pero acorde al certificado expedido por COLPENSIONES y visto en la Captura No. 2, en ese periodo hubo diferentes salarios de 1978/11/20-1979/09/30 de \$3.300, 1979/10/01-1980/08/31 de \$5.790, y así sucesivamente, lo que explica porque la estimación del actor es notoriamente superior, pues parte de un salario equivocado en un período de casi 7 años.

| LIQUIDADOR INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN     |     |     |       |     |     |                                                      |           |                     |                                            |                                   |           |             |                                |                                                     |
|-----------------------------------------------------|-----|-----|-------|-----|-----|------------------------------------------------------|-----------|---------------------|--------------------------------------------|-----------------------------------|-----------|-------------|--------------------------------|-----------------------------------------------------|
| LIQUIDACIÓN DE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN |     |     |       |     |     |                                                      |           |                     |                                            |                                   |           |             | AÑO                            | MDS                                                 |
| PERÍODOS DE COTIZACIONES                            |     |     |       |     |     | FECHA EN DONDE SE RECLAMA LA INDEMNIZACIÓN (Año/Mes) |           |                     |                                            |                                   |           | 2021        | 04                             |                                                     |
| DESDE                                               |     |     | HASTA |     |     | # Días                                               | # Semanas | % de Cotizac. Legal | # semanas multiplicado por % de cotización | ÚLTIMO SALARIO BASE DE COTIZACIÓN | IPC FINAL | IPC INICIAL | SALARIO ACTUALIZADO O INDEXADO | SALARIO ACTUALIZADO MULTIPLICADO POR NÚMERO DE DÍAS |
| Año                                                 | Mes | Día | Año   | Mes | Día |                                                      |           |                     |                                            |                                   |           |             |                                |                                                     |
| 1975                                                | 05  | 15  | 1976  | 12  | 31  | 586                                                  | 83.71     | 6.75                | 565.07                                     | \$ 110.00                         | 105.48    | 0.29        | \$ 40.009.66                   |                                                     |
| 1977                                                | 01  | 01  | 1977  | 04  | 30  | 120                                                  | 17.14     | 0                   | 154.29                                     | \$ 260.00                         | 105.48    | 0.37        | \$ 71.276.27                   | 23446657.92                                         |
| 1977                                                | 08  | 24  | 1978  | 01  | 1   | 126                                                  | 18.29     | 0                   | 164.67                                     | \$ 2.666.66                       | 105.48    | 0.47        | \$ 740.604.26                  | 8662432.43                                          |
| 1978                                                | 11  | 20  | 1984  | 04  | 12  | 1943                                                 | 277.57    | 11.25               | 3122.58                                    | \$ 21.420.00                      | 105.48    | 1.86        | \$ 1.381.073.26                | 94797344.68                                         |
| 1987                                                | 08  | 04  | 1987  | 08  | 8   | 30                                                   | 12.00     | 0.00                | 01.11                                      | \$ 21.420.00                      | 105.48    | 2.00        | \$ 775.097.10                  | 2644566330.60                                       |
| 1988                                                | 03  | 24  | 1989  | 01  | 31  | 307                                                  | 43.88     | 0.00                | 286.07                                     | \$ 21.420.00                      | 105.48    | 4.01        | \$ 2.881.666.00                | 68500645.10                                         |

Captura 1: Liquidación presentada por el actor.

| RESUMEN DIAS PAGADOS POR SALARIO |            |           |      |         |
|----------------------------------|------------|-----------|------|---------|
| Desde                            | Hasta      | Salario   | Días | Semanas |
| 1977/08/24                       | 1978/01/01 | \$ 3.300  | 131  | 18.7143 |
| 1978/11/20                       | 1979/09/30 | \$ 3.300  | 315  | 45.0000 |
| 1979/10/01                       | 1980/08/31 | \$ 5.790  | 336  | 48.0000 |
| 1980/09/01                       | 1981/09/30 | \$ 9.480  | 395  | 56.4286 |
| 1981/10/01                       | 1982/08/31 | \$ 11.850 | 335  | 47.8571 |
| 1982/09/01                       | 1984/01/31 | \$ 14.610 | 518  | 74.0000 |
| 1984/02/01                       | 1984/04/12 | \$ 21.420 | 72   | 10.2857 |

Captura 2: Certificado expedido por Colpensiones

Por ende, para resolver el problema jurídico lo correspondiente es identificar cuál es realmente el valor total de la indemnización sustitutiva a que tenía derecho el actor y proceder a descontar lo pagado; para lo cual, la Sala expone la siguiente liquidación:

| LIQUIDACIÓN DE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN |      |     |       |      |     |                                                        |           |                     |                                            |                                   |       | AÑO     | *MES                           |                                                     |
|-----------------------------------------------------|------|-----|-------|------|-----|--------------------------------------------------------|-----------|---------------------|--------------------------------------------|-----------------------------------|-------|---------|--------------------------------|-----------------------------------------------------|
| PERIODOS DE COTIZACIONES                            |      |     |       |      |     | FECHA EN DONDE SE RECLAMA LA INDEMNIZACIÓN (Año/Mes) : |           |                     |                                            |                                   |       | 2015    | 01                             |                                                     |
| DESDE                                               |      |     | HASTA |      |     | # Días                                                 | # Semanas | % de Cotizac. Legal | # semanas multiplicado por % de cotización | ÚLTIMO SALARIO BASE DE COTIZACIÓN | IPC   | IPC     | SALARIO ACTUALIZADO Ó INDEXADO | SALARIO ACTUALIZADO MULTIPLICADO POR NÚMERO DE DÍAS |
| Año                                                 | *Mes | Día | Año   | *Mes | Día |                                                        |           |                     |                                            |                                   | FINAL | INICIAL |                                |                                                     |
| 1975                                                | 05   | 15  | 1975  | 12   | 30  | 226                                                    | 32,29     | 10                  | 322,86                                     | \$ 110,00                         | 82,47 | 0,25    | \$ 36.286,80                   | 8200816,80                                          |
| 1976                                                | 01   | 01  | 1976  | 12   | 30  | 360                                                    | 51,43     | 10                  | 514,29                                     | \$ 110,00                         | 82,47 | 0,29    | \$ 31.281,72                   | 11261420,69                                         |
| 1977                                                | 01   | 01  | 1977  | 04   | 30  | 120                                                    | 17,14     | 10                  | 171,43                                     | \$ 250,00                         | 82,47 | 0,37    | \$ 55.722,97                   | 6686756,76                                          |
| 1977                                                | 08   | 24  | 1977  | 12   | 30  | 130                                                    | 18,57     | 4,5                 | 83,57                                      | \$ 3.300,00                       | 82,47 | 0,37    | \$ 735.543,24                  | 95620621,62                                         |
| 1978                                                | 11   | 20  | 1978  | 12   | 30  | 42                                                     | 6,00      | 4,5                 | 27,00                                      | \$ 3.300,00                       | 82,47 | 0,47    | \$ 579.044,68                  | 24319876,60                                         |
| 1979                                                | 01   | 01  | 1979  | 09   | 30  | 273                                                    | 39,00     | 4,5                 | 175,50                                     | \$ 3.300,00                       | 82,47 | 0,56    | \$ 485.983,93                  | 132673612,50                                        |
| 1979                                                | 10   | 01  | 1979  | 12   | 30  | 92                                                     | 13,14     | 4,5                 | 59,14                                      | \$ 5.790,00                       | 82,47 | 0,56    | \$ 852.680,89                  | 78446642,14                                         |
| 1980                                                | 01   | 01  | 1980  | 08   | 30  | 244                                                    | 34,86     | 4,5                 | 156,86                                     | \$ 5.790,00                       | 82,47 | 0,72    | \$ 663.196,25                  | 161819885,00                                        |
| 1980                                                | 09   | 01  | 1980  | 12   | 30  | 122                                                    | 17,43     | 4,5                 | 78,43                                      | \$ 9.480,00                       | 82,47 | 0,72    | \$ 1.085.855,00                | 132474310,00                                        |
| 1981                                                | 01   | 01  | 1981  | 09   | 30  | 273                                                    | 39,00     | 4,5                 | 175,50                                     | \$ 9.480,00                       | 82,47 | 0,91    | \$ 859.138,02                  | 234544680,00                                        |
| 1981                                                | 10   | 01  | 1981  | 12   | 30  | 92                                                     | 13,14     | 4,5                 | 59,14                                      | \$ 11.850,00                      | 82,47 | 0,91    | \$ 1.073.922,53                | 98800872,53                                         |
| 1982                                                | 01   | 01  | 1982  | 08   | 30  | 243                                                    | 34,71     | 4,5                 | 156,21                                     | \$ 11.850,00                      | 82,47 | 1,14    | \$ 857.253,95                  | 208312709,21                                        |
| 1982                                                | 09   | 01  | 1982  | 12   | 30  | 122                                                    | 17,43     | 4,5                 | 78,43                                      | \$ 14.610,00                      | 82,47 | 1,14    | \$ 1.056.918,16                | 128944015,26                                        |
| 1983                                                | 01   | 01  | 1983  | 12   | 30  | 365                                                    | 52,14     | 4,5                 | 234,64                                     | \$ 14.610,00                      | 82,47 | 1,42    | \$ 848.511,76                  | 309706792,61                                        |
| 1984                                                | 01   | 01  | 1984  | 01   | 30  | 31                                                     | 4,43      | 4,5                 | 19,93                                      | \$ 14.610,00                      | 82,47 | 1,66    | \$ 725.835,36                  | 22500896,20                                         |
| 1984                                                | 02   | 01  | 1984  | 04   | 12  | 72                                                     | 10,29     | 4,5                 | 46,29                                      | \$ 21.420,00                      | 82,47 | 1,66    | \$ 1.064.161,08                | 76619598,07                                         |
| 1987                                                | 05   | 04  | 1987  | 08   | 1   | 90                                                     | 12,86     | 6,5                 | 83,57                                      | \$ 21.420,00                      | 82,47 | 2,90    | \$ 609.140,48                  | 54822643,45                                         |
| 1988                                                | 03   | 24  | 1988  | 12   | 30  | 283                                                    | 40,43     | 6,5                 | 262,79                                     | \$ 25.530,00                      | 82,47 | 3,60    | \$ 584.849,75                  | 165512479,25                                        |
| 1989                                                | 01   | 01  | 1989  | 01   | 30  | 31                                                     | 4,43      | 6,5                 | 28,79                                      | \$ 30.150,00                      | 82,47 | 4,61    | \$ 539.364,53                  | 16720300,54                                         |
| 1995                                                | 07   | 01  | 1995  | 09   | 30  | 90                                                     | 12,86     | 12,5                | 160,71                                     | \$ 118.933,00                     | 82,47 | 18,29   | \$ 536.271,43                  | 48264428,97                                         |
| 1995                                                | 10   | 01  | 1995  | 10   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 12,5                | 53,57                                      | \$ 45.933,00                      | 82,47 | 18,29   | \$ 207.112,88                  | 6213386,29                                          |
| 1995                                                | 11   | 01  | 1995  | 12   | 30  | 60                                                     | 8,57      | 12,5                | 107,14                                     | \$ 118.933,00                     | 82,47 | 18,29   | \$ 536.271,43                  | 32176285,98                                         |
| 1996                                                | 01   | 01  | 1996  | 05   | 24  | 144                                                    | 20,57     | 13,5                | 277,71                                     | \$ 142.125,00                     | 82,47 | 21,83   | \$ 536.923,90                  | 77317041,69                                         |
| 2001                                                | 10   | 01  | 2001  | 10   | 3   | 3                                                      | 0,43      | 13,5                | 5,79                                       | \$ 28.600,00                      | 82,47 | 43,27   | \$ 54.509,87                   | 163529,60                                           |
| 2002                                                | 11   | 01  | 2002  | 11   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 13,5                | 57,86                                      | \$ 309.000,00                     | 82,47 | 46,58   | \$ 547.085,23                  | 16412556,89                                         |
| 2002                                                | 12   | 01  | 2002  | 12   | 1   | 1                                                      | 0,14      | 13,5                | 1,93                                       | \$ 10.000,00                      | 82,47 | 46,58   | \$ 17.705,02                   | 17705,02                                            |
| 2003                                                | 08   | 01  | 2003  | 08   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 13,5                | 57,86                                      | \$ 332.000,00                     | 82,47 | 49,83   | \$ 549.468,99                  | 16484069,84                                         |
| 2003                                                | 12   | 01  | 2003  | 12   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 13,5                | 57,86                                      | \$ 332.000,00                     | 82,47 | 49,83   | \$ 549.468,99                  | 16484069,84                                         |
| 2004                                                | 01   | 01  | 2004  | 01   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 14,5                | 62,14                                      | \$ 716.000,00                     | 82,47 | 53,07   | \$ 1.112.653,48                | 33379604,30                                         |
| 2004                                                | 02   | 01  | 2004  | 02   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 14,5                | 62,14                                      | \$ 358.000,00                     | 82,47 | 53,07   | \$ 940.161,11                  | 28204833,24                                         |
| 2004                                                | 03   | 01  | 2004  | 03   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 14,5                | 62,14                                      | \$ 605.000,00                     | 82,47 | 53,07   | \$ 556.326,74                  | 16689802,15                                         |
| 2004                                                | 04   | 01  | 2004  | 04   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 14,5                | 62,14                                      | \$ 358.000,00                     | 82,47 | 53,07   | \$ 940.005,71                  | 28200171,28                                         |
| 2004                                                | 05   | 01  | 2004  | 05   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 14,5                | 62,14                                      | \$ 604.900,00                     | 82,47 | 53,07   | \$ 556.326,74                  | 16689802,15                                         |
| 2004                                                | 06   | 01  | 2004  | 06   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 14,5                | 62,14                                      | \$ 358.000,00                     | 82,47 | 53,07   | \$ 556.326,74                  | 16689802,15                                         |
| 2004                                                | 08   | 01  | 2004  | 09   | 30  | 60                                                     | 8,57      | 14,5                | 124,29                                     | \$ 358.000,00                     | 82,47 | 53,07   | \$ 537.678,91                  | 32260734,88                                         |
| 2004                                                | 10   | 01  | 2004  | 10   | 29  | 29                                                     | 4,14      | 14,5                | 60,07                                      | \$ 346.000,00                     | 82,47 | 53,07   | \$ 674.429,62                  | 19558459,02                                         |
| 2007                                                | 07   | 01  | 2007  | 07   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 15,5                | 66,43                                      | \$ 434.000,00                     | 82,47 | 61,33   | \$ 583.596,61                  | 17507898,26                                         |
| 2007                                                | 09   | 01  | 2007  | 09   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 15,5                | 66,43                                      | \$ 434.000,00                     | 82,47 | 61,33   | \$ 583.596,61                  | 17507898,26                                         |
| 2007                                                | 11   | 01  | 2007  | 11   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 15,5                | 66,43                                      | \$ 434.000,00                     | 82,47 | 61,33   | \$ 207.082,67                  | 6212480,03                                          |
| 2008                                                | 05   | 01  | 2008  | 05   | 10  | 10                                                     | 1,43      | 16                  | 22,86                                      | \$ 154.000,00                     | 82,47 | 64,82   | \$ 587.162,99                  | 5871629,90                                          |
| 2008                                                | 07   | 01  | 2008  | 07   | 30  | 30                                                     | 4,29      | 16                  | 68,57                                      | \$ 461.500,00                     | 82,47 | 64,82   | \$ 61.260,88                   | 1837826,52                                          |
| 2008                                                | 08   | 01  | 2008  | 08   | 3   | 3                                                      | 0,43      | 16                  | 6,86                                       | \$ 48.150,00                      | 82,47 | 64,82   | \$ 0,00                        | 0,00                                                |

*\*Se resalta en amarillo el periodo mal liquidado por el demandante.*

*\*\*Se aclara que conforme al artículo 44 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 13 del Decreto 1474 de 1997, el periodo del bono pensional se liquida con un porcentaje de cotización del 10%*

|                                                                                                                                                              |        |                                                      |         |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|------------------------------------------------------|---------|
| Total Días                                                                                                                                                   | 4.031  | Sumatoria # semanas multiplicado por % de Cotización | 4369,57 |
| Total Semanas (SC)                                                                                                                                           | 575,86 |                                                      |         |
| *Porcentaje Promedio de Cotización (PPC)= Sumatoria # de semanas multiplicado por % de Cotización de esas semanas dividida por el total de todas las semanas | 7,59   |                                                      |         |

|                                                                                             |                  |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| SUMATORIA de salarios actualizados por el # de días de ese salario                          | 2.422.132.945,47 |
| INGRESO PROMEDIO MENSUAL= Sumatoria Dividida por # Total de días                            | \$ 600.876,44    |
| Salario Base cotización semanal (SBC)= Ingreso mensual dividido por 30 y multiplicado por 7 | \$ 140.204,50    |
| TOTAL INDEMNIZACIÓN= (SBC x SC x PPC)                                                       | \$ 6.126.335,93  |

Fluye de lo expuesto, que acorde a los parámetros legales debidamente aplicados y la historia laboral de cotizaciones en su totalidad indexados a diciembre de 2015 que fue la fecha de causación, el actor tenía derecho a una indemnización sustitutiva de \$6.126.335,93 y como a la fecha ha recibido un total de \$3.654.658; tiene derecho a que se le cancele la diferencia por una suma de \$2.471.677,93.

Ahora, el actor solicitó en la apelación que se incluyera la indexación y los intereses de mora a que hubiere lugar; no obstante, se advierte que el título judicial que es objeto de ejecución no impuso condena alguna por concepto de intereses moratorios por lo que estos resultan improcedentes. De otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en recientes providencia, SL2353 de 2020 reiterada en SL1388 de 2022, señaló: *“a imposición de la indexación del retroactivo pensional en forma oficiosa, dado que el demandante no lo solicitó en el escrito inaugural, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial (CSJ SL2353-2020), pues es necesario compensar el efecto inflacionario que sufre el valor de las mesadas pensionales con el simple transcurrir del tiempo, a partir de la causación de cada una de ellas y hasta la fecha del pago efectivo.”*

En consecuencia, es procedente que se siga adelante la ejecución por el valor liquidado debidamente indexado a la fecha de pago efectivo, que acorde a la liquidación arroja una actualización a mayo de 2022 de \$3.527.842,96, por lo cual se modificará el numeral tercero de la providencia apelada y se dispondrá seguir adelante la ejecución por este rubro.

| Cálculo de Cantidad Única Indexada |                 |      |               |        |
|------------------------------------|-----------------|------|---------------|--------|
|                                    | AÑO             | *MES |               |        |
| Fecha Final:                       | 2022            | 05   | IPC - Final   | 117,71 |
| Liquidado Desde:                   | 2014            | 12   | IPC - Inicial | 82,47  |
| Capital:                           | \$ 2.471.677,93 |      |               |        |
| VALOR ACTUALIZADO                  | \$ 3.527.842,96 |      |               |        |

Finalmente, como prospera el recurso de apelación no habrá costas en segunda instancia.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

RESUELVE:

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero del auto del 6 de septiembre de 2021 que fue proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva, en el sentido de

ordenar seguir adelante la ejecución por la suma de \$3.527.842,96, correspondiente a la diferencia dejada de cancelar por reliquidación de la indemnización sustitutiva de pensión de invalidez, debidamente indexada a mayo de 2022.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES**  
Magistrada Ponente



**ELVER NARANJO**

Magistrado



**JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA**  
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2.022)

|                          |                                                                                                                           |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                                                                                                  |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-002-2019-00532-01                                                                                            |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.775                                                                                                                    |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | GILBERTO RIOS VIADERO                                                                                                     |
| <b>DEMANDADO:</b>        | ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES |

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 24 de marzo de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor GILBERTO RIOS VIADERO interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PROTECCIÓN S.A, solicitando que se declare la nulidad e ineficacia de su traslado a este último Fondo, y como consecuencia se ordene a esa entidad devolver al RPMPD todos los valores producto de su afiliación a esa A.F.P, como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y a asumir a su cargo el deterioro sufrido por los dineros administrados. También solicitó que se ordene a COLPENSIONES adelantar los trámites a que haya lugar para dar continuidad a su afiliación en el régimen que administra.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que se afilió al extinto ISS en enero de 1.983.
- Que en agosto de 1.994 fue visitado por un vendedor de seguros del fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A., quien le propuso trasladarse al RAIS, pero no le suministró la ilustración suficiente y las explicaciones necesarias para la toma de esa importante decisión que incidiría directamente en su derecho fundamental a la pensión y al mínimo vital, pues no recibió información de los beneficios particulares del RAIS en comparación al RPMPD, no se le realizó una proyección de su eventual pensión en los dos regímenes que le permitiera realizar una comparación y tomar una decisión razonada y simplemente se le explicó que en el RAIS el valor de la pensión sería más alto que en el ISS para las personas más jóvenes que realizaran aportes sobre una base de cotización alta y que los aportes después de las 1.400 semanas si se tenían en cuenta, lo que el aceptó de buena fe como una persona inexperta en los aspectos técnicos, financieros y actuariales que tienen que ver con el manejo de las pensiones, por lo que suscribió los documentos para realizar el traslado a partir de septiembre de 1.994.

- Que actualmente cuenta con 58 años, por lo que no puede trasladarse voluntariamente a COLPENSIONES por restricción legal.
- Que el 22 de noviembre de 2.019 adelantó reclamación administrativa ante PROTECCIÓN S.A., entidad que mediante comunicación con radicado N° CAS-5255705-F4T5V2 del 25 de noviembre de 2.019, le indicó que en sus archivos existe formulario de afiliación que contiene una firma que se presume plasmada y que cumple con las exigencias establecidas en el artículo 11 del Decreto 692 de 1.994.
- Que el 25 de noviembre de 2.019 bajo el radicado interno N° 2019-15766668 adelantó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, entidad que mediante comunicación de la misma fecha le respondió que no es procedente anular la afiliación porque el traslado fue realizado por él en ejercicio de su derecho a la libre elección de régimen.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la edad del actor, la restricción legal para trasladarse de régimen y que el demandante estuvo afiliado al extinto ISS, así como los narrados sobre las reclamaciones administrativas que presentó ante las demandas y sus respectivas respuestas. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan y que hay circunstancias susceptibles de la fijación del litigio.
- Que se atiene a los resultados del proceso, pero que se evidencia que el demandante realizó el acto del traslado de régimen de forma libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre elección y cumpliendo con los requisitos legales. Que la carga de la prueba radica en cabeza del actor y que esa entidad no puede reconocer por vía de jurisprudencia prestaciones económicas que no estén consagradas en la ley, por lo que negó el traslado.
- Que la Superintendencia Financiera de Colombia en la Circular 019 de 1998 indicó que el afiliado que decida trasladarse de régimen o de administradora expresara su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o la nueva administradora y en Circular 016 estableció los mecanismos para que las A.F.P. realicen la asesoría a los afiliados a partir del 01 de octubre de 2016, fecha en la que mujeres de 42 años o más y los hombres de 47 años o más no pueden trasladarse de régimen sin dicha asesoría, orden que no es retroactiva.
- Que cuando la A.F.P. no entrega la información pertinente a los afiliados ocasionando con el traslado del RPMPD al RAIS perjuicios económicos, esta entidad debe indemnizarlos de acuerdo a la responsabilidad profesional de las entidades financieras que realizan la actividad de gestión fiduciaria. Que las A.F.P. del RAIS no pueden reconocer, liquidar y pagar pensiones bajo el sistema del RPMPD, pero por falta de información son obligadas a reconocerlas bajo esa modalidad, por la no eficacia del traslado del afiliado, por lo que deben conmutar la respectiva pensión con COLPENSIONES, lo que está autorizado en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.
- Que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, pues hasta el año 2.016 las leyes para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado solo exigían el consentimiento de éste vertido en el formulario de afiliación e imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.
- Que la existencia de circunstancias técnicas especiales de cada régimen pensional sugiere que los afiliados sean debidamente asesorados, lo que no puede interpretarse como una situación universal que invierta la carga de la prueba y desconozca las actividades, cotizaciones y movimientos financieros que a lo largo de la vida laboral le permiten al afiliado escoger acertadamente el régimen pensional.

- Que, si bien existe una intervención de asesoría de la administradora de pensiones que podría generar un vicio en la voluntad del traslado, ello debe demostrarse y no puede considerarse a todos los afiliados como parte débil pues la misma ley previó distintos deberes en cabeza de estos, con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera.
- Que respecto al traslado de régimen la Corte hace una errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil al convertir la responsabilidad en cabeza de los fondos como objetiva, ya que este tipo de responsabilidad no aplica en estos procesos dado que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse, aunado a que existen obligaciones legales del demandante según el Decreto 2241 de 2010 y obligaciones reciprocas en el contrato de afiliación, existiendo unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones y se entiende el silencio en el transcurso del tiempo como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, la cual solo se puede desvirtuar demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento.
- Que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender a criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales, y la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS afecta dicha sostenibilidad y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.
- Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, la innominada, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, la 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 y la de sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación.

La demandada AFP PROTECCIÓN al contestar la demanda, a través de apoderado judicial manifestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de afiliación del actor al ISS y que adelantó reclamación administrativa ante esa entidad. Sobre los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan.
- Que se opone a las pretensiones pues todas las actuaciones de la AFP estuvieron sometidas al imperio de la ley y solo se puede reconocer prestaciones respaldadas por los presupuestos legales, resaltando que la afiliación a su entidad viene precedida de una asesoría profesional y transparente suministrada por agentes con capacitación y exposición a un estudio profundo del sistema general de pensiones.
- Que el RAIS es un sistema reglado en la ley y no puede alegarse desconocimiento para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información según lo contemplado en el artículo 9.º del Código Civil.
- Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige, solo el formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1.994, en concordancia con el artículo 3 de esta norma. Que la afiliación se efectuó libre de presiones, de manera voluntaria y espontánea, de acuerdo con los principios de libertad de la Ley 100 de 1.993.
- Que el término para ejercer la acción de nulidad de la afiliación se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, pues desde la fecha de traslado de régimen a la de presentación de la demanda, han transcurrido más de 20 años y la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de 10 años.
- Propuso como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de obligación de devolver la comisión de

administración y el descuento de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe, y la innominada.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada contra la Sentencia del 24 de marzo de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la inexistencia de la afiliación del señor GILBERTO RIOS VIADERO a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., por los motivos ya expuestos, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales al traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad no surtió efectos.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. devolver al sistema todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Art. 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida de Colpensiones y con destino a este.*

*TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que, una vez la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar el traslado del señor GILBERTO RIOS VIADERO del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.*

*CUARTO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubieren causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de los Administración y demás conceptos establecidos en el Art. 20 y 60 de la Ley 100 de 1993, en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del art. 963 del Código Civil, inclusive en forma indexada.*

*QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada PROTECCION S.A, fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante, la suma de UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.*

*SEXTO: REMITIR EL PRESENTE EXPEDIENTE a la oficina judicial para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.”*

### **2.2. Fundamento de la Decisión.**

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

Que el litigio se fijó en determinar si al demandante le asiste el derecho al traslado o retorno del RAIS al RPMPD, para lo que se entra a verificar si el traslado que se produjo entre regímenes surtió efecto o es ineficaz, inexistente o nulo, frente a lo cual ese despacho sostiene una tesis positiva, teniendo en cuenta que no se allegó la prueba de la suscripción del formulario de afiliación que debió haber sido efectuada por el actor para el traslado entre regímenes y bajo tales presupuestos se resolverá lo pertinente bajo la figura de la inexistencia del traslado del demandante al RAIS.

- Que se tienen como hechos ciertos que el demandante se encontraba afiliado al RPMPD administrado por el extinto ISS, desde el mes de enero del año 1.983; que a en el mes de septiembre de 1.994 se trasladó al RAIS a través de la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., en donde se encuentra afiliado en la actualidad y que solicitó ante las demandas su retorno al RPMPD en noviembre de 2.019.

- Estudió la validez de la afiliación a los regímenes del sistema general de pensiones, a partir del análisis de las características del mismo dispuestas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, con especial énfasis en los literales: a) relativo a la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, b) que versa sobre la afiliación a uno u otro régimen pensional de forma libre y voluntaria, c) que consagra el derecho de los afiliados al reconocimiento y pago de las prestaciones, así como de las pensiones de invalidez, vejez y muerte, d) que estipula que la afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la ley y e) en el cual según la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 del año 2.003 se señala que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen del cual quiere trasladarse, y no podrá cambiar de régimen pensional cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.

- Resaltó los artículos 271 y 272 ibídem, en los que se establecen las consecuencias de atentar contra el derecho de afiliación de forma libre y voluntaria, se advierte que cuando se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral esta quedara sin efecto y podrá realizarse nuevamente, y que el Sistema Integral de Seguridad Social no tendrá aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, siendo aplicables los principios del derecho laboral establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

- Abordó el tema correspondiente a las consecuencias jurídicas por existir una indebida afiliación o traslado entre regímenes pensionales, resaltando que la ineficacia de un traslado como acto o negocio jurídico no solo se ve afectado por el incumplimiento en el deber de información, pues según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en Sentencia SL4360-2019, la figura de la ineficacia jurídica en sentido lato puede presentar diversas expresiones, y dicho acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación o cuando falta alguno de sus elementos fundamentales, por lo que no tiene vida jurídica y por lo tanto no produce efectos. Así mismo, analizó el Decreto 692 de 1.994 que reglamentó la Ley 100 de 1.993 y trajo en su artículo 11 lo atinente a las condiciones de diligenciamiento, selección y vinculación a los regímenes de seguridad social integral.

- Indicó que, no se avizora en el expediente el formulario de vinculación del actor a la AFP PROTECCIÓN S.A. o a alguna de las entidades que terminaron extinguiéndose al interior de ella y en virtud de la carga dinámica de la prueba en el presente proceso, en principio dicho Fondo debía acreditar la vinculación del afiliado para a partir de allí corroborar los efectos de esta, así como las demás circunstancias que conllevan la migración a un régimen, sin embargo no existe prueba del primigenio de los requisitos para corroborar dicho traslado y al no acreditarse esta prueba solemne, el mismo es inexistente. Que la demandada AFP PROTECCIÓN no allegó ninguna prueba que sustente sus excepciones y que el traslado no se puede sustraer de las pruebas allegadas al plenario.

- Resaltó que la viabilidad del retorno al RPMPD no depende de situaciones particulares como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2.002 y C-1024 DE 2.004, porque conforme a la jurisprudencia actual, la violación al deber de información puede darse si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiaria del régimen de transición, o está cerca o no de cumplir la edad para pensionarse, por lo que se tiene que el traslado del actor entre regímenes no surtió efectos en virtud de la figura de la inexistencia, y la consecuencia es la orden de devolución de todos los valores recibidos por la administradora del RAIS con motivo de la afiliación del actor, junto con sus frutos e intereses, así como el deber de asumir con su propio patrimonio las mermas que pudiese llegar a sufrir el capital destinado a la financiación de la posible pensión de vejez del demandante.

- Señaló que por lo anterior despacha desfavorablemente las excepciones de mérito planteadas y respecto a la prescripción alegada manifestó que no procede para esta clase de pretensión por ser inherente al derecho fundamental de seguridad social.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada COLPENSIONES:**

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2.003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, por faltarle menos de 10 años para cumplir su edad de jubilación al momento de la admisión de la demanda.

- Que la declaratoria de ineficacia no resulta procedente teniendo en cuenta que el traslado goza de plena validez, ya que el demandante lo realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1.993 y según el artículo 48 de la Ley 1328 de 2.009, y esa entidad no intervino al momento en que se brindó información al actor.

- Que la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2.004, resalta que el límite legal para trasladarse entre regímenes es razonable y admisible para el fin perseguido, que es evitar la descapitalización del régimen de prima media y defender la equidad del reconocimiento de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad.

- Que el actor ha estado en el RAIS por más de 25 años, ratificando su conformidad de permanencia en dicho régimen.

- Reiteró la excepción de prescripción.

#### **3.2 De la parte demandada PROTECCION:**

La apoderada de PROTECCIÓN interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que solo sea ordenada la devolución de los aportes y que no se debe ordenar la devolución conjunta de los rendimientos y de la comisión de administración, toda vez que se tratan de prestaciones ya acaecidas por lo que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a las buenas gestiones de su representada, que a su vez cobro una comisión para hacer rentar dichos dineros, por lo tanto son conceptos excluyentes y no se pueden devolver al afiliado, pues se estaría desconociendo el trabajo que durante años realizó el Fondo, vulnerando los derechos de las restituciones mutuas con frutos, intereses y mejoras, y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual.

### **4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

### **5. ALEGATOS**

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

#### **• PARTE DEMANDANTE:**

No presentó alegatos de conclusión.

#### **• PARTE DEMANDADA**

El apoderado de PROTECCIÓN expuso que dicha entidad actúa sometida al imperio de la Ley, reconociendo las prestaciones previamente consagradas por el legislador; señala que la Ley 100 de 1993 consagró dos regímenes pensionales diferentes, reglamentando sus especificidades y diferencias por lo que la ignorancia de la ley no puede servir como excusa para incumplirla; que cuando se realizó el traslado de RPM al RAIS no existían los requisitos que ahora la jurisprudencia exige y solo se estableció el formulario como prueba solemne de la libre voluntad. Que en todo caso hay inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, dado que es un descuento de causa legal y cuyos efectos se pueden evidenciar en el resultado de rendimientos financieros de la cuenta, generándose la respectiva contraprestación como exige el artículo 1746 del código civil. Que de mantenerse esta condena se estaría generando un enriquecimiento sin causa en detrimento de PROTECCIÓN, privilegiando de manera injustificada a una de las partes y omitiendo dar lugar a las restituciones mutuas; lo que también sucede con el descuento por seguro previsional.

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que esa entidad no está llamada a aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta que ha actuado conforme a las normas legales vigentes para el presente caso pues no era dable aceptar por vía administrativa dicha solicitud pues debe demostrarse el vicio del consentimiento en el acto de traslado por el cual tenía plena libertad para decidir cuál sistema le era más favorable; por lo anterior, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez. Agrega que se deben negar las pretensiones para evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual, pues los aportes del actor no han logrado una rentabilidad en el fondo público. También solicita que se acceda a la prescripción.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado del señor GILBERTO RIOS VIADERO del RPMPD al RAIS realizado a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

## **8. CONSIDERACIONES**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor GILBERTO RIOS VIADERO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo resolvió que, no existiendo prueba alguna sobre la forma en que se materializó el traslado, porque no se allegó el formulario de afiliación, el mismo debía declararse inexistente, por lo que accedió a las pretensiones.

Conclusión a la que se opone COLPENSIONES por estimar que el actor tenía capacidad para decidir su traslado, ya paso la edad permitida para trasladarse de régimen pensional y no es posible imponer esta consecuencia porque se genera una descapitalización del RPMPD. Por otra parte, PROTECCIÓN S.A. advierte que no es procedente devolver conjuntamente los valores descontados por rendimientos y la comisión de administración, por tratarse de prestaciones acaecidas, porque se

desconocería el trabajo realizado por esa administradora y se vulnerarían los derechos de restituciones mutuas e igualdad de trato en la relación contractual.

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

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

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

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

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PROTECCIÓN S.A.; pues argumenta el demandante que al suscribir el formulario no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se

hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

El demandante manifestó que se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES, en enero de 1.983 y que se trasladó al RAIS en septiembre de 1.994 a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., debido a que un asesor de ese Fondo no le suministró la ilustración suficiente y las explicaciones necesarias para la toma de la decisión de traslado de régimen pensional.

Del expediente se puede evidenciar que el actor estuvo inicialmente afiliado al RPMPD desde el 13 de enero de 1.983, en donde cotizó 537,43 semanas y desde el 1. ° de septiembre de 1.994 se encuentra afiliado a la AFP PROTECCIÓN S.A., en donde al 23 de octubre de 2.019 había cotizado 1.016 semanas.

Al plenario sobre la afiliación al RAIS obran solo como pruebas regularmente aportadas, las historias laborales del demandante en ambas entidades demandadas, certificación de Asofondos, así como algunos derechos de petición en los que el actor solicitó declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado de régimen y las respuestas que obtuvo, no aportándose siquiera el formulario de afiliación. Si bien el actor señaló que esto era el elemento determinante para acceder a esta pretensión, estima la Sala que está debidamente acreditado que el actor sí perteneció al RAIS, ese traslado fue efectivo porque las partes lo aceptaron y hubo cotizaciones que se mantuvieron desde 1.994 a la fecha, por lo que el análisis debió enfocarse en verificar si se demostró por parte de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. el cumplimiento de los estándares de información suficientes para evitar una decisión aparentemente voluntaria pero ausente de conocimiento sobre sus efectos que determinaría el vicio del consentimiento.

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCION S.A. brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que antes de septiembre de 1.994, momento en que se efectuó el traslado, se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

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

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PROTECCIÓN S.A. incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante en el año 1.994, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***

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

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

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

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

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

*“Según este artículo, **declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación.** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

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

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

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a la AFP demanda, le asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que,

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

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.994 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por el actor pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio y PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones y ejerció su actividad procesal contra las mismas, por lo que resulta ser vencida en este asunto y contra ella procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 24 de marzo de 2.022. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor del actor, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada una de las demandadas.

## **9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

### **RESUELVE:**

**Primero: Confirmar** la sentencia de fecha 24 de marzo de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**Segundo: Condenar en costas** de segunda instancia a la parte demandada PROTECCION S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**



**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2.022)

|                          |                                                                                                                           |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                                                                                                  |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-002-2020-00261-01                                                                                            |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.712                                                                                                                    |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | HECTOR JAIME DULCE MORENO                                                                                                 |
| <b>DEMANDADO:</b>        | ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES |

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 03 de febrero de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor HECTOR JAIME DULCE MORENO interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PROTECCIÓN S.A, solicitando que se declare la nulidad e ineficacia de su afiliación a este último Fondo, y como consecuencia se ordene a esa entidad autorizar su traslado a la Administradora del RPMPD, con todos los valores producto de su afiliación a esa A.F.P, como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que se encuentra vinculado a la Universidad Francisco de Paula Santander como empleado desde el 26 de marzo de 1.981 y desde el inicio de su relación laboral hasta el 31 de agosto de 1.994 estuvo afiliado y realizando aportes al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES.
- Que el 1. ° de septiembre de 1.994, realizó cambio de régimen pensional pasando a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., debido a la desinformación ofrecida por los asesores de ese Fondo, quienes previamente le manifestaron que los rendimientos y la mesada pensional al momento de pensionarse iba a ser muy superior a la que obtendría con el ISS, entidad que se iba a acabar y que tenía el riesgo de perder los aportes realizados, además que se podría pensionar anticipadamente con una pensión más alta y que si quería subir más la pensión podía aportar algún tiempo más.
- Que en el mes de octubre de 2.019 solicitó a PROTECCIÓN S.A. la proyección del monto correspondiente a su pensión para estudiar la posibilidad de retirarse con una magnifica pensión, según lo manifestado por los asesores de esa entidad y mediante oficio CAS-5130379-W8K5C2 del 24 de octubre del

mismo año, recibió respuesta en la que le manifestaron que obtendría una mesada pensional de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS (\$4.348.852), cifra inferior a lo que le fue proyectado por los asesores de dicha A.F.P.

- Que con petición radicada bajo el No. 2020\_4452163, en abril de 2.020 solicitó a COLPENSIONES que estudiara la posibilidad de su regreso al RPMPD y el día 27 de abril del mismo año, COLPENSIONES le dio respuesta indicando su inviabilidad conforme a la normatividad vigente.
- Que el 03 de julio de 2.020 solicitó a las demandadas el cambio de régimen pensional, pasando todos sus aportes al RPMPD administrado por COLPENSIONES y el día 06 de julio de 2.020 la A.F.P. PROTECCION S.A. mediante comunicación electrónica le dio respuesta desfavorable a la solicitud por encontrarse a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

El Procurador 10 Judicial I para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, presentó concepto en los siguientes términos:

- Que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha señalado que desde el inicio de sus operaciones a los fondos privados de pensiones les era exigible el cumplimiento de un deber de información para con el afiliado y les corresponde a estos dar cuenta de que lo documentaron clara y suficientemente de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito; no siendo suficiente la simple expresión impresa en el formulario de tratarse de una afiliación “libre”, “voluntaria” y “sin presiones”. Que la información que proporcione el fondo de pensiones al afiliado debe ser oportuna, y ante la manifestación del accionante de no haber recibido la debida información por parte del fondo de pensiones, por tratarse de una negación indefinida, se invierte la carga de la prueba. También expresó que el cumplimiento del deber de información es exigible respecto de todos los afiliados al régimen de pensiones.
- Señaló que existe preocupación por parte de la jurisprudencia de mantener indemne el capital acumulado por concepto de las cotizaciones del afiliado, por lo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado desde el año 2.008, que el fondo privado de pensiones tiene el deber de devolver a la administradora del régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, debiendo asumir, con cargo a su propio patrimonio, los deterioros que hubiere sufrido el bien administrado, tales como los gastos de administración descontados de las cotizaciones; sin embargo, considera que la orden por parte del juez no debe limitarse a los gastos de administración, como quiera que el ordenamiento jurídico prevé otros descuentos de las cotizaciones que también implican una merma en el capital y deben ser asumidas por parte del fondo de pensiones con cargo a su propio patrimonio a fin de garantizar la indemnidad del bien administrado.
- Solicitó que en caso de proferir sentencia accediendo a las pretensiones de la demanda, se condene al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. a asumir con cargo a su propio patrimonio la totalidad de las mermas sufridas por las cotizaciones efectuadas por el demandante al RAIS.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos al tiempo en que el actor estuvo afiliado al RPMPD, así como que éste con radicación de reclamación bajo el N° 2020\_4452163 solicitó a esa entidad regresar al RPMPD, la cual recibió respuesta negativa al evidenciarse que el actor se encuentra afiliado al Fondo de Pensión PROTECCIÓN S.A. y se encuentra a 10 años o menos para pensionarse. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan.
- Que rechaza todas las declaraciones y condenas deprecadas en la demanda, y se opone a sus declaratorias y reconocimientos por carecer de sustento

jurídico y fáctico, por lo que solicita ser absuelta de los cargos formulados en su contra. Que no puede hacer nada diferente a cumplir la Constitución, la Ley y sus reglamentos, a cuyas disposiciones están sometidos también los afiliados.

- Que la petición encaminada a la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado no resulta procedente, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al RAIS, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.
- Que en materia de traslado de régimen pensional el precedente jurisprudencial ha mantenido una posición garantista en favor de los afiliados, que reúne los siguientes escenarios: el consentimiento informado del afiliado como deber desde la creación de las AFP; la inversión de la carga de la prueba en cabeza de los Fondos; interpretación del artículo 1604 del Código Civil que suscita que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva; respecto a la naturaleza de los demandantes considerando parte débil al afiliado lego; la orden de trasladar a la administradora del régimen de prima media los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, en muchos casos debidamente indexados y que la prescripción de la acción no opera de forma automática.
- Que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional, por lo cual, no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- Que a pesar de que los fondos privados trasladen a esa entidad la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que el actor permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas. Que, según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría y destacó que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.
- Propuso las excepciones de mérito de: 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, imposibilidad de condena en costas, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada AFP PROTECCIÓN al contestar la demanda, a través de apoderado judicial manifestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha en que se realizó el cambio de régimen pensional, así como la solicitud de proyección del monto y el monto proyectado, y también que el actor solicitó el 03 de julio de 2.020 el cambio de régimen pensional y esa entidad con comunicación del 06 de julio de 2.020 le dio respuesta desfavorable, además expresó que hay confesión de que el

demandante si recibió asesoría cuando realizó el traslado. También manifestó que el traslado fue libre y voluntario y que los demás hechos no le constan o no son ciertos.

- Que se opone a las pretensiones pues todas las actuaciones de la AFP estuvieron sometidas al imperio de la ley y solo se puede reconocer prestaciones respaldadas por los presupuestos legales, resaltando que la afiliación a su entidad viene precedida de una asesoría profesional y transparente suministrada por agentes con capacitación y exposición a un estudio profundo del sistema general de pensiones.
- Que el RAIS es un sistema reglado en la ley y no puede alegarse desconocimiento para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información según lo contemplado en el artículo 9. ° del Código Civil.
- Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige, solo el formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1.994, en concordancia con el artículo 3 de esta norma.
- Que el término para ejercer la acción de nulidad de la afiliación se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, pues desde la fecha de traslado de régimen a la de presentación de la demanda, han transcurrido más de 24 años y la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de 10 años.
- Propuso como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración y el descuento de seguro previsional y la innominada.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada contra la Sentencia del 03 de febrero de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en el sentido estricto de la afiliación del señor HECTOR JAIME DULCE MORENO, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., suscrita el día 01 de septiembre de 1994 por los motivos ya expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el traslado de Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad no surte efectos.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. a devolver al sistema todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Art. 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, en virtud del regreso automático al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*

*TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que, una vez PROTECCION S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar el traslado del demandante HECTOR JAIME DULCE MORENO del Régimen De Ahorro Individual al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida.*

*CUARTO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubieren causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el Art. 20 y 60 de la Ley 100 de 1993 en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del art. 963 del Código Civil.*

*QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada PROTECCION S.A, fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.*

*SEXTO: REMITIR EL PRESENTE EXPEDIENTE a la Oficina Judicial para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, ante los H. Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, teniendo en cuenta que se emite una decisión en contra de los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.”*

## **2.2. Fundamento de la Decisión.**

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

- Que se tienen como hechos ciertos que el demandante se encontraba afiliado al RPMPD administrado por el extinto ISS, desde el mes de marzo del año 1.981; que a partir del mes de septiembre de 1.994 se trasladó del RPMPD al RAIS a través de la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., en donde se encuentra afiliado en la actualidad y que solicitó ante las demandas su retorno al RPMPD en julio de 2.020 y estas entidades resolvieron la solicitud de manera negativa.

- Que el litigio se fijó en determinar si al demandante le asiste el derecho al traslado o retorno del RAIS al RPMPD, para lo que se entra a verificar si el traslado que se produjo entre regímenes surtió efecto o debe ser declarado ineficaz, inexistente o nulo, frente a lo cual ese despacho sostiene una tesis positiva, teniendo en cuenta que la demandada PROTECCIÓN S.A. no acreditó haber suministrado al actor la información necesaria para lograr la mayor transparencia al momento del traslado a través de elementos de juicios claros y objetivos para que el demandante pudiera escoger las mejores opciones del Sistema General de Seguridad Social en pensiones.

- Estudió la validez de la afiliación a los regímenes del sistema general de pensiones, a partir del análisis de las características del mismo dispuestas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, con especial énfasis en los literales: a) relativo a la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, b) que versa sobre la afiliación a uno u otro régimen pensional de forma libre y voluntaria, c) que consagra el derecho de los afiliados al reconocimiento y pago de las prestaciones, así como de las pensiones de invalidez, vejez y muerte, d) que estipula que la afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la ley y e) en el cual según la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 del año 2.003 se señala que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen del cual quiere trasladarse, y no podrá cambiar de régimen pensional cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.

- Resaltó los artículos 271 y 272 ibídem, en los que se establecen las consecuencias de atentar contra el derecho de afiliación de forma libre y voluntaria, se advierte que cuando se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral esta quedara sin efecto y podrá realizarse nuevamente, y que el Sistema Integral de Seguridad Social no tendrá aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, siendo aplicables los principios del derecho laboral establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

- Señaló que el principio fundamental del consentimiento libre e informado surge de las características del Sistema General de Pensiones y del deber de información de la entidades administradoras de fondos de pensiones como instituciones financieras, a partir del cual los afiliados al Sistema están facultados para escoger libremente a que régimen se afilian, sin embargo si este carece de alguna de sus solemnidades, contiene un vicio en su producción, se realizó sin una debida información o con ausencia de esta, será posible declarar la ineficacia de los efectos de la afiliación o traslado.

- Que las administradoras de fondos de pensiones tienen la exigencia del cuidado de los intereses de quienes las elijan, el cual inicia desde las etapas previas

y preparatorias para la formalización de la afiliación, durante la misma y cuando se tenga el derecho del disfrute de las prestaciones, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

- Que se entiende que dichas entidades tienen la obligación de prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones con fundamento en el artículo 48 constitucional, desarrollado en los artículos 90 y siguientes de la ley 100 de 1993, así como en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1.994, obligaciones que se deben cumplir de acuerdo a los establecido en el artículo 1603 del Código Civil y resaltó que las administradores de Fondo de pensiones tiene la carga probatoria para este caso, por lo que trajo a colación la sentencia del radicado 46292 del 18 de octubre de 2.017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia SL1452 del 2.019.

- Destacó que la consecuencia por existir un vicio de consentimiento o una debida información o ausencia de esta al momento del traslado entre regímenes pensionales, es la ineficacia, como se señala en la sentencia SL 4360 de 2.019 de la Sala Labora de la Corte Suprema de Justicia.

- Recordó las etapas históricas del deber de información: deber de información necesaria, deber de asesoría y buen consejo y finalmente el deber de doble asesoría; el cual ha sido más riguroso con el transcurrir del tiempo e indicó que teniendo en cuenta que el traslado del demandante se produjo en el mes de septiembre de 1.994, se resalta la primera de las etapas mencionadas, señalando que la misma inicia conforme a lo consagrado en el artículo 97 del Decreto 663 del 93, en donde se estableció que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizan, y que en el artículo 11 del Decreto 692 de 1.994 se estableció la obligación de que siempre que se realice afiliación a fondo de pensiones o traslado del RPMPD al RAIS se hace necesario suscribir formulario de afiliación, pero como se dijo en sentencia SL1452 del año 2019, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente prueba para acreditar el cumplimiento del deber de información.

- Al descender al caso concreto, sostuvo que se observa que se aportó al plenario el formulario de afiliación o traslado del RPMPD al RAIS del actor a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., del 1. ° de septiembre de 1.994, el cual aceptan las partes fue suscrito de manera libre y voluntaria por el demandante, lo que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio allegado y se tiene que PROTECCIÓN S.A. no aportó elemento probatorio que acreditara que en este caso en particular suministró al demandante la información necesaria y relevante que llevara consigo la migración del régimen pensional bajo postulados claros y objetivos.

- Que del análisis del material probatorio se observa que el fondo de pensiones demandado ni siquiera allegó pruebas al interior del presente trámite para analizar la obligación que existía para el traslado del actor entre regímenes pensionales y bajo estas circunstancias no es posible analizar que al demandante le fue suministrada la información que comprende las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute de una posible pensión, advirtiéndose las ventajas y desventajas de dicho traslado con el fin de que pudiera tomar la mejor opción para sus intereses, lo que en virtud de la carga dinámica de la prueba y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia le correspondía acreditar a PROTECCIÓN S.A.

- Resaltó que la viabilidad del retorno al RPMPD no depende de situaciones particulares como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2.002 y C-1024 DE 2.004 porque conforme a la jurisprudencia actual la violación al deber de información puede darse si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiaria del régimen de transición, o está cerca o no de cumplir la edad para pensionarse.

- Indicó que por lo expuesto el traslado del RPMPD al RAIS del actor no surte efectos y teniendo en cuenta que esto conlleva el retorno de la accionante al RPMPD en su estado original, se emiten las ordenes correspondientes para la devolución de

todos los aportes que hubiere recibido la pasiva con motivo de la afiliación del demandante y por el incumplimiento al deber de información que le asistía se le condena asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado para la pensión de vejez conforme a la sentencia con radicación 31989 del 09 de septiembre de 2.008 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- Señaló que por lo anterior despacha desfavorablemente las excepciones de mérito planteadas y respecto a la prescripción alegada manifestó que no procede para esta clase de pretensión por ser inherente al derecho fundamental de seguridad social.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada PROTECCION:**

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

- Considera que no es procedente ordenarle a esa entidad devolver conjuntamente los aportes más los rendimientos financieros y en ningún caso se debe ordenar devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas, por lo cual no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a la buena gestión de la AFP, la cual a su vez cobro una comisión para hacer rendir dichos dineros, por lo tanto son conceptos excluyentes y no hay causa fáctica o jurídica para devolverlos al afiliado, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años realizó la administradora, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas con sus frutos, intereses y mejoras, así como la igualdad de trato en el marco de la relación contractual y que tampoco se deben devolver el valor correspondiente al seguro previsional, pues se pagó a una compañía de seguros mes a mes, quien es un tercero de buena fe, por lo que solicita que se revoque la decisión y se absuelva a esa entidad de las condenas impuestas.

#### **3.2 De la parte demandada COLPENSIONES:**

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2.003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, por faltarle menos de 10 años para cumplir su edad de jubilación al momento de la admisión de la demanda.

- Que la declaratoria de ineficacia no resulta procedente teniendo en cuenta que el traslado goza de plena validez, ya que la demandante lo realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1.993 y según el artículo 48 de la Ley 1328 de 2.009, y esa entidad no intervino al momento en que se brindó información al actor.

- Que la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2.004, resalta que el límite legal para trasladarse entre regímenes es razonable y admisible para el fin perseguido, que es evitar la descapitalización del régimen de prima media y defender la equidad del reconocimiento de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad.

- Que el actor ha estado en el RAIS por más de 25 años, ratificando su conformidad de permanencia en dicho régimen.

- Reiteró la excepción de prescripción.

### **4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

## **5. ALEGATOS**

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

### **• PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la parte actora señaló que se pudo constatar que no hubo una información clara, completa y veraz al momento en que mi representado se trasladó del régimen público al privado, por cuanto los funcionarios de la AFP PROTECCIÓN le dieron una información totalmente sesgada, manifestándole que se iba a pensionar a una edad anticipada, con un monto muy superior, que el ISS se iba a acabar etc, lo que de alguna manera convenció a mi representada para que no se retractara inmediatamente de la afiliación a la cual había sido registrada sin su consentimiento. Por lo que la afiliación al FONDO PRIVADO es totalmente ineficaz, por haberse realizado con vulneración de los requisitos legales para contratar, como lo es el consentimiento libre.

### **• PARTE DEMANDADA**

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que esa entidad no está llamada a aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta que ha actuado conforme a las normas legales vigentes para el presente caso pues no era dable aceptar por vía administrativa dicha solicitud pues debe demostrarse el vicio del consentimiento en el acto de traslado por el cual tenía plena libertad para decidir cuál sistema le era más favorable; por lo anterior, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez. Agrega que se deben negar las pretensiones para evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual, pues los aportes del actor no han logrado una rentabilidad en el fondo público. También solicita que se acceda a la prescripción.

El apoderado de PROTECCIÓN expuso que dicha entidad actúa sometida al imperio de la Ley, reconociendo las prestaciones previamente consagradas por el legislador; señala que la Ley 100 de 1993 consagró dos regímenes pensionales diferentes, reglamentando sus especificidades y diferencias por lo que la ignorancia de la ley no puede servir como excusa para incumplirla; que cuando se realizó el traslado de RPM al RAIS no existían los requisitos que ahora la jurisprudencia exige y solo se estableció el formulario como prueba solemne de la libre voluntad. Que en todo caso hay inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, dado que es un descuento de causa legal y cuyos efectos se pueden evidenciar en el resultado de rendimientos financieros de la cuenta, generándose la respectiva contraprestación como exige el artículo 1746 del código civil. Que de mantenerse esta condena se estaría generando un enriquecimiento sin causa en detrimento de PROTECCIÓN, privilegiando de manera injustificada a una de las partes y omitiendo dar lugar a las restituciones mutuas; lo que también sucede con el descuento por seguro previsional.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado del señor HECTOR JAIME DULCE MORENO del RPMPD al RAIS realizado a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

## **8. CONSIDERACIONES**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor HECTOR JAIME DULCE MORENO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que desde la creación de las A.F.P. estas tenían el deber de suministrar información suficiente a los usuarios y a sus afiliados para que al momento de solicitar la afiliación a dichas entidades existiera un consentimiento informado que fuera realmente libre y voluntario, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario, por lo que en ausencia de prueba que demostrara que efectivamente se brindó la debida información al demandante, consideró que el traslado entre regímenes no surtió efecto, por lo que ordenó la devolución de los aportes que el actor hizo al RAIS, con sus frutos e intereses, debiendo asumir el régimen privado de pensiones las mermas que haya sufrido dicho capital.

Conclusión a la que se opone COLPENSIONES por estimar que el actor tenía capacidad para decidir su traslado, ya paso la edad permitida para trasladarse de régimen pensional y no es posible imponer esta consecuencia porque se genera una descapitalización del RPMPD. Por otra parte, PROTECCIÓN S.A. advierte que no es procedente devolver conjuntamente los valores descontados por seguro previsional y la comisión de administración, ni los rendimientos, por tratarse de prestaciones acaecidas, porque se desconocería el trabajo realizado por esa administradora y se vulnerarían los derechos de restituciones mutuas e igualdad de trato en la relación contractual, así como los derechos de la aseguradora que es un tercero de buena fe.

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

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

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

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

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.; pues argumenta el demandante que al suscribir el formulario no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

El demandante manifestó que desde el 26 de marzo de 1.981 al 31 de agosto de 1.994 estuvo afiliado y realizando aportes al ISS, hoy COLPENSIONES y que se trasladó al RAIS el 1. ° de septiembre de 1.994 a través de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., debido a la desinformación ofrecida por los asesores de dicho Fondo.

Del expediente se puede evidenciar que el actor estuvo inicialmente afiliado al RPMPD a través del ISS desde el 23 de marzo de 1.981, en donde cotizó 692,29 semanas y que mediante solicitud de vinculación N° 0216806 se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., en donde desde septiembre de 1.994 al 10 de agosto de 2.019 había cotizado 1.281,43 semanas, así mismo, se aprecia en el documento de solicitud de vinculación, junto a la firma del demandante, la manifestación preinsertada al formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia.

No obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento en que el actor se trasladó de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor HECTOR JAIME DULCE MORENO, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A. brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el año 1.994 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital

consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía el referido con su traslado.

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

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

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PROTECCIÓN S.A. incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario

por el demandante en el año 1.994, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***

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

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

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

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

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

*“Según este artículo, **declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación.** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

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

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

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

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.994 en esa entidad.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio y PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones y ejerció su actividad procesal contra las mismas, por lo que resulta ser vencida en este asunto y contra ella procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 03 de febrero de 2.022. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor del actor, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada una de las demandadas.

## **9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

### **RESUELVE:**

**Primero: Confirmar** la sentencia de fecha 03 de febrero de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**Segundo: Condenar en costas** de segunda instancia a la parte demandada PROTECCION S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**

**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.

Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2.022)

|                          |                                                                                                                           |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                                                                                                  |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-002-2020-00267-01                                                                                            |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.714                                                                                                                    |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | LUZ ANGELA PEREZ RUSSI                                                                                                    |
| <b>DEMANDADO:</b>        | ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES |

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 08 de febrero de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

La señora LUZ ANGELA PEREZ RUSSI interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., solicitando que se declare la nulidad absoluta de su afiliación y traslado al RAIS realizado a través de esta última, e igualmente, que se protejan sus derechos al Sistema General de Seguridad Social Integral y al régimen de transición, y, en consecuencia, se ordene su regreso automático al RPMPD, con el traslado por parte de PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que se desempeña como Gerente de la Sociedad PEREZ Y GAVIRIA S.A.S.
- Que el día 01 de agosto de 1.988 se afilió al RPMPD a través del ISS, hoy COLPENSIONES.
- Que el 06 de febrero de 2.001 un promotor del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN, con argumentos de la eminente liquidación del ISS, presentó la afiliación a esa AFP como la mejor opción para pensionarse a cualquier edad, ganando dividendos y rendimientos que no ofrecía la otra entidad, por lo que en esa fecha, después de haber sido inducida al error, accedió mediante engaños al traslado, sin que su decisión estuviera fundamentada en comprensión suficiente y menos en el real consentimiento, pues no se le brindó asesoría sobre las características esenciales de los regímenes pensionales, ni sobre las consecuencias del cambio de régimen, no se le explicaron los riesgos, ni se le elaboró la proyección del monto de la pensión, ni mucho menos se le explicó sobre la edad, ni el monto del capital de las cotizaciones, ni cuanto era el tiempo y el monto del capital que debería tener en su cuenta individual para lograr una pensión superior al salario mínimo y

que se equiparara al porcentaje que le ofrecía la ley 100 de 1.993 a través del ISS, hoy COLPENSIONES.

- Que la demandada PROTECCIÓN omitió la obligación de adelantar el proceso respectivo de asesoría pre pensional.
- Que al enterarse de que su pensión solamente alcanzaría para un salario mínimo legal vigente, solicitó el 31 de enero de 2.020 a COLPENSIONES que aceptara su traslado o retorno al RPMPD, sin obtener respuesta.
- Que a través de derecho de petición solicitó a PROTECCIÓN la entrega de los documentos relativos a su traslado al RAIS y el 05 de febrero de 2.020 recibió respuesta de esa A.F.P., en donde se limitó a hacer alusión a la calidad de sus asesores, sin allegar prueba alguna de haber cumplido con las obligaciones que le correspondían.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha en que la actora se afilió al RPMPD a través del ISS, así como que solicitó a esa entidad el traslado o retorno al régimen que administra y que no se ha emitido respuesta al respecto. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan.
- Que rechaza todas las declaraciones y condenas deprecadas en la demanda, y se opone a sus declaratorias y reconocimientos por carecer de sustento jurídico y fáctico, por lo que solicita ser absuelta de los cargos formulados en su contra. Que no puede hacer nada diferente a cumplir la Constitución, la Ley y sus reglamentos, a cuyas disposiciones están sometidos también los afiliados.
- Que la petición encaminada a la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado no resulta procedente, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al RAIS, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.
- Que en materia de traslado de régimen pensional el precedente jurisprudencial ha mantenido una posición garantista en favor de los afiliados, que reúne los siguientes escenarios: el consentimiento informado del afiliado como deber desde la creación de las AFP; la inversión de la carga de la prueba en cabeza de los Fondos; interpretación del artículo 1604 del Código Civil que suscita que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva; respecto a la naturaleza de los demandantes considerando parte débil al afiliado lego; la orden de trasladar a la administradora del régimen de prima media los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, en muchos casos debidamente indexados y que la prescripción de la acción no opera de forma automática.
- Que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional, por lo cual, no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- Que a pesar de que los fondos privados trasladen a esa entidad la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que el actor permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado

a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas. Que, según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría y destacó que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

- Propuso las excepciones de mérito de: 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 y la innominada o genérica.

La demandada AFP PROTECCIÓN al contestar la demanda, a través de apoderado judicial manifestó:

- Que son ciertos los hechos relacionados a la fecha de nacimiento y que la actora a través de derecho de petición solicitó a esa entidad la entrega de los documentos relativos a su traslado al RAIS. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan o no son ciertos, pues el traslado fue libre y voluntario.
- Que se opone a las pretensiones pues todas las actuaciones de la AFP estuvieron sometidas al imperio de la ley y solo se puede reconocer prestaciones respaldadas por los presupuestos legales, resaltando que la afiliación a su entidad viene precedida de una asesoría profesional y transparente suministrada por agentes con capacitación y exposición a un estudio profundo del sistema general de pensiones.
- Que el RAIS es un sistema reglado en la ley y no puede alegarse desconocimiento para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información según lo contemplado en el artículo 9.º del Código Civil.
- Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige, solo el formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1.994, en concordancia con el artículo 3 de esta norma.
- Que el término para ejercer la acción de nulidad de la afiliación se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002.
- Propuso como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración y el descuento de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada contra la Sentencia del 08 de febrero de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto, de la afiliación de la señora Luz Ángela Pérez Russi a la Administradora de Fondo Pensiones y Cesantías Santander, hoy Protección S.A., suscrita el día 6 de febrero del año 2001, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar, que, para todos los*

*efectos legales, el traslado al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad, no surte efecto.*

*SEGUNDO: ORDENAR, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver al sistema todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos, intereses, como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud, del regreso automático al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por Colpensiones.*

*TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que, una vez la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda, aceptar el traslado de la demandante señora Luz Ángela Pérez Russi del Régimen De Ahorro Individual al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida.*

*CUARTO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado en caso de que se hubieren causado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 de 1993 en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio, siguiendo las reglas del artículo 963 del Código Civil, llegado el caso a indexar dichos valores.*

*QUINTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante, Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.*

*SEXTO: REMITIR el presente expediente a la Oficina Judicial para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que se emitió una decisión, en contra de los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES”.*

## **2.2. Fundamento de la Decisión.**

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

- Que se tienen como hechos ciertos que la demandante se afilió inicialmente al ISS a partir del 1. ° de agosto de 1.988, antes de la vigencia de la Ley 100; que el 06 de febrero de 2.001 solicitó su traslado al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. y que ante las entidades demandadas solicitó su retorno o traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, lo cual fue resuelto de manera negativa por parte de estas.

- Que el litigio se fijó en determinar si a la demandante le asiste el derecho al traslado o retorno del RAIS al RPMPD, para lo que se entra a verificar si el traslado que se produjo entre regímenes surtió efecto o por el contrario, es ineficaz, inexistente o nulo, frente a lo cual ese despacho sostiene una tesis positiva, teniendo en cuenta que la demandada PROTECCIÓN S.A. no acreditó haber suministrado a la actora la información necesaria para lograr la mayor transparencia al momento del traslado a través de elementos de juicios claros y objetivos que le permitieran escoger las mejores opciones del Sistema General de Seguridad Social en pensiones.

- Estudió la validez de la afiliación a los regímenes del sistema general de pensiones, a partir del análisis de las características del mismo dispuestas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, con especial énfasis en los literales: a) relativo a la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, b) que versa sobre la afiliación a uno u otro régimen pensional de forma libre y voluntaria, c) que consagra el derecho de los afiliados al reconocimiento y pago de las prestaciones, así como de las pensiones de invalidez, vejez y muerte, d) que estipula que la afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la ley y e) en el cual según la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 del año 2.003 se señala que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen del cual quiere trasladarse, y no podrá cambiar de régimen pensional cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.

- Resaltó los artículos 271 y 272 ibídem, en los que se establecen las consecuencias de atentar contra el derecho de afiliación de forma libre y voluntaria, se advierte que cuando se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral esta quedara sin efecto y podrá realizarse nuevamente, y que el Sistema Integral de Seguridad Social no tendrá aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, siendo aplicables los principios del derecho laboral establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

- Señaló que el principio fundamental del consentimiento libre e informado surge de las características del Sistema General de Pensiones y del deber de información de la entidades administradoras de fondos de pensiones como instituciones financieras, a partir del cual los afiliados al Sistema están facultados para escoger libremente a que régimen se afilian, sin embargo si este carece de alguna de sus solemnidades, contiene un vicio en su producción, se realizó sin una debida información o con ausencia de esta, será posible declarar la ineficacia de los efectos de la afiliación o traslado.

- Destacó que la consecuencia por existir un vicio de consentimiento o una debida información o ausencia de esta al momento del traslado entre regímenes pensionales, es la ineficacia, como se señala en la sentencia SL 4360 de 2.019 de la Sala Labora de la Corte Suprema de Justicia.

- Que las administradoras de fondos de pensiones tienen la exigencia del cuidado de los intereses de quienes las elijan, el cual inicia desde las etapas previas y preparatorias para la formalización de la afiliación, durante la misma y cuando se tenga el derecho del disfrute de las prestaciones, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

- Que se entiende que dichas entidades tienen la obligación de prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones con fundamento en el artículo 48 constitucional, desarrollado en los artículos 90 y siguientes de la ley 100 de 1993, así como en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1.994, obligaciones que se deben cumplir de acuerdo a los establecido en el artículo 1603 del Código Civil y resaltó que las administradores de Fondo de pensiones tiene la carga probatoria para este caso, por lo que trajo a colación la sentencia del radicado 46292 del 18 de octubre de 2.017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia SL1452 del 2.019.

- Recordó las etapas históricas del deber de información: deber de información necesaria, deber de asesoría y buen consejo y finalmente el deber de doble asesoría; el cual ha sido más riguroso con el transcurrir del tiempo e indicó que teniendo en cuenta que el traslado de la demandante se produjo en el mes de febrero de 2.001, se resalta la primera de las etapas mencionadas, señalando que la misma inicia conforme a lo consagrado en el artículo 97 del Decreto 663 del 93, en donde se estableció que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizan, y que en el artículo 11 del Decreto 692 de 1.994 se estableció la obligación de que siempre que se realice afiliación a fondo de pensiones o traslado del RPMPD al RAIS se hace necesario suscribir formulario de afiliación, pero como se dijo en sentencia SL1452 del año 2019, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente prueba para acreditar el cumplimiento del deber de información.

- Al descender al caso concreto, sostuvo que se observa que se aportó al plenario el formulario de vinculación de la actora a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., del 06 de febrero de 2.001, el cual aceptan las partes fue suscrito de manera libre y voluntaria por la demandante, en donde se dejó plasmado que el traslado al RAIS se dio de manera voluntaria, esto es que se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, lo que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio allegado y se tiene que PROTECCIÓN S.A. no aportó elemento probatorio que acreditara que en este caso en particular suministró a la demandante la información necesaria y relevante

que llevara consigo la migración del régimen pensional bajo postulados claros y objetivos.

- Que del análisis del material probatorio se observa que el fondo de pensiones demandado no allegó pruebas relacionadas con la obligación que le asistía para el momento del traslado entre regímenes pensionales y bajo estas circunstancias no es posible analizar que a la demandante le fue suministrada la información que comprende las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute de una posible pensión, advirtiéndose las ventajas y desventajas de dicho traslado con el fin de que pudiera tomar la mejor opción para sus intereses, lo que en virtud de la carga dinámica de la prueba y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia le correspondía acreditar a PROTECCIÓN S.A.

- Resaltó que la viabilidad del retorno al RPMPD no depende de situaciones particulares como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2.002 y C-1024 DE 2.004 porque conforme a la jurisprudencia actual la violación al deber de información puede darse si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiaria del régimen de transición, o está cerca o no de cumplir la edad para pensionarse.

- Indicó que por lo expuesto el traslado del RPMPD al RAIS de la actora no surte efectos y teniendo en cuenta que esto conlleva el retorno de la accionante al RPMPD en su estado original, se emiten las ordenes correspondientes para la devolución de todos los valores que hubiere recibido la pasiva con motivo de la afiliación del demandante y por el incumplimiento al deber de información que le asistía se le condena asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado para la pensión de vejez siguiendo las reglas del artículo 963 del Código Civil y conforme a la sentencia SL 5686 del año 2.021 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- Señaló que por lo anterior despacha desfavorablemente las excepciones de mérito planteadas y respecto a la prescripción alegada manifestó que no procede para esta clase de pretensión por ser inherente al derecho fundamental de seguridad social.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada PROTECCION:**

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que solo sea ordenada la devolución de los aportes y que no se debe ordenar la devolución conjunta de los rendimientos y de la comisión de administración, toda vez que se tratan de prestaciones ya acaecidas por lo que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a las buenas gestiones de su representada, que a su vez cobro una comisión para hacer rentar dichos dineros, por lo tanto son conceptos excluyentes y no se pueden devolver al afiliado, pues se estaría desconociendo el trabajo que durante años realizó el Fondo, vulnerando los derechos de las restituciones mutuas con frutos, intereses y mejoras, y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual presidida siempre por la buena fe.

#### **3.2 De la parte demandada COLPENSIONES:**

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no es posible aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2.003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, porque contaba con la edad requerida para pensionarse al momento de la admisión de la demanda.

- Que la declaratoria de ineficacia no resulta procedente teniendo en cuenta que el traslado goza de plena validez, ya que la demandante lo realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1.993 y según el artículo 48 de la Ley 1328 de 2.009, y esa entidad no intervino al momento en que se brindó información al actor.

- Que la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2.004, resalta que el límite legal para trasladarse entre regímenes es razonable y admisible para el fin perseguido, que es evitar la descapitalización del régimen de prima media y defender la equidad del reconocimiento de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad.

- Que la actora ha estado afiliada al RAIS por más de 20 años, ratificando su conformidad de permanencia en dicho régimen.

- Reiteró la excepción de prescripción.

#### **4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

#### **5. ALEGATOS**

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

##### **• PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la actora solicitó confirmar la decisión de primera instancia, acorde al precedente jurisprudencial.

##### **• PARTE DEMANDADA**

El apoderado de PROTECCIÓN expuso que dicha entidad actúa sometida al imperio de la Ley, reconociendo las prestaciones previamente consagradas por el legislador; señala que la Ley 100 de 1993 consagró dos regímenes pensionales diferentes, reglamentando sus especificidades y diferencias por lo que la ignorancia de la ley no puede servir como excusa para incumplirla; que cuando se realizó el traslado de RPM al RAIS no existían los requisitos que ahora la jurisprudencia exige y solo se estableció el formulario como prueba solemne de la libre voluntad. Que en todo caso hay inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, dado que es un descuento de causa legal y cuyos efectos se pueden evidenciar en el resultado de rendimientos financieros de la cuenta, generándose la respectiva contraprestación como exige el artículo 1746 del código civil. Que de mantenerse esta condena se estaría generando un enriquecimiento sin causa en detrimento de PROTECCIÓN, privilegiando de manera injustificada a una de las partes y omitiendo dar lugar a las restituciones mutuas; lo que también sucede con el descuento por seguro previsional.

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que esa entidad no está llamada a aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta que ha actuado conforme a las normas legales vigentes para el presente caso pues no era dable aceptar por vía administrativa dicha solicitud pues debe demostrarse el vicio del consentimiento en el acto de traslado por el cual tenía plena libertad para decidir cuál sistema le era más favorable; por lo anterior, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez. Agrega que se deben negar las pretensiones para evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual, pues los aportes del actor no han logrado una rentabilidad en el fondo público. También solicita que se acceda a la prescripción.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de la señora LUZ ANGELA PEREZ RUSSI del RPMPD al RAIS realizado a través de la A.F.P. SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

## **8. CONSIDERACIONES**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora LUZ ANGELA PEREZ RUSSI del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que desde la creación de las A.F.P. estas tenían el deber de suministrar información suficiente a los usuarios y a sus afiliados para que al momento de solicitar la afiliación a dichas entidades existiera un consentimiento informado que fuera realmente libre y voluntario, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario, por lo que en ausencia de prueba que demostrara que efectivamente se brindó la debida información al demandante, consideró que el traslado entre regímenes no surtió efecto, por lo que ordenó la devolución de los aportes que el actor hizo al RAIS, con sus frutos e intereses, debiendo asumir el régimen privado de pensiones las mermas que haya sufrido dicho capital.

Conclusión a la que se opone COLPENSIONES por estimar que la actora tenía capacidad para decidir su traslado, ya paso la edad permitida para trasladarse de régimen pensional y no es posible imponer esta consecuencia porque se genera una descapitalización del RPMPD. Por otra parte, PROTECCIÓN S.A. advierte que no es procedente devolver conjuntamente los valores descontados por comisión de administración y los rendimientos, por tratarse de prestaciones acaecidas, porque se desconocería el trabajo realizado por esa administradora y se vulnerarían los derechos de restituciones mutuas e igualdad de trato en la relación contractual.

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

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

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

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

*ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.*

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PROTECCIÓN S.A.; pues argumenta el demandante que al suscribir el formulario no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que el día 01 de agosto de 1.988 se afilió al RPMPD a través del ISS y que se trasladó al RAIS el 06 de febrero de 2.001, debido a que fue inducida al error por los asesores del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN.

Del expediente se puede evidenciar que la actora estuvo inicialmente afiliada al RPMPD a través del ISS desde el 01 de agosto de 1.988, en donde cotizó 429,29 semanas y que mediante solicitud de vinculación N° 5204534 de fecha 06 de febrero de 2.001, se trasladó al RAIS a través del Fondo de Pensiones y Cesantías SANTANDER, régimen en donde desde febrero de 2.001 al 13 de diciembre de 2.019 había cotizado 954,43 semanas, así mismo, se aprecia en el documento de solicitud de vinculación, junto a la firma de la demandante, la manifestación preinsertada al formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia.

Lo primero a destacar es que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SANTANDER fue vendida al GRUPO ING en 2.007, quien en 2.013 se fusionó con la

A.F.P. PROTECCIÓN<sup>1</sup>; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación de la actora a la aquí demandada.

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

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A. brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el año 2.001 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía el referido con su traslado.

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

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

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un

---

<sup>1</sup> Ver reporte en prensa:

[https://www.elcolombiano.com/historico/proteccion\\_prepara\\_cambio\\_de\\_imagen\\_tras\\_la\\_fusion\\_con\\_ing-FDec\\_223547](https://www.elcolombiano.com/historico/proteccion_prepara_cambio_de_imagen_tras_la_fusion_con_ing-FDec_223547)

ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la actora, se ha concluido que PROTECCIÓN S.A. incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el año 2.001, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que 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. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***

*Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al*

sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

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

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

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que 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 RPM administrado hoy por COLPENSIONES.

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

“Según este artículo, **declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación.** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

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

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

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

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 2.001 en esa entidad.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio y PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones y ejerció su actividad procesal contra las mismas, por lo que resulta ser vencida en este asunto y contra ella procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 08 de febrero de 2.022. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada una de las demandadas.

## **9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

### **RESUELVE:**

**Primero: Confirmar** la sentencia de fecha 08 de febrero de 2.022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**Segundo: Condenar en costas** de segunda instancia a la parte demandada PROTECCION S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**



**ELVER NARANJO**  
**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



---

Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

|                          |                                                                                                                         |
|--------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                                                                                                |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-002-2020-00281-01                                                                                          |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.704                                                                                                                  |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | MERCEDES TOSCANO PLATA                                                                                                  |
| <b>DEMANDADO:</b>        | ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES |

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 9 de febrero de 2022 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

La señora MERCEDES TOSCANO PLATA por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR S.A, solicitando que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen que realizó la actora el 1 de agosto de 1995 del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por la indebida y nula información que suministro el fondo privado a mi poderdante, para convencerla que se trasladara de régimen especial, dando aplicación al precedente judicial correspondiente y se ordene a la demandada A.F.P. PORVENIR trasladar sus aportes a COLPENSIONES, que debe recibirlos y validar la afiliación sin solución de continuidad con actualización de su historia laboral. Subsidiariamente solicita la reparación de perjuicios a cargo de PORVENIR por incumplir su deber de información, para que reconozca la pensión de vejez en igual términos al que hubiera correspondido en el régimen de prima media.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que nació el 23 de febrero de 1964, cumpliendo la edad mínima requerida en el régimen de prima media desde el año 2021 y desde el 17 de mayo de 1984 se afilió al entonces I.S.S. – hoy Colpensiones.
- Que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a PORVENIR el 1 de agosto de 1995 mediante una aparente decisión libre y voluntaria, que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad.
- Que desde entonces ha venido cotizando al Régimen de Ahorro Individual por 611 semanas para un total de 983 semanas, tras lo cual reclamó solicitud de simulación de pensión de vejez, pero le contestaron no tenía suficiente saldo para financiar más que una pensión mínima, mientras en COLPENSIONES con su IBL equivale a \$2.248.705, lo que equivaldría a una pensión de \$1.449.227.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que se opone a las pretensiones pues la parte accionante no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al RAIS desde mayo de 1996 y se mantiene a la fecha, lo que se surtió conforme al principio de libre escogencia y afiliación, debiendo demostrarse afectación a los requisitos de existencia y validez de la afiliación de que trata el artículo 1502 del Código Civil, los cuáles no se desprenden de lo indicado en la demanda y las pruebas anexas no permiten inferir la existencia de vicios sobre su afiliación.
- Indicó que se opone a que se ordene el traslado la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, porque la parte accionante no puede desconocer su traslado de forma voluntaria y sin presión al RAIS; sin perjuicio de lo cual, resalta que COLPENSIONES no se tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la hoy demandante, quien fue de manera libre y voluntaria, quien tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión.
- Que son ciertos los hechos verificables en la documental, como que la demandante estuvo afiliada al extinto ISS y que por su edad ya no puede trasladarse de régimen. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan y son susceptibles de la fijación del litigio, por tratarse de circunstancias fácticas y jurídicas ajenas a dicha entidad.
- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.
- Expuso que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- También señaló que reconocer la nulidad del traslado solicitada y trasladar la totalidad de los aportes a esa entidad, atenta contra la estabilidad del sistema pensional colombiano, pues al permitírsele dicho traslado al demandante después de vencida la oportunidad legal para ello, transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la precitada norma. Así mismo, que a pesar de que los fondos privados trasladen la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que este permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional y según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.
- Propuso las excepciones de mérito de: 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, sugerir un 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.

La demandada AFP PORVENIR al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos, que los mismos deben probarse y las pretensiones de la demanda deben negarse, indicando que se atiene a lo revelado en el formulario de traslado donde la demandante firmó que su decisión fue libre y espontánea, recibiendo información pertinente y que en todo caso la entidad informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen, enviando los extractos trimestrales y reportando a través de medios de comunicación.
- Que se opone a las pretensiones pues no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial; indicando que en todo caso cualquier nulidad debe generar las restituciones mutuas correspondientes y esta equivalencia debe ser garantizada. Igualmente indicó que tan consiente y válida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección, y no lo hizo.
- Que debe considerar el despacho que la demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.
- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.
- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada contra la Sentencia del 9 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**“PRIMERO:** Declarar la ineficacia en el sentido en el sentido estricto de la afiliación de la señora Mercedes Toscano Plata a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir SA suscrita el día 30 julio de 1995 por los motivos expuestos, en consecuencia declarar que para todos los efectos legales el traslado al régimen de ahorro individual consolidada no surte efecto.

**SEGUNDO:** Ordenar a la Administradores De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir SA a devolver al sistema todos los valores que hubiera recibido como motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, suma adicional de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil, esto es los rendimientos que se hubieren causado en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida.

**TERCERO:** Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que una vez Porvenir SA de cumplimiento a lo ordenado en esta decisión, proceda aceptar el traslado de la demandante Mercedes Toscano Plata del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.

**CUARTO:** Condenar a la Administradora De Fondos Y Pensiones Porvenir SA a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado, esto es las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensiones de vejez por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93 en que se hubieren incurrido, los cuales serán asumidos por su propio patrimonio siguiendo las reglas del artículo 963 del código civil e inclusive de manera indexada.

**QUINTO:** Condenar en costas a la parte demandada Porvenir SA, fijando como agencias en derecho a favor de la parte demandante la suma de tres (1) salario mínimos legal mensual vigente.

**SEXTO:** Remitir el presente expediente a la oficina judicial para que surta el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.”

## **2.2. Fundamento de la Decisión.**

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

- Que se tienen como hechos ciertos que la actora se vinculó al Sistema General de Pensiones a través del RPMPD en el mes de mayo de 1984, en el cual estuvo hasta agosto de 1995, momento en que se trasladó al RAIS administrado hoy por PORVENIR S.A. al cual se encuentra afiliada, así como que el 19 de febrero de 2020 elevó solicitud de retorno al RPMPD ante las entidades demandadas, sobre lo cual obtuvo una respuesta negativa.

- Que el litigio se fijó en determinar si a la demandante le asiste el derecho al retorno o traslado del RAIS al RPMPD, para lo que se entra a verificar si el traslado que se produjo entre regímenes surtió efecto o es ineficaz, inexistente o nulo, frente a lo cual ese despacho sostiene una tesis positiva y accede a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que la demandada PORVENIR S.A. no acreditó haber suministrado a la actora la información necesaria para lograr la mayor transparencia al momento del traslado a través de elementos de juicios claros y objetivos.

- Estudió la validez de la afiliación a los regímenes del sistema general de pensiones, a partir del análisis de las características del mismo dispuestas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con especial énfasis en los literales: a) relativo a la obligatoriedad de la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, b) que versa sobre la afiliación a uno u otro régimen pensional de forma libre y voluntaria, c) que consagra el derecho de los afiliados al reconocimiento y pago de las prestaciones, así como de las pensiones de invalidez, vejez y muerte, d) que estipula que la afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la ley y e) en el cual según la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 del año 2.003 se señala que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen del cual quiere trasladarse, y no podrá cambiar de régimen pensional cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.

- Resaltó los artículos 271 y 272 ibídem, en los que se establecen las consecuencias de atentar contra el derecho de afiliación de forma libre y voluntaria, se advierte que cuando se impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral esta quedara sin efecto y podrá realizarse nuevamente, y que el Sistema Integral de Seguridad Social no tendrá aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, siendo aplicables los principios del derecho laboral establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

- Destacó que la consecuencia por existir un vicio de consentimiento o una debida información o ausencia de esta al momento del traslado entre regímenes pensionales, es la ineficacia, como se señala en la sentencia SL4360 de 2019 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- Señaló que las administradoras de fondos de pensiones tienen la exigencia del cuidado de los intereses de quienes las elijan, el cual inicia desde las etapas previas y preparatorias para la formalización de la afiliación, durante la misma y cuando se tenga el derecho del disfrute de las prestaciones, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

- Que se entiende que dichas entidades tienen la obligación de prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones con fundamento en el artículo 48 constitucional, desarrollado en los artículos 90 y siguientes de la ley 100 de 1993, así como en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1.994, obligaciones que se deben cumplir de acuerdo a lo establecido en el artículo 1603 del Código Civil y resaltó que las administradores de Fondo de pensiones tiene la carga probatoria para este caso, por lo que trajo a colación la sentencia del radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia SL1452 del 2019.

- Recordó las etapas históricas del deber de información: deber de información necesaria, deber de asesoría y buen consejo y finalmente el deber de doble asesoría; el cual ha sido más riguroso con el transcurrir del tiempo e indicó que teniendo en cuenta que el traslado de la demandante se produjo en el mes de agosto de 1995, se resalta la primera de las etapas mencionadas, señalando que la misma inicia conforme a lo consagrado en el artículo 97 del Decreto 663 del 93, en donde se estableció que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizan, y que en el artículo 11 del Decreto 692 de 1.994 se estableció la obligación de que siempre que se realice afiliación a fondo de pensiones o traslado del RPMPD al RAIS se hace necesario suscribir formulario de afiliación, pero como se dijo en sentencia SL1452 del año 2019, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente prueba para acreditar el cumplimiento del deber de información.

- Al descender al caso concreto, sostuvo que se observa que se aportó al plenario el formulario de afiliación o vinculación de la actora al Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., de fecha 30 de julio de 1995, con el que se trasladó del RPMPD al RAIS, en el cual se dejó plasmado que su traslado se dio de manera voluntaria y sin presiones, quedando encasillado en la primera etapa referida previamente, bajo lo cual concluye que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio allegado y que en virtud de la carga de la prueba en cabeza de PORVENIR S.A., se tiene que esa entidad no aportó elemento probatorio que acreditara que en este caso en particular suministró a la demandante la información necesaria y relevante que llevara consigo la migración del régimen pensional bajo postulados claros y objetivos.

- Que del análisis del material probatorio se observa que el fondo de pensiones demandado únicamente allegó pruebas documentales que dan cuenta de los aportes efectuados por la demandante y el movimiento individual de los mismos, omitiendo la entrega de información suficiente a la que estaba obligado, bajo los términos expuestos en la jurisprudencia.

- Resaltó que la viabilidad del retorno al RPMPD no depende de situaciones particulares como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencias C-789 de 2.002 y C-1024 DE 2.004 porque conforme a la jurisprudencia actual la violación al deber de información puede darse si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiaria del régimen de transición, o está cerca o no de cumplir la edad para pensionarse.

- Indico que por lo expuesto el traslado del RPMPD al RAIS de la actora no surte efectos y teniendo en cuenta que esto conlleva el retorno de la accionante al RPMPD en su estado original, se emiten las ordenes correspondientes para la devolución de todos los aportes que hubiere recibido la pasiva con motivo de la afiliación de la demandante y por el incumplimiento al deber de información que le asistía se le condena asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado para la pensión de vejez conforme a la sentencia con radicación 31989 del 09 de septiembre de 2.008 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- Respecto a la prescripción alegada manifestó que no procede para esta clase de pretensión por ser inherente al derecho fundamental de seguridad social.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada PORVENIR:**

La apoderada de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que la sentencia se debe revocar porque resulta en contravía del inciso final del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, pues como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

- Que, si bien es cierto, con la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos se busca retrotraer los efectos del mismo como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones como son las situaciones jurídicas consolidadas y los hechos consumados, y para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que las aseguradoras ya prestaron sus servicios, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

- Que de acuerdo a un reciente ejercicio efectuado por ASOFONDOS, los rendimientos en el RAIS corresponden aproximadamente al 74% del capital acumulado por un afiliado, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado a incrementado su capital, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frete los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, porque de mantenerse la decisión se afectaría de manera injustificada su patrimonio y se aumentaría de forma injusta el patrimonio de COLPENSIONES y de sus afiliados, y es deber de la judicatura velar por la protección patrimonial de las instituciones que conforman de seguridad social.

#### **3.2 De la parte demandada COLPENSIONES:**

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no es posible aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por faltarle menos de 10 años para cumplir su edad de jubilación al momento de la admisión de la demanda.

- Que la declaratoria de nulidad no resulta procedente teniendo en cuenta que el traslado goza de plena validez, ya que la demandante lo realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en la Ley 100 de 1.993 y según la Ley 1328 de 2.009, y esa entidad no intervino al momento en que se brindó información a la actora.

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

defender la equidad del reconocimiento de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad.

- Reiteró la excepción de prescripción.

#### **4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

#### **5. ALEGATOS**

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

##### **• PARTE DEMANDANTE:**

La apoderada judicial de la actora solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Ley 100, que destaca en su literal b) que la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, pues de lo contrario «la afiliación respectiva quedará sin efecto», la cual debe ser precedida de información clara, tal y como ha adocinado la Corte Suprema de Justicia y el artículo 271 ibidem.

Que el traslado de la actora se dio sin consentimiento informado, el cual efectivamente debe de estar presente ante una decisión tan trascendental para una persona, como es su futuro pensional, que es el que viene a garantizar la vejez, y calidad de vida de los afiliados. Que respecto a la falta de información existe importante jurisprudencia y en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia desde 2.008 y hasta el 2.020, donde se ha venido ampliando y reiterando en debida forma, que la suscripción del formulario de afiliación por parte de afiliado por sí solo, no es prueba de que se realizó una debida asesoría y que la Corte ha establecido que la carga de la prueba en estos casos es del fondo privado teniendo en cuenta la profesionalización del mismo para esos temas

##### **• PARTE DEMANDADA:**

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, señalando que esa entidad no está llamada a aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta que ha actuado conforme a las normas legales vigentes para el presente caso pues no era dable aceptar por vía administrativa dicha solicitud pues debe demostrarse el vicio del consentimiento en el acto de traslado por el cual tenía plena libertad para decidir cuál sistema le era más favorable; por lo anterior, el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez. Agrega que se deben negar las pretensiones para evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual, pues los aportes del actor no han logrado una rentabilidad en el fondo público.

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de la señora MERCEDES TOSCANO PLATA del RPMPD al RAIS a través de la A.F.P. HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

## **8. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora MERCEDES TOSCANO PLATA del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., o si en su defecto, procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que desde la creación de las A.F.P. estas tenían el deber de suministrar información suficiente a los usuarios y a sus afiliados para que al momento de solicitar la afiliación a dichas entidades existiera un consentimiento informado que fuera realmente libre y voluntario, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario, por lo que en ausencia de prueba que demostrara que efectivamente se brindó la debida información a la demandante, consideró que el traslado entre regímenes no surtió efecto, por lo que ordenó la devolución de los aportes que la actora hizo al RAIS, con sus frutos e intereses, debiendo asumir el régimen privado de pensiones las mermas que haya sufrido dicho capital.

Conclusión a la que se opone COLPENSIONES por estimar que la actora tenía capacidad para decidir su traslado, que ya paso la edad permitida para trasladarse de régimen pensional y que no es posible imponer esta consecuencia porque se genera una descapitalización del RPMPD.

A esta conclusión también se opuso PORVENIR S.A. alegando que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, y deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su

devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

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

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

*objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.*

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

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

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

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PORVENIR S.A.; pues argumenta la demandante que su traslado no estuvo precedido de la suficiente ilustración, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace

necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliada al RPMPD desde el 17 de mayo de 1985 al 1 de agosto de 1995, donde alcanzó a cotizar un total de 372 semanas; tras lo cual se trasladó al RAIS con afiliación a la A.F.P. PORVENIR S.A que se realizó con solicitud de vinculación o traslado N° 00581730 del 30 de julio del mismo año, desde cuando ha sumado otras 611 semanas para un total de 983 semanas a marzo de 2020.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a PORVENIR S.A. de fecha 30/07/1995, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora MERCEDES TOSCANO PLATA no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de una ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

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

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó documento o prueba alguna que lo acreditara, y con las pruebas aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular del actor haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a la señora MERCEDES TOSCANO PLATA, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que como señala el artículo 1510 del Código Civil, lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son

desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la parte demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta de la actora, se ha concluido que PORVENIR S.A. incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS efectuado por la demandante en el año 2.008, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que 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, así como los valores descontados por seguro previsional, los cuáles están en custodia de las administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***

*Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que*

*todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*

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

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

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 2.008 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “*a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por el actor pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 9 de febrero de 2022. Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor del actor, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

## **9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 9 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**



**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

|                          |                                                                                    |
|--------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                                                           |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-003-2017-00425-01                                                     |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.780                                                                             |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | JOSE HELIBERTO IBARRA PEDRAZA                                                      |
| <b>DEMANDADO:</b>        | ESCORT SECURITY SERVICES LTDA<br>e INDUSTRIA NACIONAL DE<br>GASEOSAS – INDEGA S.A. |

Magistrada Ponente:

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada ESCORT SECURITY SERVICES LTDA en contra del auto dictado en audiencia del 28 de marzo de 2.022, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

**1. AUTO**

**1.1 ANTECEDENTES**

El señor JOSE HELIBERTO IBARRA PEDRAZA interpuso demanda ordinaria laboral contra ESCORT SECURITY SERVICES LTDA y de manera solidaria contra INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS “INDEGA S.A.”, pretendiendo que se declare que no ha recibido el pago por concepto del salario de la segunda quincena del mes de junio, ni de los 2 días laborados en julio de 2.017, que le adeudan las cesantías, intereses a las cesantías, sanción moratoria e indemnización por el no pago de cesantías del año 2.016, que igualmente le adeudan las cesantías e intereses a las cesantías, prima de servicios del segundo semestre y vacaciones del año 2.017 y por ende el pago de la sanción establecida en el artículo 65 del C.S.T. y que también le adeudan los aportes a seguridad social de los meses de agosto a diciembre de 2.016 y enero a junio más 2 días laborados en julio de 2.017.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que suscribió contrato laboral con ESCORT SECURITY SERVICES LTDA en el cargo de vigilante asignado a la empresa INDEGA S.A., el cual duro del 1. ° de junio de 2.016 al 02 de julio de 2.017, terminando por mutuo acuerdo, que tenía remuneración salarial variable que consistía en un básico equivalente al salario mínimo mensual legal vigente más horas extras y recargos y a la fecha de presentación de la demanda se le adeudaban los conceptos relacionados en las pretensiones.

Por auto del 31 de enero de 2.018 se admitió la demanda y se ordenó notificar a la parte demandada.

La demandada INDEGA S.A. a través de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de merito de prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y buena fe de la demandada INDEGA S.A., carencia de derecho reclamado, cobro de lo no debido, existencia de pruebas ciertas que desvirtúan la presunción de artículo 24 del CST. También presentó llamamiento en garantía de SEGUROS DEL ESTADO S.A., por la suscripción de la póliza que realizó SCORT SECURITY SERVICES LTDA para amparar el cumplimiento del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales derivadas del contrato de prestación de servicios N° PSL-0000305 de fecha 1. ° de junio de 2.016 que fue suscrito con esa entidad.

Por auto del 14 de agosto de 2.018 se ordenó el emplazamiento de la demandada ESCORT SECURITY SERVICES LTDA Y se designó como Curadora Ad Litem a la abogada MARISOL CABRALES BENITEZ. El Despacho profirió auto los días 22 de febrero, 08 de abril y 05 de agosto de 2.019 por medio de los cuales relevó y designo Curadora, finalmente por auto del 15 de enero de 2.020 designó en el cargo a la abogada DIANA MARITZA GARCIA MONTOYA, quien aceptó el cargo y se notificó de la demanda el 29 de enero de 2.020.

La Curadora Ad Litem de SCORT SECURITY SERVICES LTDA dio contestación a la demanda el 07 de febrero de 2.020, manifestando que no se opone a las declaraciones y condenas perseguidas pero que las mismas deben ser probadas y formuló la excepción previa de insuficiencia de poder respecto al otorgado por la parte demandante, porque allí no se detallan la segunda quincena del mes de junio y el pago de los dos días de salario de julio de 2.017, ni las prestaciones sociales. También presentó las excepciones de prescripción y la innominada.

Por auto del 03 de febrero de 2.021 se admitió la contestación de la demanda presentada por la Curadora Ad Litem y se aceptó el llamamiento en garantía de SEGUROS DEL ESTADO S.A.

SEGUROS DEL ESTADO S.A. a través de apoderado judicial contestó la demanda manifestando que se opone a las pretensiones y formuló las excepciones de ineficacia del llamamiento en garantía, inexistencia de solidaridad entre el tomador y la entidad asegurada, cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad particular N° 37-45-101021604, limites contractuales de sumas aseguradas y la innominada.

Por auto del 21 de febrero de 2.022 se admitió la contestación de la demanda presentada por SEGUROS DEL ESTADO S.A. y se señaló fecha para llevar a cabo audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento del proceso, fijación del litigio y decreto de pruebas.

En audiencia del 28 de marzo de 2.022 el Juzgado relevó del cargo a la Curadora Ad Litem debido a que la sociedad demandada se había vinculado al proceso y declaró no probada la excepción previa de insuficiencia de poder, frente a esto último interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el apoderado judicial de la demandada ESCORT SECURITY SERVICES S.A., la Jueza de Primera Instancia no repuso la decisión y concedió el recurso de apelación.

## **1.2 ANTECEDENTES RELEVANTES DEL AUTO IMPUGNADO**

### **1.2.1 Identificación del Tema de Decisión.**

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada ESCORT SECURITY SERVICES S.A. contra el auto dictado en audiencia del 28 de marzo de 2.022, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante el cual se declaró no probada la excepción previa de insuficiencia de poder.

### **1.2.2 Fundamento de la Decisión.**

La juez a quo, fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que el demandante le otorgó poder a la Dra. YEINNY FABIOLA ORTIZ GUERRERO para presentar demanda contra ESCORT SECURITY SERVICES LTDA e INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS – INDEGA S.A., con el fin de obtener el pago de la liquidación del contrato a término fijo del año 2.016 y 2.017, y la indemnización por el no pago de la liquidación del contrato de trabajo, reajuste en el pago de aportes al sistema de seguridad social, pago de cesantías y la moratoria por el no pago de cesantías.

- Que en el momento en que la parte demandante indicó en el poder que se estaba otorgando para obtener el pago de la liquidación del contrato de trabajo, debe entenderse que esta liquidación incluye el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados a la finalización del contrato de trabajo, en virtud de lo establecido en el artículo 65 del C.S.T., el cual impone la obligación al empleador de pagar a la finalización del contrato al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, por lo cual no se configura la excepción de insuficiencia de poder.

- Que se debe entender que se cumplió con los requisitos que artículo 74 del C.G.P. establece respecto al poder especial, dado que de la lectura del poder se puede entender que se reclama el pago de todo lo adeudado al momento de la terminación del contrato de trabajo al reclamarse la liquidación del mismo, lo que incluye salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás conceptos que debieron pagarse a la finalización del contrato.

## **2.RECURSO DE APELACIÓN**

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

- Que, aunque el poder contiene el mandato de la liquidación no detalla el tema salarial y el C.G.P. consagra que el poder debe contener de manera detallada los conceptos bajo los cuales se va a perseguir las pretensiones de una demanda.

## **3.ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de la oportunidad legal concedida, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

## **4.PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

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

¿Se encuentra debidamente acreditada la excepción previa de insuficiencia de poder que alega la curadora ad litem sobre los poderes conferidos por el actor a su apoderado?

## **5. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Teniendo en cuenta los antecedentes, es preciso concluir, que la providencia apelada es susceptible del recurso de apelación, según lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que decida sobre excepciones previas.*”

Así las cosas, el eje central del litigio radica en determinar si se encuentra debidamente acreditada la excepción previa de insuficiencia de poder; alegando la Curadora Ad Litem de la demandada ESCORT SECURITY SERVICES S.A., que en el poder otorgado por la parte demandante no se detallan la segunda quincena del mes de junio y el pago de los dos días de salario de julio de 2.017, ni las prestaciones sociales que fueron solicitadas en la demanda.

La juez a quo, resolvió que el poder otorgado por el demandante se hizo con el fin de obtener entre otras cosas el pago de la liquidación del contrato a término fijo del año 2.016 y 2.017, y dicha liquidación incluye el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados a la finalización del contrato de trabajo conforme a lo establecido en el artículo 65 del C.S.T.; conclusión a la que se opone el apoderado de la demandada citada por considerar que el poder no detalla el tema salarial y el C.G.P. consagra que este debe contener de manera detallada los conceptos bajo los cuales se van a perseguir las pretensiones de una demanda.

De conformidad con el artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y S.S., podrá proponerse como excepción previa: “4. *Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado*”, la cual fue alegada por la Curadora Ad Litem de la demandada ESCORT SECURITY SERVICES S.A. como insuficiencia de poder, argumentando que en el poder otorgado por la parte demandante no se detallan la segunda quincena del mes de junio y el pago de los dos días de salario de julio de 2.017, ni las prestaciones sociales que fueron solicitadas en la demanda.

Al respecto, debe señalarse que las excepciones previas son un medio de defensa que tiene la parte demandada para atacar situaciones jurídicas que impiden el avance adecuado del proceso y la resolución de fondo de las pretensiones, advirtiendo la Corte Constitucional en providencia C-820 de 2011 que son “*aquellas razones de defensa expuestas por el demandado, de naturaleza procedimental, mediante las cuales éste expresa su oposición a la demanda, **con base en la existencia de ciertos eventos que impiden el desarrollo del proceso.** Se trata de asuntos de previo trámite y pronunciamiento que propenden por el mejoramiento del procedimiento, de suerte que pueden llegar a suspender el proceso, e incluso a darlo por terminado. Dentro de esta clasificación desarrollada en el derecho procesal, a las excepciones previas se oponen las excepciones de mérito, que son igualmente razones de oposición a la demanda pero que atacan las pretensiones de la misma, es decir, se dirigen contra el fondo o sustancia del asunto que ocasiona el conflicto, y se resuelven en la sentencia*”.

El artículo 74 del C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento laboral por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T. y S.S., en su primer inciso señala: “... *El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.*”

Frente a la excepción previa invocada, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC11508-2015, Radicación n.º 11001-22-03-000-2015-01645-01, con ponencia del Magistrado ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO, señala: “*respecto a la indebida representación de las partes y concretamente cuando alude a los apoderados*

*judiciales **existe una clara restricción en cuanto a que esta causal sólo se configurará por ‘carencia total de poder para el respectivo proceso’ y que ‘sólo podrá alegarse por la persona afectada’, conforme a las exigencias del numeral 7 del artículo 140 e inciso tercero del 143 (...)**» (se resalta, CSJ STC, 26 feb. 2010, rad. 00017-01, reiterada en STC3383-2015, 25 mar. rad 00012-01).*”

Acorde a este parámetro jurisprudencial, concluye esta Sala que no se configura la excepción previa de indebida representación, pues no existe la referida carencia total de poder, debido a que el demandante si le otorgó a su apoderada judicial poder para presentar la demanda que dio inicio al presente proceso y ello hace inmediatamente improcedente dicha previa; aunado a esto, al revisar el poder objeto del presente proceso, se observa que dentro del texto del mismo se menciona que la demanda a interponer tiene como fin obtener el pago de la liquidación del contrato a término fijo del año 2.016 y 2.017, de la indemnización por el no pago de la liquidación del contrato de trabajo, del reajuste en el pago de aportes al sistema de seguridad social, del pago de cesantías y la moratoria por el no pago de las mismas, lo que coincide con lo solicitado en la demanda, entendiendo esta Sala que con esto se da cumplimiento al requisito contemplado en el primer inciso artículo 74 del C.G.P. sobre determinación e identificación clara del asunto, por lo que no existe una irregularidad para subsanar.

Fluye de lo expuesto que se confirmará el auto del 28 de marzo de 2.022, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

Finalmente, al no prosperar su recurso de apelación se condenará en costas de segunda instancia la demandada ESCORT SECURITY SERVICES S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$200.000 a favor del actor.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto impugnado del veintiocho (28) de marzo de dos mil veintidós (2.022), proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la demandada ESCORT SECURITY SERVICES S.A., fijar como agencias en derecho la suma de \$200.000 a favor del actor

**DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso para que se continúe con el trámite correspondiente.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES**  
Magistrada Ponente





**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
Magistrado



**ELVER NARANJO**  
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



---

Secretario



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

Cúcuta, Treinta y uno (31) de Mayo de Dos Mil Veintidós (2022)

|                          |                                   |
|--------------------------|-----------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>          |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-003-2018-00491-00    |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.522                            |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | HÉCTOR DARÍO CONTRERAS RODRÍGUEZ  |
| <b>DEMANDADO:</b>        | I.P.S. UNIPAMPLONA EN LIQUIDACIÓN |

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HÉCTOR DARÍO CONTRERAS RODRÍGUEZ contra I.P.S. UNIPAMPLONA EN LIQUIDACIÓN, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2018-00491-00, y Radicación interna N° 19.522 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 21 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor HÉCTOR DARÍO CONTRERAS RODRÍGUEZ, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra su empleador I.P.S. UNIPAMPLONA EN LIQUIDACIÓN, para que se ordene:

- El pago de las bonificaciones mensuales por \$250.000 adeudadas desde enero de 2016 a septiembre de 2017, con los intereses e indexación correspondiente.
- Se ordene la reliquidación de las prestaciones (prima, cesantías, vacaciones, intereses a cesantías, aportes a salud y pensión) incluyendo esta bonificación.
- Se imponga indemnización por despido injusto imputable al empleador.
- Se ordene el pago de dotación por el periodo de 2017.
- Se condena a indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.
- Se ordene la indexación de todas las sumas ordenadas.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que el señor HÉCTOR CONTRERAS era trabajador de la IPS UNIPAMPLONA mediante contrato de trabajo a término definido desde el 1 de septiembre de 2013 como Facturador, devengando el salario mínimo vigente y una bonificación adicional de \$200.000 mensuales, pactada en el acápite 9 del contrato. Que sin justa causa la entidad dejó de cancelar las bonificaciones desde enero de 2016 hasta la

terminación ocurrida el 30 de septiembre de 2017, lo que está reconocido y certificado por la entidad.

- Que además estos pagos fueron exceptuados de ser factor salarial pese a retribuir directamente el servicio, y el 27 de septiembre de 2017 le fue comunicada la terminación unilateral sin justa causa, solo logrando mediante tutela que cancelara los salarios y liquidación adeudada, pero no canceló indemnización por despido injusto y sanción moratoria, dado que hizo el pago hasta el 22 de diciembre de 2017.

La demanda fue inicialmente presentada ante los Jueces Municipales de Pequeñas Causas Laborales, siendo admitida en auto del 25 de junio de 2018 por el Juzgado Segundo.

La demandada I.P.S. UNIPAMPLONA contestó la demanda:

- Aceptando el contrato de trabajo y los extremos señalados, indicó que el salario era de \$600.000; negó la existencia de la bonificación como se indicó, advirtiendo que conforme al contrato suscrito la actora percibía un beneficio extralegal no constitutivo de salario que ascendió a \$200.000, acorde al artículo 15 de la Ley 50 de 1990 y que se dejaron de pagar porque el demandante no allegaba los indicadores requeridos para realizar ese pago.
- Que no se reconocen en la certificación, aunque para 2016 ascendían a \$250.000 se dejaron de pagar por culpa del trabajador y la terminación del contrato obedeció a la justa causa del literal e del artículo 61 del C.S.T y el 21 de diciembre de 2017 se consignó el saldo adeudado por \$3.526.835 comprendiendo cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotación y salarios adeudados de 2017. Propone como excepciones BUENA FE DEL EMPLEADOR, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE INDEMNIZACIÓN MORATORIA, PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES y PRESCRIPCIÓN.

La parte demandante presentó reforma de la demanda, donde adicionó como hechos que existió una moratoria desde abril de 2017 hasta el 23 de enero de 2018 en el pago de los salarios y liquidación final de prestaciones, por la cual se hace procedente exigir el pago de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y además el contrato fue terminado de manera unilateral y colectivamente, sin permiso del Ministerio del Trabajo para este acto, debiendo condenarse también a reconocer indemnización por despido sin justa causa

En audiencia del 30 de octubre de 2018, se admitió la contestación y ante la reforma de la demanda, se dispuso remitir a los Jueces Laborales del Circuito por ascender la cuantía de su competencia; siendo asignada al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta que avocó conocimiento en auto del 4 de diciembre de 2018 y corrió traslado de la reforma de la demanda, sin que la demandada se pronunciara al respecto.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 21 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción en la forma explicada en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la IPS UNIPAMPLONA EN LIQUIDACION a reconocer y pagar al demandante la suma de \$5.250.000, por concepto de bonificaciones causadas, desde enero del 2016 hasta septiembre del 2017.

TERCERO: CONDENAR a la IPS UNIPAMPLONA EN LIQUIDACION a reajustar las prestaciones sociales, vacaciones causadas a favor del demandante HECTOR DARIO CONTRERAS RODRIGUEZ, incluyendo como bonificación la percibidas durante la vigencia del contrato, correspondientes a lo siguiente:

| AÑO     | FACTOR SALARIAL | DÍAS LABORADOS | CESANTÍAS  | INTERESES CESANTÍAS | PRIMAS SERVICIO | VACACIONES |
|---------|-----------------|----------------|------------|---------------------|-----------------|------------|
| 2013    | \$ 200,000      | 120            | \$ 66,667  |                     |                 |            |
| 2014    | \$ 200,000      | 360            | \$ 200,000 |                     |                 |            |
| 2015    | \$ 200,000      | 360            | \$ 200,000 | \$ 24,000           | \$ 100,000      | \$ 100,000 |
| 2016    | \$ 250,000      | 360            | \$ 250,000 | \$ 30,000           | \$ 250,000      | \$ 125,000 |
| 2017    | \$ 250,000      | 270            | \$ 187,500 | \$ 16,875           | \$ 187,500      | \$ 93,750  |
| TOTALES |                 |                | \$ 904,167 | \$ 70,875           | \$ 537,500      | \$ 318,750 |

CUARTO: CONDENAR a la IPS UNIPAMPLONA EN LIQUIDACION a reconocer y pagar al demandante la indemnización por despido injusto consagrada en el Art 64 del C.S.T, correspondiente a la suma de \$3.379. 444.

QUINTO: CONDENAR a la IPS UNIPAMPLONA EN LIQUIDACION, a reconocer al demandante la sanción moratoria consagrada en el Art 65 del C.S.T, modificado por el Art 29 de la Ley 789 del 2002, desde el 30 de septiembre del 2017, hasta por un término de 24 meses, convenida al 30 de septiembre del 2019, en razón, de un salario diario de \$36.866; por la suma de \$26.544.000 a partir del 25 en el 1 de octubre del 2019, con intereses moratorios a la tasa máxima según la superintendencia financiera, hasta cuando sea efectivo el pago o finalice la existencia jurídica de la IPS UNIPAMPLONA EN LIQUIDACION, pagos que únicamente operaran en intereses moratorios adeudados, por bonificaciones y reajuste de prestaciones sociales.

SEXTO: CONDENAR a la IPS UNIPAMPLONA EN LIQUIDACION, a reconocer la indexación, de reajuste de vacaciones e indemnización por despido.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la IPS UNIPAMPLONA EN LIQUIDACION.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el problema jurídico gira en torno a determinar si el actor tiene derecho al pago de bonificaciones causadas entre enero de 2016 a septiembre

de 2017 por \$250.000 mensuales, con incidencia salarial para reliquidar prestaciones, indemnización por despido injusto, dotación, moratoria y costas; sin que sea un hecho discutido que existió un contrato de trabajo entre las partes desde el 1 de septiembre de 2013 que finalizó el 30 de septiembre de 2017 por terminación unilateral del empleador por liquidación de la entidad.

- Respecto de las bonificaciones que se reclaman, advierte que tienen su origen en una cláusula del contrato de trabajo que para 2016 las fijaba en una suma mensual de \$250.000, aceptando la demandada en el interrogatorio de parte y al contestar la demanda que por su situación económica dejó de cancelarlas desde enero de 2016, sin que se demostrara a la fecha su pago; aclara que si bien en fallo de tutela de primera instancia Rad. 2017-00185 fue ordenado el pago de salarios y bonificaciones adeudadas, en segunda instancia se revocó la orden de pagar bonificaciones por deberlas reclamar ante la jurisdicción ordinaria laboral y ante ello no hay efectos de cosa juzgada. Sin que haya operado la prescripción y evidenciado que se adeudan bonificaciones por total de \$5.250.000, se ordena su pago.

- Sobre el reajuste de prestaciones incluyendo esta bonificación como factor salarial, se evidencia que en la cláusula 9.2 del contrato donde se pactó se indicó que este beneficio no era constitutivo de salario conforme al artículo 128 del C.S.T.; existiendo criterio sentado por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, partida 18.556, donde se concluyó que la cláusula no tenía efectos por cuanto se dejó de pactar la esencia del pago y por ende se debe entender constitutivo de salario, conclusión aplicable a la presente y más aún al alegar la demandada que estas respondían a cumplimiento de metas. Procediendo la reliquidación solicitada, se ordena aplicando la prescripción respecto de prestaciones anteriores al 14 de diciembre de 2015 con excepción de las cesantías, acorde al recuadro expuesto en la parte resolutive.

- En cuanto a la indemnización por despido injusto, está demostrado que la demandada terminó unilateralmente el contrato de trabajo el día 30 de septiembre de 2017, como consecuencia de la liquidación de la IPS; pese a alegarse una causa legal, esta no puede confundirse con las justas causas que exoneran de indemnización y así lo ha dispuesto la jurisprudencia, por lo que ordena el reconocimiento de esta pretensión.

- Negó la pretensión de dotación de uniformes, pues jurisprudencialmente se ha indicado que el pago de compensación en dinero por dotaciones no entregadas es improcedente y debe demostrarse que se hayan causado perjuicios, lo que no sucedió.

- Respecto de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta en providencias como la citada previamente ha considerado que esta sanción no procede, alegando que se encuentra en un proceso de liquidación forzosa conforme el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, argumentando que por este trámite está en imposibilidad de cumplir las obligaciones vigentes; pero el Despacho se aleja de este criterio por cuanto no tiene en cuenta la naturaleza de la demandada y que su liquidación no es forzosa sino voluntaria, que como institución privada sin ánimo de lucro del subsector privado del sector salud, en el Decreto 1088 de 1991 estableció que estas pueden disolverse y liquidarse por *“Por falta de capacidad técnicoadministrativa, Insuficiencia patrimonial y de calidad tecnológica y científica que imposibilite la adecuada prestación del servicio público de salud”*, causal que acorde al Artículo 21 del Decreto 1088 de 1991 depende de un estudio de factibilidad verificado por la entidad vigilante que concedió la personería jurídica y verificado el trámite surtido por la demandada, acorde al Acta No. 70 dispuso la disolución y liquidación

voluntaria, lo que no puede equipararse a la obligatoria que le impida cumplir las obligaciones laborales, de manera que acorde a las características de la liquidación voluntaria está en plena capacidad sobre sus recursos y no evidencia buena fe en su actuación.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 Parte demandada**

El apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación, sustentado de la siguiente manera:

- Expone que controvierte la indemnización moratoria, indicando que acorde a las pruebas aportadas con la contestación de la demanda, la I.P.S. UNIPAMPLONA entró en liquidación no por el capricho de sus directivas sino por la crisis económica del sector salud, que llevó a adoptar esta decisión y por ende su actuación no ha sido de mala fe, dado que su crisis ha derivado del incumplimiento de terceros en sus obligaciones con ella y derivó en los impagos laborales, pese a lo cual se consignó en diciembre de 2017 el valor adeudado al trabajador. La entidad ha actuado de buena fe, cumpliendo en la medida de sus posibilidades económicas en el curso de la liquidación con las obligaciones laborales.

### **4. ALEGATOS**

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

#### **• PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la parte demandante indica que se presentó la demanda para que se reconozca la relación laboral con la IPS UNIPAMPLONA desde el 1 de septiembre de 2013, devengando un salario mínimo legal y pactando una bonificación mensual adicional de \$200.000, que fue dejado de cancelar injustificadamente desde enero de 2016 y a la terminación del contrato sin justa causa justificada en la liquidación sin autorización del Ministerio de Trabajo, adeudando para entonces un total de 21 bonificaciones y desconociendo su incidencia salarial, pese a retribuir el servicio continua y permanentemente. Advierte que en el interrogatorio de parte se aceptó la ausencia de autorización del Ministerio para el despido, que se dejó de pagar la bonificación y por lo tanto hubo mala fe en su actuar, acertando la a quo al encontrar confesión en la naturaleza salarial de la bonificación. Que es importante el reconocimiento de la terminación sin justa causa pues la demandada confunde las causas legales para negar la indemnización correspondiente y finalmente, refiere que debe confirmarse la sanción moratoria, pues es evidente la mala fe del empleador que aprovecha la liquidación voluntaria para desconocer derechos laborales.

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

### **5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

### **6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Procede a favor del señor HECTOR CONTRERAS la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. por impago de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral a cargo de I.P.S. UNIPAMPLONA?

## **7. CONSIDERACIONES:**

Dentro del presente trámite ordinario, el señor HÉCTOR DARÍO CONTRERAS RODRÍGUEZ interpuso demanda contra su empleador IPS UNIPAMPLONA, para el reconocimiento de bonificación o beneficio extralegal adeudado desde enero de 2016 a septiembre de 2017, se reliquidaran las prestaciones por su incidencia salarial, se ordenara el pago de dotación y para que se condenara por sanción moratoria debido a la demora en el pago de salarios y su liquidación final de prestaciones, así como a indemnización por despido injusto.

Al respecto, la jueza *a quo* determinó procedente la mayoría de las pretensiones, evidenciando el impago de las bonificaciones ordenó su pago y declaró ineficaz la cláusula de desalarización por vulnerar el artículo 128 del C.S.T., disponiendo la reliquidación de las prestaciones con su respectiva prescripción, negó el pago de dotación y condenó a indemnización por despido injusto y moratoria del artículo 65 del C.S.T.; presentando recurso de apelación la demandada exclusivamente por esta última condena, indicando que el incumplimiento de obligaciones no fue caprichoso, sino consecuencia de su estado de iliquidez debidamente demostrado.

Lo primero es señalar, que de conformidad con el principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.S.T, el debate en el presente asunto, se dirigirá exclusivamente a lo que fue objeto de impugnación, que en este caso se limita a determinar si era procedente condenar a la demanda I.P.S. UNIPAMPLONA a pagar en favor del demandante HÉCTOR DARÍO CONTRERAS RODRÍGUEZ la indemnización por falta de pago oportuno, prevista en el artículo 65 del C.S.T.; quedando en firme para la demandada todas las condenas que dejó de controvertir en su recurso y para el demandante la aplicación de la prescripción, la liquidación efectuada y las pretensiones negadas.

Conforme a lo anterior, se solicitó en la demanda que ante el retraso en el pago de salarios y la liquidación definitiva de prestaciones con la terminación del contrato se condenara al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., a lo que accedió el *a quo* al estimar que pese a estar demostrado el estado de liquidación de la empresa demandada, es procedente la condena por evidenciar mala fe en su demora para cancelar las obligaciones de la trabajadora y que la liquidación es voluntaria y no forzada, debiendo apartarse del criterio de esta Sala de Decisión en casos similares; conclusión que rechaza la demandada en su apelación, por considerar que está acreditado el estado de iliquidez de la empresa y la imposibilidad de realizar los pagos a los trabajadores, pese a lo cual se cumplió en el menor tiempo posible.

Al respecto, sobre la indemnización moratoria, se traerá a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-1091 de 2018 al indicar que esta condena *“tiene un carácter eminentemente sancionatorio, pues se genera cuando quiera que el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral”* y se ha agregado por la jurisprudencia *“que el juzgador no debe proferir*

*condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador”.*

Ante ello, no existe un parámetro objetivo para determinar la buena fe del empleador para no cancelar las prestaciones laborales respectivas al trabajador cuando ha finalizado la relación laboral, sino que compete al juzgador establecer si existió alguna justificación que permita entrever que el empleador entendía que no estaba obligado a cancelar los derechos reconocidos, o que estaba convencido de que existían serias razones objetivas y jurídicas para abstenerse de hacer los pagos.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2809 de 2019 recordó que el hecho de que una empresa entre en estado de liquidación, no es una circunstancia que automáticamente la coloque en situación de buena fe, y como consecuencia, la releve de ser condenada a la indemnización moratoria; y recalca que se trata de una postura sostenida en decisiones anteriores, como la sentencia SL2448 de 2017 donde se explica que el hecho de que una empresa atravesase dificultades económicas que le lleven a acudir al trámite de reactivación empresarial e inclusive la insolvencia económica o iliquidez, es una circunstancia que *“por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe”.*

En anteriores decisiones contra la misma demandada I.P.S. UNIPAMPLONA, encontró la Sala que la mera alegación de la demandada de encontrarse demostrado que atravesaba un proceso de iliquidez que la llevó al trámite de liquidación, por sí sola no es absoluta de la indemnización moratoria, sino que se debe analizar en conjunto con las demás pruebas, si se encuentran debidamente acreditadas actuaciones denotativas de buena o mala fe, que permitan dirimir la procedibilidad de la condena sancionatoria y se concluyó que las circunstancias que llevan al proceso de liquidación deben ser previstas por la empresa para garantizar el pago de acreencias laborales, pues el trabajador no debe acarrear con las consecuencias financieras del mal manejo administrativo.

No obstante, en otros casos - como el presente - se ha evidenciado una circunstancia diferente a los casos en que se impuso sanción moratoria, y es que la actora finalizó su relación con la demandada el 30 de septiembre de 2017, luego de que la Junta Directiva en asamblea del 26 y 27 del mismo mes aprobara la disolución y liquidación de la entidad. Esto ha llevado a concluir por parte de esta Sala que no se evidencia una intención defraudatoria del empleador en el impago de las prestaciones al trabajador, pues sus actuaciones a partir del 27 de septiembre de 2017 estuvieron condicionadas por la liquidación y disolución de la empresa.

Mal podría entenderse que existe intención defraudatoria en un empleador que estaba sometido a un proceso de reestructuración y reconoce que se encuentra en imposibilidad de cumplir con las obligaciones vigentes para someterse al proceso de liquidación forzada o voluntaria, por lo que la asunción de pagos deja de estar a su disposición para recaer en el interventor y el esquema o plan de pagos que se propone y somete a consideración de todos los acreedores, siguiendo el procedimiento legal correspondiente.

Así lo ha entendido, la Sala de Casación Laboral en providencias SL2833 de 2017, SL17579 de 2017 y SL4476 de 2018 donde reiteró el siguiente precepto contenido inicialmente en sentencia del 10 de octubre de 2003 (Rad. 20.764):

*“(...) Frente a la anterior situación, debe decirse que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria, no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho Constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley.*

*Finalmente, **no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes**, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática.”*

Ahora bien, frente a lo expuesto en primera instancia sobre que las consideraciones esbozadas en esta Sala de Decisión para absolver a la I.P.S. UNIPAMPLONA son erradas por tratarse de precedentes y normas aplicables a la liquidación forzada y no la voluntaria, que es el caso de la demandada; se advierte que la referencia a liquidación forzada explícitamente se limita a las últimas providencias enunciadas, pero las referenciadas en párrafos previos hacen referencia a los estados de iliquidez y crisis económicas de manera general, permitiendo concluir que en cada caso existen particularidades que pueden llevar a condenar o absolver, sin perjuicio de que la liquidación de la entidad sea por voluntad de los socios o por disposición judicial o administrativa obligatoria.

En ese sentido, lo importante más allá del estado de insolvencia haya determinado una liquidación forzada o voluntaria, es si en el marco de la crisis económica existió intención defraudatoria en el empleador o si se suscitaron circunstancias que realmente le imposibilitaron cumplir con los pagos.

La conclusión a la que ha llegado esta Sala para el caso concreto, es que resulta imposible desconocer que al someterse a estos trámites la persona jurídica se desprende de su capacidad de tomar decisiones para ajustarse a las disposiciones legales, pues para todos los efectos está forzada a cumplir con los pagos en las condiciones de su liquidación; para el caso de las I.P.S., la norma aplicable es el referido Decreto 1088 de 1991, cuyo artículo 58 remite a las normas previstas en los Capítulos IX y X del Código de Comercio en materia de liquidación y al respecto, el artículo 238 de esa norma señala como función del liquidador “*liquidar y cancelar las cuentas de los terceros y de los socios como se dispone en los artículos siguientes*”, obligando el artículo 242 a cumplir con la prelación de créditos consagrada en los artículos 1488

a 2511 del código civil y proceder con los pagos en orden con las ventas de activos inventariados.

Nótese, que en la referida Acta No. 70 del 26 y 27 de septiembre de 2017, que ordenó la liquidación y fue aportada en la contestación, se advierte que las autoridades internas (subdirección administrativa, financiera, jurídica y revisor fiscal) advierten no contar con liquidez inmediata en sus cuentas, tener balances negativos del ejercicio y pasivos pendientes de pagar que arrojan un patrimonio negativo que es insostenible frente a la facturación de ingresos, no existiendo solvencia financiera para continuar su objeto social y luego de un estudio jurídico concluyen que es irremediable proceder a la disolución de la entidad, ordenando iniciar la liquidación acorde a los estatutos y la norma para lo cual disponen expresamente proceder a garantizar la prelación de créditos iniciando con las deudas laborales, designando el respectivo liquidador.

Estima la Sala, que acorde a las disposiciones legales aplicables es indiscutible que a partir de la designación del liquidador, inclusive en la liquidación voluntaria, este queda sometido a dar cumplimiento a las disposiciones legales de prelación de créditos y no obra prueba alguna que permita inferir que se utilizó este mecanismo para desconocer derechos al demandante, ni que la justificación que llevó a adoptar la decisión de disolución fuera falsa o errada y por ende, reitera la Sala, no se evidencia que exista mala fe en la actuación de la I.P.S. UNIPAMPLONA cuando al terminar el contrato de trabajo del actor el 30 de septiembre de 2017, posterior a la decisión de liquidación, se incurrió en mora en el pago de salarios y prestaciones pues para ese momento carecía de total control sobre sus cuentas, sino que estaba sometida al régimen de liquidación y no se demostró que pese a ello, incurriera en actos defraudatorios.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia que condenó a la demandada por sanción moratoria dado el pago tardío de prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, en su lugar se absolverá a la demandada de esta pretensión y se declarará probada la excepción de buena fe del empleador. Finalmente, al prosperar el recurso del único apelante, no habrá lugar a condena en costas de segunda instancia.

#### **DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral quinto de la sentencia del 21 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta en cuanto a la condena por indemnización moratoria y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada por este concepto y declarar probada la excepción de buena fe del empleador, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: SIN CONDENA** en costas de segunda instancia al prosperar el recurso de apelación de la demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**



**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



---

Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2.022)

|                          |                                                                                               |
|--------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                                                                      |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-003-2019-00140-01                                                                |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.752                                                                                        |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | MARITZA FRANKLIN MARTINEZ                                                                     |
| <b>DEMANDADOS:</b>       | <b>JAIRO BUSTOS LEON, JBL INGENIERIA S.A.S., MINCIVIL S.A. y CONCESIONARIA SAN SIMON S.A.</b> |

Magistrada Ponente:  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada MINCIVIL S.A. en contra del auto del veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2.022), mediante el cual el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta rechazó la contestación a la demanda por extemporánea; a continuación, se dicta el siguiente:

**AUTO:**

**1. Antecedentes**

La señora MARITZA FRANKLIN MARTINEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra JAIRO BUSTOS LEON y JBL INGENIERIA S.A.S., y solidariamente contra MINCIVIL S.A. y CONCESIONARIA SAN SIMON S.A., a fin de que se le reconozcan y paguen salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, auxilio de transporte, dotación, indemnización por terminación del contrato sin justa causa, indemnización moratoria, intereses moratorios o IPC y demás derechos legales.

Mediante providencia del 15 de mayo de 2.019 se admitió la demanda y se ordenó notificar a las demandadas y correrles traslado de esta. El 07 de diciembre de 2.021 a través de correo electrónico el Juzgado de Primera Instancia remitió a la cuenta [notificaciones@mincivil.com](mailto:notificaciones@mincivil.com), el oficio J3LC-0109 que contenía la comunicación de notificación personal del proceso.

El 06 de abril de 2.021 el abogado OSCAR ANDRES CANTURA BEJARANO, obrando en calidad de apoderado judicial de la empresa MINCIVIL S.A., desde la cuenta de correo [ocantura@mincivil.com](mailto:ocantura@mincivil.com) remitió al correo institucional del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, contestación de la demanda con anexos y poder. También envió documento a través del cual presentó formulación de excepciones previas, en donde manifestó que a esa entidad el 07 de diciembre de 2.020 a través de mensaje de datos se le remitió comunicación personal y el 11 de marzo de 2.021 al correo electrónico le notificaron solamente el auto admisorio de la demanda, y es a partir de esta última fecha que se predica la notificación de la demanda.

El 03 de agosto de 2.021 el juzgado de primera instancia profirió auto ordenando a secretaría efectuar la notificación personal y traslado de la demanda al señor JARIO BUSTOS LEON Y JBL INGENIERINA S.A.S., teniendo en cuenta que se les enviaron las notificaciones conforme lo señala el artículo 8° del Decreto 86 de 2020, pero por error involuntario se omitió compartir en su totalidad todo el expediente,

solo se remitió el texto de la demanda y el auto admisorio de esta, sin adoptar la misma medida para MINCIVIL S.A.

## **2. Decisión que se pretende recurrir**

Mediante auto del 21 de febrero de 2.022, la *a quo* aceptó la contestación de la demanda presentada por la CONCESIONARIA SAN SIMON S.A., rechazó por extemporánea la presentada por MINCIVIL S.A. y por parte de los demandados JAIRO BUSTOS LEON y la sociedad JBL INGENIERIA S.A.S. indicó que se daría a aplicación a lo señalado en el artículo 30 del C.P.L., así mismo, señaló fecha para audiencia de conciliación o primera de trámite.

## **3. Recurso de apelación**

El 24 de febrero de 2.022, el abogado JUAN GUILLERMO URIBE LOPEZ, actuando como apoderado de MINCIVIL S.A, presentó recurso de apelación en contra la decisión que rechazó la contestación de la demanda por extemporánea, con fundamento en lo siguiente:

- Que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta a través de mensaje de datos, el 07 de diciembre de 2.020 remitió comunicación de notificación personal en el que se encuentra solamente auto admisorio de la demanda y escrito de esta sin anexos, en desmedro de lo consagrado en el artículo 6. ° del Decreto 806 de 2.020, por lo que esa entidad no se entiende notificada desde la fecha citada.
- Que desde el correo [edgarguevaraibarra@hotmail.com](mailto:edgarguevaraibarra@hotmail.com) el 11 de marzo de 2.021 se remitió al correo [notificaciones@mincivil.com](mailto:notificaciones@mincivil.com), auto admisorio de la demanda y su escrito nuevamente sin anexos, por lo que en esa fecha tampoco se materializó la notificación.
- Que la entidad que representa actuando con lealtad procesal, procedió a dar contestación a la demanda el 06 de abril de 2.021 a través de mensaje de datos, renunciando a su derecho de conocer todos los anexos de la demanda que no fueron enviados por el juzgado, ni por la parte demandante, y aceptó notificarse por conducta concluyente al constituir apoderado, pues no había sido notificada en debida forma.
- Que, por lo anterior, el término de traslado para contestar la demanda no puede contarse desde el 07 de febrero de 2.020, ni desde el 11 de marzo de 2.021, pues la notificación se dio el 06 de abril de 2.021.

En proveído del 24 de febrero de 2.022, el juzgado de primera instancia concedió el recurso formulado.

## **4. Alegatos de conclusión**

- **Parte demandante:** No presentó alegatos de conclusión.

- **Parte demandada**

El apoderado de la demandada MINCIVIL S.A. solicita que se proceda a dejar sin efecto el auto del 21 de febrero de 2.021 que rechazó la contestación de la demanda por parte de la entidad que representa y en consecuencia se dé por contestada la demanda por parte de MINCIVIL S.A., de acuerdo con la fecha de la efectiva notificación a la sociedad que corresponde al 06 de abril de 2.021.

Manifestó que el término de traslado para contestar la demanda no podía contarse desde 07 de diciembre de 2.020, momento en que el Juzgado Tercero Laboral Del Circuito De Cúcuta remitió el correo con el auto Admisorio y el escrito de demanda sin anexos, ni tampoco podía contarse desde el 11 de marzo de 2.021, día en que el demandante remitió el auto admisorio de la demanda y el escrito de demanda sin anexos, pues estas actuaciones no se apegan a lo consagrado por el artículo 6 del decreto 806 de 2020, en donde se consagra que de no acreditarse los requisitos de la demanda allí exigidos, entre los que se encuentra el enviar los anexos de la demanda, dará lugar a la inadmisión de la misma.

Que es evidente que la configuración efectiva de la notificación para esa entidad se dio el día 06 de abril de 2.021, cuando constituyó como apoderado judicial al abogado OSCAR ANDRES CANTURA BEJARANO y a su vez envió la contestación de la demanda, por lo cual solamente hasta ese día se corrió el traslado de la misma y a su vez se contestó con el escrito aportado.

## 5. Consideraciones del despacho

Es preciso señalar, que conforme a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, es apelable el auto que *“rechace la demanda o su reforma y el que las dé por no contestada”*, por lo que el presente auto es susceptible de ser conocido en esta instancia por dirigirse contra el que rechazó la demanda por extemporánea.

Como viene de verse, en el presente caso la parte demandada MINCIVIL S.A. solicita que se revoque el auto del 21 de febrero de 2022, por el cual se rechazó la contestación de la demanda que presentó por extemporánea; señalando la apelante que el término de traslado para contestar la demanda no puede contarse desde el 07 de febrero de 2.020, ni desde el 11 de marzo de 2.021, pues en dichas fechas recibió mensajes de datos desde la cuenta del juzgado y de la parte demandante respectivamente, por medio de los cuales se comunicaba la admisión de la demanda pero solo se remitía auto admisorio y escrito de la demanda sin anexos, y que la notificación se dio el 06 de abril de 2.021 por conducta concluyente, momento en que constituyo apoderado y presentó contestación a la demanda.

En relación con la contestación a la demanda, debe decirse que es el primer acto de ejercicio del derecho de defensa por el demandado, pero ese derecho debe ejercerlo dentro de los términos que para cada clase de asunto señala la ley procesal, y en materia laboral, conforme al parágrafo 2° del artículo 31 del C.P.T.S.S., la falta de esta impone que se tenga ese hecho, como un indicio en contra del demandado.

Respecto de la forma en que debe realizarse la notificación, se advierte que el artículo 41 del C.P.T.Y.S.S. determina que la notificación a los demandados del auto admisorio de la demanda debe hacerse personalmente al demandado ; sin embargo, no se establece en este código la forma específica de proceder a esta notificación personal cuando se trata de personas naturales y por ello conforme al artículo 145 del C.P.T.Y.S.S., procede la remisión analógica al artículo 291 del C.G.P. que establece las reglas sobre la notificación personal.

***“2. Las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección donde recibirán notificaciones judiciales. Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica.”***

Ahora bien, para mitigar los efectos de la pandemia de Covid-19 y garantizar el funcionamiento de la administración de justicia, se expidió el Decreto Legislativo 806 de 2020 con medidas para facilitar el avance de los procesos judiciales durante la vigencia de las restricciones sociales de movilidad y presencialidad; específicamente para notificación personal, el artículo 8° señala:

*“Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio. (...) La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación. Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.”*

En este caso, del expediente se observa que a través del correo electrónico del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta se remitió el 07 de diciembre de 2.021 al correo del recurrente, comunicación de notificación personal J3LC-0109, a través de la cual se informó sobre el auto admisorio de la demanda, se menciona lo consagrado en el Decreto 806 de 2.020 sobre notificación personal y se informa que se hace entrega de auto admisorio y copia de la demanda que consta de un archivo en pdf con 6 folios, mensaje de datos que efectivamente fue recibido por el sistema de correo acorde certifica la siguiente captura de pantalla:

REPUBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

AL CONTESTAR FAVOR CITAR EL NUMERO DE PROCESO DE LA REFERENCIA  
[habccu3@ccadaj.ramajudicial.gov.co](mailto:habccu3@ccadaj.ramajudicial.gov.co)  
Horario Atención Virtual de 8:00 a 12:00 a.m./1:00 a 5:00 p.m.

San José de Cúcuta, 2 de Diciembre de 2.020  
**Comunicación de Notificación Personal-J3LC-0109**

Señor  
**LUIS MIGUEL ISAZA UPEGUI**  
R. Legal de la Sociedad MINCIVIL S.A.  
Ó quien haga sus veces  
Carrera 11 No. 98-07 Oficina 201A Edificio Pijao Cooperativo64-75 Piso 2º  
E-mail: [notificaciones@mincivil.com](mailto:notificaciones@mincivil.com)  
Bogotá, D.C.-

COMUNICACIÓN DE NOTIFICACIÓN PERSONAL

Rad.: No. 54-001-31-05-003-2019-00140-00  
Ref.: PROCESO ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA  
Dte.: MARITZA FRANKLIN MARTÍNEZ - 27'604.628  
Ddo.: JAIRO BUSTOS LEÓN - 19'066.907 y en contra de la Sociedad JBL INGENIERÍA S.A.S. - 900.658.897-9 y solidariamente contra la Sociedad MINCIVIL S.A. - 890.930.545-1 y la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A. - 900.162.704-6.

Conforme lo ordenado en el asunto de la referencia se le hace saber, que en este despacho cursa el proceso Ordinario de Primera Instancia, radicado bajo el N° 54-001-31-05-003-2019-00140-00, instaurado por la Señora MARITZA FRANKLIN MARTÍNEZ contra JAIRO BUSTOS LEÓN y en contra de la Sociedad JBL INGENIERÍA S.A.S. y solidariamente contra la Sociedad MINCIVIL S.A. y la CONCESIONARIA SAN SIMÓN S.A., dentro del cual se profirió auto de fecha quince (15) de Mayo dos mil diecinueve (2019), se ordenó ADMITIR y NOTIFICAR la Demanda, y correr traslado a la parte Demandada, por el término de diez (10) días corridos a partir de la notificación de conformidad con lo indicado en el Artículo 74 del Código de Procedimiento Laboral.

Notifiqué personalmente el presente auto admisorio al señor LUIS MIGUEL ISAZA UPEGUI, Representante Legal de MINCIVIL S.A., ó quien haga sus veces, para lo cual se deberá acudir a lo establecido en el artículo 8º del Decreto 806 de 2020, el cual dispone que "Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio."... **Enciso 3:** La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación. En tal sentido, junto con la presente comunicación, se le hace entrega del AUTO ADMISORIO y copia de la DEMANDA debidamente cotejadas, constantes de un (1) archivo en PDF con seis (6) folios anversos.

Cordialmente,  
  
**SERGIO DAVID CONTRERAS MEJÍA**  
Citador Grado 03

Attn:  
Horario Atención Virtual de 8:00 a 12:00 a.m. y de 1:00 a 5:00 p.m.  
[habccu3@ccadaj.ramajudicial.gov.co](mailto:habccu3@ccadaj.ramajudicial.gov.co)  
Avenida 8A No. 3-50 Oficina 322 Palacio Nacional - San José de Cúcuta - Norte de Santander.

**Juzgado 03 Laboral - N. De Santander - Cucuta**

De: postmaster@mincivil.gov.co  
Para: notificaciones@mincivil.com  
Enviado el: lunes, 7 de diciembre de 2020 2:56 p. m.  
Asunto: Entregado: O 2019-00140-00Comunicación de Notificación Personal J3LC-0109 R. Legal MINCIVIL S.A.

El mensaje se entregó a los siguientes destinatarios:

[notificaciones@mincivil.com](mailto:notificaciones@mincivil.com)

Asunto: O 2019-00140-00 Comunicación de Notificación Personal J3LC-0109 R. Legal MINCIVIL S.A.

Igualmente se evidencia en el expediente, que el 11 de marzo de 2.021 desde la cuenta de correo del apoderado judicial de la parte demandante se envió al correo del recurrente mensaje identificado con “RV: O 2019-00140-00 Comunicación de Notificación Personal J3LC-0107 Sr. JAIRO BUSTOS LEÓN”, como se observa a continuación.

**RV: O 2019-00140-00 Comunicación de Notificación Personal J3LC-0107 Sr. JAIRO BUSTOS LEÓN**  
Edgar Guevara Ibarra  
Para: jbustosproyectoscucuta@hotmail.com <jbustosproyectoscucuta@hotmail.com>; Notificaciones Mincivil; Juzgado 03 Laboral - N. De Santander - Cucuta  
Enviado: 11/03/2021 8:52 a. m.

**De:** Juzgado 03 Laboral - N. De Santander - Cucuta <jl03cuc@notificacionesrj.gov.co>  
**Enviado:** lunes, 7 de diciembre de 2020 2:53 p. m.  
**Para:** jbustosproyectoscucuta@hotmail.com <jbustosproyectoscucuta@hotmail.com>; edgarguevaraibarra@hotmail.com <edgarguevaraibarra@hotmail.com>; Juzgado 03 Laboral - N. De Santander - Cucuta <jlabccu3@cendoj.ramajudicial.gov.co>  
**Asunto:** O 2019-00140-00 Comunicación de Notificación Personal J3LC-0107 Sr. JAIRO BUSTOS LEÓN

Delo anterior se deriva que efectivamente a la cuenta de correo de la demandada MINCIVIL, se remitió en dos oportunidades comunicación de notificación personal de la demanda, en la que se informaba sobre la admisión de esta y se hacia entrega del auto admisorio más un pdf de la demanda conformado por 06 folios, no obstante, en dicha comunicación no se mencionan los anexos de la demanda, los cuales al revisar las misma se encuentra que están compuestos por 48 documentos. Esto se soporta a su vez con la constancia secretarial de fecha 03 de agosto de 2.021, en la que si bien no se hace referencia al tramite de notificación surtido al recurrente, si se establece que a los demandados JARIO BUSTOS LEON Y JBL INGENIERINA S.A.S., se les enviaron las notificaciones conforme lo señala el artículo 8° del Decreto 86 de 2020, pero por error involuntario se omitió compartir en su totalidad todo el expediente, solo se remitió el texto de la demanda y el auto admisorio de esta.



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER  
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

|              |                                                                                      |
|--------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| RADICADO N°: | 54-001-31-05-003-2019-00140-00                                                       |
| PROCESO:     | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA                                               |
| DEMANDANTE:  | MARITZA FRANKLIN MARTINEZ                                                            |
| DEMANDADO:   | JAIRO BUSTOS LEON, JBL INGENIERIA S.A.S., MINCIL S.A. Y CONSESIONARIA SAN SIMON S.A. |

**INFORME SECRETARIAL**  
San José de Cúcuta, tres (03) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Al Despacho de la señora Juez, el presente proceso ordinario laboral de primera instancia, radicado bajo el No. 2019-000140, Informándole que los demandados **CONSESIONARIA SAN SIMÓN S.A. y MINCIVIL S.A.** dieron contestación a la demanda. Respecto de los demandados **JARIO BUSTOS LEON y JBL INGENIERINA S.A.S.**, sin bien es cierto se le enviaron las notificaciones conforme lo señala el artículo 8° del Decreto 86 de 2020, junto con ellas por error involuntario se omitió compartir en su totalidad todo el expediente, solo se remitió el texto de la demanda y el auto admisorio de la demanda. Sírvasse disponer lo pertinente.

LUCIO VILLAN ROJAS  
Secretario

Activar Windows

Con lo precisado previamente y acorde a los términos del artículo 8. ° del Decreto 806 de 2.020 previamente citado; se tiene que no se enviaron por el mismo medio los anexos que debían entregarse para el traslado, no obstante, en el artículo citado también se establece: “*Cuando exista discrepancia sobre la forma en que se practicó la notificación, la parte que se considere afectada deberá manifestar bajo la gravedad del juramento, al solicitar la declaratoria de nulidad de lo actuado, que no se enteró de la providencia, además de cumplir con lo dispuesto en los artículos 132 a 138 del Código General del Proceso*”; y en el presente caso el recurrente una vez tuvo conocimiento del auto admisorio de la demanda, en el ejercicio de su defensa debía solicitar al juzgado de primera instancia la remisión del traslado de la demanda desde la primera comunicación electrónica que le fue enviada desde el correo institucional en diciembre 07 de 2.020, pero se limitó a contestar la demanda y proponer excepciones previas 4 meses después, lo que no se acompasa al deber procesal de buena fe y celeridad procesal, pues una vez conoció la existencia de un proceso en su contra debió propender por el acceso a los documentos que encontró faltaban, en lugar de esperar y dilatar el trámite. Por lo anterior, no es de recibo el recurso presentado y debe entenderse notificado al recurrente desde el día 09 de diciembre de 2.020, cuando tuvo conocimiento del auto admisorio.

Fluye de lo expuesto que se confirmará el auto del 21 de febrero de 2.022, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

Finalmente, al no prosperar su recurso de apelación se condenará en costas de segunda instancia a MINCIVIL S.A.S., fijando como agencias en derecho la suma de \$200.000 a favor del actor.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto impugnado del veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2.022), proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a MINCIVIL S.A.S., fijar como agencias en derecho la suma de \$200.000 a favor del actor

**DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso para que se continúe con el trámite correspondiente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
Magistrada



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
Magistrado



**ELVER NARANJO**  
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.  
Cúcuta, 01 de junio de 2022.



Secretario



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

---

---

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2.022)

|                          |                                                                                                                           |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | ORDINARIO LABORAL                                                                                                         |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-003-2021-00021-01                                                                                            |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.665                                                                                                                    |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | PATRICIA SANCHEZ PEREZ                                                                                                    |
| <b>DEMANDADO:</b>        | ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES |

**MAGISTRADA PONENTE:  
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia del 01 de diciembre de 2.021 que fue proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

La señora PATRICIA SANCHEZ PEREZ por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PROTECCIÓN S.A, solicitando que se declare la ineficacia del traslado que efectuó el 7 de febrero de 1.995 del RPMPD al RAIS por vicio del consentimiento informado, como consecuencia se ordene a esta última trasladar los dineros de su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, entidad que una vez reciba dichos dineros debe reflejarlos en el reporte de semanas cotizadas como ciclos de cotización teniendo en cuenta el IBL cotizado en su momento.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que realizó aportes a su seguridad social en pensiones en el RPMPD a través del ISS desde febrero de 1.992 hasta el 30 de noviembre de 1.993.
- Que el 07 de febrero de 1.995 se trasladó al RAIS a través de DAVIVIR S.A., Fondo que se fusionó con COLMENA, el cual fue asumido por PENSIONES SANTANDER, que a su vez fue asumido por Pensiones ING y este por PROTECCIÓN S.A.
- Que al momento del traslado de régimen los asesores los Fondos de Pensiones mencionados, no le suministraron información suficiente, clara, precisa sobre las ventajas y desventajas de los regímenes, ni las explicaciones necesarias para la toma de esa importante decisión que incidiría directamente con su derecho fundamental a la pensión y mínimo vital, ni para que permaneciera en el RAIS o retornara al RPMPD.
- Que mediante radicado 2020\_12274778 del 1. ° de diciembre de 2.020, solicitó a COLPENSIONES declarar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen pensional y en la misma fecha esa entidad le negó lo pedido manifestando que ejerció su derecho a la libre elección de régimen.

- Que mediante radicado de fecha 30 de noviembre de 2.020 solicitó a PROTECCIÓN S.A. documentación relacionada con la información brindada al momento de su afiliación y esa entidad le expidió respuesta el 14 de diciembre de 2.020, suministrando parte de la información solicitada.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía los hechos relacionados las fechas en que la demandante realizó aportes en el RPMPD, si se prueban dentro del litigio con prueba idónea, y los relativos a la solicitud que realizó la actora ante esa entidad para que se declarara la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen pensional, así como la negativa frente a la misma. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan.
- Que se opone a la declaratoria de ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues goza de plena validez, teniendo en cuenta que el demandante realizó su afiliación al RAIS de manera voluntaria y autónoma, firmando formulario de afiliación al fondo privado en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido esa entidad. Que la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.
- Expuso que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- Señaló que a pesar de que los fondos privados trasladen la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que este permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional y se atenta contra la estabilidad de este, y según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. También indicó que se transgrede lo ordenado por la ley 100 de 1993 en su artículo 13 que solo permite trasladarse antes de los 10 últimos años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.
- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exige al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, por lo que creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso, y ya que los fondos de pensiones no han podido acreditar la exigencia probatoria de la suficiencia de la información suministrada al momento del traslado puesto que cuentan únicamente con los formularios de afiliación, los fallos judiciales en la actualidad se expiden en contra de dichas entidades y de manera colateral afectan los intereses de Colpensiones.
- Manifestó que para que se declare la ineficacia o nulidad del traslado pretendida por el demandante no basta la simple afirmación de no haber recibido una debida información al momento de realizarse el mismo y que de la decisión judicial favorable que previamente obtenga respecto de esa pretensión depende la eventual afiliación del actor al RPM y el traslado de los aportes a este régimen. También expresó que esa entidad por vía de jurisprudencia no puede otorgar prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la Ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

- Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, buena fe y la innominada o genérica.

La contestación presentada por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. a través de apoderado judicial fue rechazada por auto del 25 de noviembre de 2.021 por extemporánea.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada contra la Sentencia del 01 de diciembre de 2.021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**“PRIMERA: DECLARAR** no probadas las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación de devolver gastos de administración y seguro provisional, propuestas por las entidades demandadas respectivamente.

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la demandante PATRICIA SANCHEZ PEREZ a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. por los motivos expuestos, en consecuencia, declarar que, para todos los efectos legales, la señora PATRICIA SANCHEZ PEREZ nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

**TERCERO: CONDENAR** a la administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCION S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas por la demandante durante su afiliación, así como aquellas sumas que percibió por conceptos de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro provisional con cargo a sus propias utilidades y cualquier bono pensional al cual tenga derecho la demandante.

**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES que valide la afiliación del demandante PATRICIA SANCHEZ PEREZ al régimen de prima media con prestación definida, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por PROTECCION S.A., para efectos de financiar las prestaciones económicas a las cuales tenga eventualmente la demandante al régimen pensional.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. y a COLPENSIONES.

**SEXTO: CONSULTAR** esta providencia a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. Y S.S.”

### **2.2. Fundamento de la Decisión.**

La Jueza de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

Que se debe establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora desde el RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, si hay lugar a condenar a esta última entidad a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones que se encuentran en la cuenta individual de la demandante, incluyendo intereses, rendimientos financieros, bono pensional y todas aquellas sumas que correspondan a la misma.

Destacó como hechos demostrados: que de acuerdo con el archivo pdf 16.1. del expediente digital se puede constatar en la historia laboral de la demandante en el ISS hoy COLPENSIONES, que se afilió el 21 de febrero de 1.992 y realizó cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 1.993, alcanzando a completar un total de 75.29 semanas cotizadas; que en el archivo pdf 11 del plenario se encuentra solicitud de

vinculación N° 220783 del 07 de febrero de 1.995, mediante la cual la actora se afilió a DAVIVIR S.A., Administradora de Fondo de Pensiones del RAIS, momento en que se configuró su traslado de régimen pensional y que a folios 12 a 23 del archivo pdf del expediente, se encuentra la historia de la demandante en el RAIS, en la cual consta que ha cotizado un total de 74 semanas en el RPMPD y en el RAIS un total de 86.57 semanas (sic), alcanzando a completar 940.57 semanas.

Advirtió que el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS se dio el 07 de febrero de 1.995, época en la cual las administradoras de fondos de pensiones tenían el deber de información necesaria, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1.993, deber que se concreta con lo explicado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1688 de 2.019, correspondiéndole a la AFP del RAIS en los casos en que se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado por falta de información, en virtud de lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., demostrar que actuó de forma diligente y cuidadosa, y correlativamente cumplió con la obligación de suministrar al afiliado la información clara, suficiente y precisa para que tomara libremente la determinación del cambio de régimen, debiendo concretarse la manifestación del derecho según lo indicado en la citada sentencia, a la libre elección del afiliado con el verdadero conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su decisión y no con la simple suscripción de un formulario preexistente.

Señaló que PROTECCIÓN S.A. quien sucede procesalmente a DAVIVIR, no demostró que cumplió con la obligación dispuesta en el artículo 97 del Estatuto Financiero, debido a que no allegó una prueba que acreditara verdaderamente que para el momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación, se le dio información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, que comprendiera no únicamente los beneficios sino los riesgos que esta implicaba y la única prueba aportada es la solicitud de vinculación suscrita por la actora, documento que no es suficiente para demostrar la validez del traslado, por lo que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, lo que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica de que siempre estuvo en el RPMPD y conlleva a declarar no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por las demandadas.

Respecto a la excepción de prescripción formulada indicó que tal fenómeno no afecta la ineficacia del traslado debido a que este tiene el carácter de imprescriptible por corresponder a un estado jurídico de conformidad con lo explicado en la sentencia SL1688 de 2.019. También señaló frente a las excepciones de inexistencia de obligación de devolver gastos de administración y seguro previsional que se acoge al criterio explicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 DE 2.020, por lo que estableció como consecuencia de la ineficacia del traslado, que la AFP PROTECCIÓN S.A. devuelva a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones recibidas durante la afiliación de la demandante, así como las sumas percibidas por conceptos de gastos de administración, rendimientos, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima, seguro previsional y bono pensional; también que COLPENSIONES valide la afiliación de la demandante e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por PROTECCIÓN S.A.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada COLPENSIONES:**

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que hay varios elementos que demostraron que no hubo indebida, insuficiente información o cualquier tipo de engaño al momento de realizarse el traslado de régimen por parte de la demandante, ya que del interrogatorio de parte se evidencian varios elementos que permiten colegir que la actora se encontraba conforme y en consecuencia ratificó su deseo de permanecer el RAIS, ya que manifestó que durante su traslado conoció acerca de su formulario de afiliación y que no realizó averiguaciones en el término que otorgaba la ley para

trasladarse, y en consecuencia permaneció durante mas de 20 años en dicho régimen.

- Que la demandante afirma que desea trasladarse a COLPENSIONES para recibir un mejor monto pensional porque supuestamente tendría una mesada superior a la que tendría en el fondo privado, basándose en información brindada por sus compañeros que ya están próximos a recibir su derecho pensional o que ya lo recibieron, argumento que no es válido según la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya que cada uno de los regímenes tiene normatividades y cálculos diferentes y esto no pone en peligro s derecho pensional, aunado a que no ha habido proyección pensional por parte de COLPENSIONES para ratificar esa información.
- Que disiente de la condena en costas pues su representada se encontraba sujeta a lo que normativamente esta instituido respecto a que un afiliado no puede trasladarse cuando le falten menos de 10 años para obtener su derecho pensional, conforme a lo cual no procedía acceder al traslado sin acudir a un proceso judicial.

### **3.2 De la parte demandada PROTECCION:**

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Solicita que únicamente sea procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual y no el traslado de lo que su representada descontó por seguro previsional, toda vez que dicho porcentaje fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, quien es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito, por lo que se configura la inexistencia de la obligación de devolver los conceptos.
- Que no se debe ordenar la devolución de los rendimientos y de la comisión de administración, toda vez que se tratan de prestaciones ya acaecidas por lo que no puede descontarse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a la buena fe y a las gestiones de su representada, que a su vez cobro una comisión para hacer rentar dichos dineros, por lo tanto son conceptos excluyentes y no se pueden devolver al afiliado, pues se estaría desconociendo el trabajo que durante años realizó el Fondo, vulnerando los derechos de las restituciones mutuas con frutos, intereses y mejoras, y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual presidida siempre por la buena fe.

## **4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

## **5. ALEGATOS**

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

### **• Demandante:**

No presentó alegatos de conclusión.

### **• Demandado:**

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia señalando que, a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, la parte actora no logró demostrar esa indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado, razón por la cual

no es procedente su declaratoria, y que el mismo se realizó bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al demandante, quien lo hizo en forma libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. Así mismo, señaló que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional.

Hizo referencia a los argumentos de la Corte Constitucional en sentencia C-1024/2004 señalando que el período de carencia previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 no vulnera el derecho a la igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental que emane de las relaciones de trabajo, pues resulta razonable para evitar un perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional.

También indicó que la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y la entidad que representa por vía de jurisprudencia no puede otorgar prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

El apoderado de PROTECCIÓN expuso que dicha entidad actúa sometida al imperio de la Ley, reconociendo las prestaciones previamente consagradas por el legislador; señala que la Ley 100 de 1993 consagró dos regímenes pensionales diferentes, reglamentando sus especificidades y diferencias por lo que la ignorancia de la ley no puede servir como excusa para incumplirla; que cuando se realizó el traslado de RPM al RAIS no existían los requisitos que ahora la jurisprudencia exige y solo se estableció el formulario como prueba solemne de la libre voluntad. Que en todo caso hay inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, dado que es un descuento de causa legal y cuyos efectos se pueden evidenciar en el resultado de rendimientos financieros de la cuenta, generándose la respectiva contraprestación como exige el artículo 1746 del código civil. Que de mantenerse esta condena se estaría generando un enriquecimiento sin causa en detrimento de PROTECCIÓN, privilegiando de manera injustificada a una de las partes y omitiendo dar lugar a las restituciones mutuas; lo que también sucede con el descuento por seguro previsional.

#### **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

#### **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la señora PATRICIA SANCHEZ PEREZ del RPMPD al RAIS por medio de la A.F.P. DAVIVIR, hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y de ser procedente, ¿si la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado implica la devolución de la totalidad de las cotizaciones realizadas por la demandante, así como aquellas sumas que la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. percibió por conceptos de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades.?

#### **8. CONSIDERACIONES:**

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado de la señora STELLA PRADA CLARO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad que se efectuó en el año 1.995, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada A.F.P. DAVIVIR, hoy Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y la orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás

conceptos a COLPENSIONES, pues esto implicaría que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD.

Al respecto la Jueza A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que la jurisprudencia ha identificado claramente que, desde su nacimiento, las A.F.P. tenían el deber de suministrar información suficiente para que el consentimiento fuera realmente libre y voluntario, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario, por lo que en ausencia de otra prueba accede a las pretensiones y ordena la devolución de los aportes con todos los valores descontados.

A esta conclusión se opuso PROTECCIÓN S.A. alegando que no es procedente devolver conjuntamente los valores descontados por seguro previsional y la comisión de administración, por tratarse de prestaciones acaecidas, porque se desconocería el trabajo realizado por esa administradora y se vulnerarían los derechos de restituciones mutuas e igualdad de trato en la relación contractual, así como los derechos de la aseguradora que es un tercero de buena fe.

Por su parte Colpensiones manifestó que se demostró que no hubo insuficiente información al momento de realizarse el traslado de régimen por parte de la demandante y su deseo de traslado al RPMPD obedece a un mejor monto pensional basándose en información brindada por sus compañeros que ya están próximos a recibir su derecho pensional o que ya lo recibieron, lo que no es válido según la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus

funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

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

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

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

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

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A.; pues argumenta el demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que desde febrero de 1.992 hasta el 30 de noviembre de 1.993 realizó aportes a su seguridad social en pensiones en el RPMPD y el 07 de febrero de 1.995 se trasladó al RAIS mediante afiliación a DAVIVIR, sin la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió. Que el 30 de noviembre de 2.020 solicitó a PROTECCIÓN S.A. documentación relacionada con la información brindada al momento de su afiliación y esa entidad le expidió respuesta el 14 de diciembre de 2.020, suministrando parte de la información solicitada. También expresó que el día 1. ° de diciembre de 2.020, solicitó a COLPENSIONES declarar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen pensional y en la misma fecha esa entidad le negó lo pedido manifestando que ejerció su derecho a la libre elección de régimen.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliada al RPMPD desde el 21 de febrero de 1.992, donde cotizó un total de 75,29 semanas, y en marzo de 1.995 se trasladó al RAIS con afiliación a DAVIVIR que se realizó con solicitud de vinculación N° 220783 del 07 de febrero del mismo año, régimen en donde al 23 de noviembre de 2.020 había cotizado 866,57 semanas.

Lo primero a destacar, es que la A.F.P. DAVIVIR fue adquirida por el GRUPO SANTANDER en 1.999 y posteriormente esta fue vendida al GRUPO ING, quien en 2.013 se fusionó con A.F.P. PROTECCIÓN<sup>1</sup>; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación de la actora a la aquí demandada.

Se resalta que aparte del formulario de solicitud de vinculación a DAVIVIR N° 220783 de fecha 07/02/1.995, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento del traslado de régimen pensional, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora PATRICIA SANCHEZ PEREZ no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de una ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su

---

<sup>1</sup> Ver reporte en prensa:

[https://www.elcolombiano.com/historico/proteccion\\_prepara\\_cambio\\_de\\_imagen\\_tras\\_la\\_fusion\\_con\\_ing-FDec\\_223547](https://www.elcolombiano.com/historico/proteccion_prepara_cambio_de_imagen_tras_la_fusion_con_ing-FDec_223547)

traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 07 de febrero de 1.995, se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PROTECCIÓN S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó prueba alguna que lo confirmara, ya que con las aportadas al proceso no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a PATRICIA SANCHEZ PEREZ, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de

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

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

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***

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

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

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que PROTECCIÓN S.A. y PROTECCIÓN S.A. se*

*consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar **los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.***”

Por lo anterior, los aportes deben ser trasladados a plenitud a COLPENSIONES, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.995 en esa entidad, lo que desestima el argumento de que generaría una descapitalización del sistema.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “*a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- **con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio y la apelante COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones al contestar la demanda y si bien es cierto, la contestación de la demanda presentada por PROTECCIÓN S.A. fue rechazada por extemporánea, esta A.F.P. ejerció su actividad procesal contra lo pretendido por la actora, y al resultar vencidas en este asunto las demandadas, procede contra ellas plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por la Jueza Tercera Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 01 de diciembre de 2.021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

## **9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

**RESUELVE:**

**Primero: Confirmar** la sentencia de fecha 01 de diciembre de 2.021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**Segundo: Condenar en costas** de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**



**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



Secretario



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

Treinta y uno (31) de Mayo de Dos Mil Veintidós (2022)

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-004-2019-00077-00 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.379                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | MARTHA LILIANA CUERVO          |
| <b>DEMANDADO:</b>        | GIOVANNI OMAR CHÍA             |

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora MARTHA LILIANA CUERVO en contra de GIOVANNI OMAR CHÍA, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00077-00, y Radicación interna N.º 19.379 de este Tribunal Superior, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 4 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1.     ANTECEDENTES**

La señora MARTHA LILIANA CUERVO CASALLAS interpuso demanda ordinaria laboral, contra GIOVANNI OMAR CHIA JAIMES, para que se declare resuelto el contrato de prestación de servicios profesionales de abogacía suscrito entre ambos por incumplimiento del demandado, y se condene a este a reembolsar el pago de \$26.040.000 que fue pagado en razón de este; que se condene a su vez por los daños y perjuicios causados: lucro cesante por los intereses moratorios causados desde el 31 de diciembre de 2016 y daño moral por 50 salarios mínimos (\$35.885.850).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señala:

- Que el 31 de agosto de 2016, la señora MARTHA LILIANA CUERVO suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales de abogacía con GIOVANNI OMAR CHÍA JAIMES, para adelantar el trámite administrativo y acciones de tutela a las que hubiere lugar para convalidar su título de especialista en HEMATOLOGÍA; sin que se lograra finalmente el resultado esperado.
- Que, en cuanto al pago de honorarios, en la cláusula segunda se pactó la suma de \$50.000.000, en una cuota inicial del 10%, 60% durante la ejecución hasta antes del fallo de primera instancia y el 30% restante a la entrega de la convalidación; indicando en parágrafo que en caso de no lograr el acto administrativo, se pagaría el 20% del valor total del contrato por concepto de gastos procesales. Se pactó en la cláusula sexta un término de 8 meses prorrogable una vez por el mismo término, cumpliéndose el máximo el 31 de diciembre de 2016 sin cumplir el objetivo pactado.

- Que en ejecución de este contrato se canceló al apoderado la suma de \$36.040.000 mediante las siguientes consignaciones o transferencias:

| Fecha      | Valor        | Folio |
|------------|--------------|-------|
| 25/08/2015 | \$1.010.000  |       |
| 01/09/2015 | \$5.000.000  | 24    |
| 06/01/2016 | \$1.010.000  | 25    |
| 13/01/2016 | \$4.020.000  | 26    |
| 12/05/2016 | \$10.000.000 | 27    |
| 13/05/2016 | \$2.000.000  | 28    |
| 27/05/2016 | \$12.000.000 | 36    |
| 14/07/2016 | \$1.000.000  | 30    |

- Que no se logró el objetivo contratado, negándose el acto de convalidación, los recursos de reposición, apelación y las tutelas interpuestas, por lo que debió aplicarse el parágrafo de la cláusula de solo generarse el pago de \$10.000.000, pagándose en exceso la suma de \$26.040.000; pero pese a los requerimientos para su devolución, no se ha hecho caso y con ello se está generando un enriquecimiento sin causa a favor del profesional del derecho.

La presente demanda fue admitida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá en auto del 4 de mayo de 2018, sin embargo, en audiencia del 12 de febrero de 2019 se ejerció control de legalidad sobre este acto y se rechazó la demanda por falta de competencia, remitiéndola a la ciudad de Cúcuta donde fue asignada al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta que avocó conocimiento en auto del 9 de julio de 2019.

El demandado mediante apoderado judicial contesta a los hechos señalando:

- Que acepta la suscripción del contrato de prestación de servicios y su clausulado, indicando que llevó a cabo todo el trámite administrativo y constitucional contratado, sin que se lograra obtener el resultado obtenido pero actuando siempre correctamente, para convalidar el título de la demandante, actos que fueron cancelados conforme se pactó y que hacen improcedente cualquier reembolso.
- Que se opone a la declaratoria de relación laboral derivada del contrato de prestación de servicios profesionales, pues el mismo se pactó de carácter civil y no tiene connotación laboral, dada la naturaleza de la actividad contratada y aceptada entre las partes, venciendo el mismo el 15 de noviembre de 2016 que se expidió sentencia de tutela en segunda instancia.
- Que se opone a la devolución solicitada pues existieron diferentes actos encaminados a obtener la convalidación del título de especialista en hematología, directamente ante el Ministerio de Educación y las siguientes acciones de tutela, donde se tuteló en primera instancia pero que fue posteriormente revocada en segunda, advirtiéndole que la obligación es de medios y no de resultados. Explicando que el objeto contractual se cumplió, dado que se desplegaron todos los medios jurídicos para obtener la convalidación y durante su ejecución se cumplieron los pagos acordados, sin que se pactaran indemnizaciones o cláusulas penales como las exigidas.
- Propone como excepciones de mérito la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, MALA FE DEL DEMANDANTE, PRESCRIPCIÓN, FALTA DE FUNDAMENTO PROBATORIO e INNOMINADA.

## 2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

### 2.1 Identificación del tema de decisión

En la sentencia del 4 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, se resolvió:

**Primero.-** *Declarar la existencia de una relación laboral sin subordinación a título contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, entre la demandante como contratante poderdante y la pasiva como contratista apoderado, del 31 agosto 2015 al 15 de noviembre de 2016 por sustracción de materia termina la relación con el fallo constitucional de segunda instancia, conforme a lo considerado.*

**Segundo.-** *Negar las demás pretensiones de la demandante conforme a lo considerado.*

**Tercero.-** *Declarar hay decisión ínsita sobre excepciones de mérito propuestas según las consideraciones hechas.*

**Cuarto.-** *Condenar en costas a cargo de la demandante Dra. MARTHA LILIANA CUERVO CASALLAS, y a favor del demandado Dr. GIOVANNI OMAR CHIA JAIMES, con fundamento en el artículo 365-1C.G.P. aplicable conforme al principio de integración normativa en conc. Acuerdo PSAA-16-10554 de 2016, artículo 5 primera instancia se fijan en \$1.250.000 las agencias en derecho, que serán tenidos en cuenta al liquidar las costas.*

### 2.2 Fundamento de la decisión

Dentro de sus consideraciones, el juez argumentó lo siguiente:

- Señala, que el litigio se fijó en determinar sobre la modalidad o descripción del pago del contrato de servicios profesionales de abogacía suscrito entre las partes y si hay lugar a ordenar un reembolso e indemnización por daños y perjuicios, a lo que se opone la parte demandada, resaltando como hechos aceptados que se suscribió el contrato, las cláusulas pactadas y los pagos recibidos.

- Resalta como pruebas aportadas el contrato de prestación de servicios, las consignaciones y pagos de la demandante, las providencias dictadas en sede administrativa y de tutela sobre el proceso de convalidación de título de especialista, donde se obtuvo inicialmente decisiones desfavorables en resoluciones del Ministerio de Educación, que fueron dejadas sin efecto por fallo de tutela en primera instancia y luego esta fue revocada en segunda instancia.

- Explica que está enfocado el litigio en la interpretación de la cláusula segunda sobre honorarios pactados entre las partes, pues estima la demandante que realizó pagos en exceso respecto del objeto contratado y acorde al clausulado que señaló: 10% de inicio, 60% durante la ejecución antes del fallo de primera instancia y 30% restante a la entrega de la resolución, con parágrafo indicando que se pagará el 20% del valor total del contrato en caso de que no se lograra la expedición del acto administrativo. Alegándose en los alegatos que ese 20% se relaciona exclusivamente con el 30% del último pago.

- Advierte el Juez que se evidencia la aceptación de la modalidad de pagos en el trámite del proceso, pues la actora fue cancelando, indicando que la posición del demandado es que nada dice la cláusula sobre devoluciones de sumas entregadas y la de la demandante que debe interpretarse la cláusula segunda de manera aislada al resto de la norma, imponiendo el mero pago del 20% del valor por no lograrse la acreditación, debiendo devolver el 50% del total de un 70% que alcanzó a cancelar, pues está probado el pago de \$36.040.000.

- Señala que la redacción del contrato se realizó, principalmente, asumiendo el éxito de la gestión encomendada pues acepta la actora que estaba convencida por los antecedentes de referencia del demandado y advierte que la redacción de la cláusula segunda no es ningún ejemplo de buena ilustración o claridad, pues de ella pueden surgir varias interpretaciones; pero que ninguna en el sentido que el total del contrato sería el 20% de honorarios pactados sobre \$50.000.000, pues ello es incoherente con los pagos pactados como previos y que no tendría sentido luego deban ser devueltos.

- No obstante, señala que esa cláusula no es garantista con el cliente pues no genera ninguna proporcionalidad entre abogado y cliente, dado que el primero gana en todos los escenarios, pero el segundo pierde totalmente en caso de perder. Indicando que es de resaltar como el Ministerio de Educación cambia las reglas de juego sobre la marcha antes de presentar la petición de convalidación, al expedir la resolución No. 096950 de 2015 que es la fundamentación para la negativa y cuyo contenido no tiene en cuenta el abogado en su actividad, pero esto no puede tener incidencia en los honorarios pues estos se pactaron de antemano y su fijación es directa entre las partes.

- Resalta que el artículo 35 de la Ley 1123 de 2007 estableció como falta disciplinaria: *“Acordar, exigir u obtener del cliente o de tercero remuneración o beneficio desproporcionado a su trabajo, con aprovechamiento de la necesidad, la ignorancia o la inexperiencia de aquellos”*; indicando que existen diferentes parámetros para fijar honorarios, como tarifas de colegios profesionales, jurisprudencia sobre los factores a tener en cuenta: calidad de la gestión, condiciones económicas, servicios a prestar, entre otros y aquí se fijó un valor a pagar en porcentajes por etapas, diferente a la cuota Litis, suma fija, participación o sistemas mixtos, pero en todo caso debe haber proporcionalidad para ambas partes.

- Citando jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señala que debe acogerse la directriz pactada como remuneración entre las partes cuando se suscribió el contrato y en este caso señala que las partes no previeron adecuadamente el resultado desfavorable, fijando un alto porcentaje antes de la decisión final que precisamente en este caso fue donde se perdió el objetivo. Advierte que si lo pretendido era devolución por exceso debió citarse a un perito que avaluara el valor de la actividad desplegada, pero como no se hizo se acoge la versión del demandado sobre que el 20% que refiere el parágrafo segundo se refiere al 30% de lo restante a la espera del resultado final, por guardar lógica y coherencia con los pagos realizados por la actora durante la ejecución del contrato. Quien de haber entendido que solo debía pagar el 20%, no habría realizado el pago del 70%, cuando ya se había agotado el trámite judicial contratado.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandante.**

El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no existe consonancia entre lo desarrollado en la etapa probatoria del proceso y el raciocinio del operador judicial, pues no se fijó que lo pactado fue un 70%+30%+10% lo que daría un 110% sobre la gestión del contrato, pero además el fallo se quedó corto en cuanto a la interpretación de un contrato, que como no existe un parámetro para aplicarlo expresamente en la jurisdicción laboral debió remitirse a los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, como señala sentencia del Consejo de Estado en fallo del 21 de junio de 2018 (Rad. 40.353), al indicar que los principios rectores de interpretación de contratos son la voluntad de las partes y la

buena fe, con cinco reglas específicas: interpretación específica, efectiva útil conservatoria, contextual extensiva, incluyente o explicativa y favorecer a quien no redactó las cláusulas ambiguas, primando sobre todo la intención real de las partes antes de acudir a las siguientes reglas.

- Que en este caso debió interpretarse de manera clara la voluntad de las partes en el parágrafo segundo de la cláusula, sobre el mero pago del 20% del valor total del contrato en caso de no obtener la convalidación y de no ser posible asumir que esa era la voluntad de las partes, debió acudirse a las reglas de los artículos 1619 a 1624 del Código Civil, resaltando en este caso la última donde se impone aplicar en contra de quien redactó una ambigüedad por su falta de explicación sobre los alcances de lo pactado; como sucedió en este caso, pues fue el apoderado demandado quien redactó el contrato que ofertó a la médico aquí demandante.

- Por ello, solicita que se acceda a las pretensiones pues debió interpretarse el contrato de la manera más justa y en todo caso no es proporcional ni atiende a los principios de ética y ponderación que se fijara un valor total de \$50.000.000 al trámite administrativo y de tutela para una convalidación de título obtenido en el extranjero; pues en providencias como T-625 de 2016, se explica que estos criterios deben ser guardados por los abogados al pactar los costos de sus mandatos y evitar el uso abusivo de su posición de garante.

#### **4. ALEGATOS**

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

##### **• PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la actora manifiesta que se opone a lo resuelto en primera instancia toda vez que el caso es una cuestión de interpretación del clausulado del contrato, que al no encontrar norma expresa en el ordenamiento jurídico laboral, se debe remitir analógicamente a la codificación civil la cual indica las reglas precisas en la materia; a saber artículos 1618 a 1624 y así lo ha explicado en su jurisprudencia el Consejo de Estado; indicando que se colige de manera diáfana que la voluntad de las partes en la cláusula quinta del contrato frente a los honorarios fue que de no haber obtenido el acto administrativo se pagara al abogado el 20% del valor del contrato y que en todo caso debe aplicarse el artículo 1624 del Código Civil, beneficiando a quien no redactó el contrato, siendo el abogado demandado quien desde su conocimiento de las normas tiene la posición de garante frente a lo redactado. Añade que el abogado demandado no cumplió el principio de proporcionalidad en el cobro de los honorarios al pactar una suma de \$50.000.000.

##### **• PARTE DEMANDADA:**

El demandado solicitó que se confirmara lo resuelto en primera instancia, en el sentido de que no existe obligación alguna de realizar devolución de dineros pues el contrato de prestación de servicios profesionales jurídicos suscritos entre la señora MARTHA LILIANA CUERVO CASALLAS y GIOVANNI OMAR CHIA JAIMES, es ley para las partes; que por su parte dio cumplimiento a los actos encaminados a obtener la convalidación del título de Especialista en Hematología y por ende la demandante cumplió con el pago de los respectivos honorarios, sin pactar ninguna clase de devolución como la reclamada, máxime cuando inició y ejecutó a cabalidad todos los actos jurídicos con tendientes a obtener la convalidación, bajo el entendido que las labores del profesional del derecho son de medios y jamás de resultados.

## **5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

Es del caso advertir, que cualquier controversia sobre la competencia de la especialidad ordinaria civil para resolver la solicitada resolución del contrato de prestación de servicios ha quedado saneada al haberse avocado conocimiento por parte del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta sin proponer conflicto de competencia y luego al no proponerse las excepciones previas correspondiente; sin perjuicio de lo cual, se aclara que por centrarse finalmente la controversia en el valor de los honorarios profesionales, existe competencia de esta especialidad para resolver conforme el numeral 6° del artículo 2 del C.P.T.Y.S.S.

## **6. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

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

¿Si la demandante MARTHA LILIANA CUERVO CASALLAS tiene derecho a que el demandado GIOVANNI OMAR CHIA JAIMES le devuelva la suma de \$26.040.000 por concepto de pagos cancelados excesivamente sobre el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado?

## **7. CONSIDERACIONES**

El eje central del presente litigio radica en determinar, si es procedente la declaratoria de incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre MARTHA LILIANA CUERVO CASALLAS y el abogado GIOVANNI OMAR CHIA JAIMES, respecto del cobro de honorarios profesionales; por estimar la demandante que conforme a la cláusula segunda, al no resultar favorable el asunto litigioso, solo estaba obligada al pago del 20% del total del contrato y por ende debe devolverse el 50% que canceló en exceso.

Al respecto, la parte demandada aceptó al contestar la existencia del mandato, la validez de los clausulados identificados y la recepción de pagos por total de \$36.040.000 en diferentes consignaciones y transferencias de la actora; sin embargo, alega que la interpretación exigida de la cláusula no es adecuada y los pagos se efectuaron conforme a la voluntad pactada, sin que sea procedente devolución alguna.

El juez *a quo* determina, que el citado párrafo segundo no puede leerse de manera aislada y de una lectura sistemática, consideró incongruente que se pactaran pagos progresivos que iba cumpliendo la contratante para que finalmente en caso de resultado negativo se tuviera que devolver, situación no pactada y que, si bien es consecuencia de la falta de previsión al redactar el contrato, no daba lugar a la devolución solicitada. Decisión a la que se opone la parte demandante por considerar que el juez acepta la existencia de desproporción y redacción ambigua, sin aplicar los parámetros legales de interpretación de los contratos que imponen al no poder verificar la voluntad de las partes, aplicar consecuencias negativas a quien redactó las cláusulas ambiguas y que en todo caso el cobro realizado fue desproporcionado respecto de la labor contratada.

De manera preliminar, se advierte que entre las partes no existe controversia sobre la existencia del contrato de prestación de servicios de mandato judicial celebrado por escrito el 31 de agosto de 2015, para que el demandado GIOVANNI OMAR CHÍA representara a la aquí demandante MARTHA CUERVO CASALLAS con la presentación del trámite administrativo de convalidación ante el Ministerio de Educación del título de especialista en HEMATOLOGÍA obtenido en Venezuela, por un valor total de \$50.000.000 en cuotas por avance del trámite.

Así mismo, concuerdan en que la actora realizó 8 pagos por total de \$36.040.000, como resultado de la ejecución del contrato y que el abogado presentó los respectivos recursos de reposición y apelación ante el Ministerio de Educación, con resultado desfavorable. Que inicialmente en fallo de tutela de primera instancia dictado el 22 de septiembre de 2016 por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Los Patios se había logrado el reconocimiento de la convalidación, pero este fue posteriormente revocado por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Cúcuta, que en sentencia del 15 de noviembre de 2016 declaró la improcedencia.

La controversia se dirige a establecer el alcance de la cláusula de pago de honorarios, que reza:

*“SEGUNDA: HONORARIOS.- EL CLIENTE pagará por concepto de honorarios al ABOGADO; la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS MCTE (\$50.000.000,00), el cual serán cancelados en diferentes cuotas así: Un 10% como pago inicial, el 60% durante la ejecución del contrato hasta antes del fallo judicial de primera instancia si hubiere lugar y el 30% restante a la entrega de la Resolución de Convalidación.*

*Parágrafo Primero: Si la Resolución es expedida sin acudir ante la jurisdicción ordinaria el monto total del contrato se pagará a la entrega del acto administrativo.*

***Parágrafo Segundo: En caso que no se lograra la expedición del Acto Administrativo se pagará al Abogado el 20% del valor total del contrato por concepto de gastos procesales incluyendo gastos de viaje y representación.”***

Del recaudo probatorio relacionado, se advierte, que efectivamente para cuando se expidió el fallo judicial de primera instancia, septiembre de 2016, la señora MARTHA CUERVO había cancelado al demandado un total de \$36.040.000, que equivaldría a un 72.08%, por lo que es dable concluir que había dado cumplimiento a su obligación contractual de pagos. Sin embargo, esta alega que el señor CHÍA JAIME una vez revocada esa providencia y perdido el objeto contratado, debía dar cumplimiento al parágrafo segundo y solo cobrar el 20% del valor total, lo que implicaba devolver lo cancelado en exceso. A lo que se opone el demandado por estimar que el objeto contratado se satisfizo en su totalidad, habiéndose pactado el pago progresivo de manera clara y la obligación contratada era de medios y no de resultados.

Para resolver este asunto, se debe partir del artículo 2142 del código civil donde se define el contrato de mandato como aquel: *«en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.»*. Respecto a la retribución de la gestión encomendada a través del mandato, el artículo 2143 del Código Civil, señala que *“el mandato puede ser gratuito o remunerado. La remuneración es determinada*

**por convención de las partes**, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”.

Respecto a las facultades del juez para definir la remuneración en los procesos de controversias de honorarios de que trata el numeral sexto del artículo 2 del C.P.T.Y.S.S., se recordó en sentencia SL2545 de 2019 que *“desde antaño ha precisado la Corte que no puede perderse de vista que **siempre se privilegiará la voluntad contractual de las partes**, y sólo a falta de ésta, se acudirá a las tarifas de los colegios de abogados con aprobación del Ministerio de Justicia y del Derecho o a otras pruebas que se aporten o practiquen en el proceso, como los dictámenes periciales, confesiones, testimonios, entre otros medios probatorios autorizados, a efectos de tasar los honorarios profesionales.”*

Conforme a estos preceptos, se advierte que como las partes autónomamente fijaron el valor de los honorarios, esta convención tiene privilegio e impide que el juez acuda a fuentes auxiliares o complementarias para resolver el asunto, debiendo entonces resolver a cuál de los contratantes asiste razón en su interpretación del valor final de los honorarios como resultado de la no consecución del acto administrativo de convalidación.

Respecto de las facultades del juez laboral para interpretar las cláusulas de los contratos de prestación de servicios y resolver sobre posibles incumplimientos, la providencia SL487 de 2019 expone:

*“(...) la Sala advierte que en ninguno de los errores de hecho denunciados incurrió el Tribunal, porque apreció adecuadamente el contenido del acuerdo celebrado entre las partes, las obligaciones que del mismo emanaron y el incumplimiento endilgado por la Cooperativa demandada a la sociedad recurrente. En cuanto al contenido, si bien en la cláusula séptima se estipuló la irrevocabilidad unilateral, también se dispuso que **la ley que regiría el convenio sería la civil, previsión lógica porque el contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, en esas condiciones, no se rige por las normas laborales que gobiernan el contrato de trabajo**, sino por las civiles relacionadas con el contrato de mandato.*

*Sobre las obligaciones que emanaron del convenio tampoco se aprecia una valoración desacertada del Tribunal, pues no solamente observó y evaluó el contenido de la cláusula segunda, que definió el objeto contractual, sino que al referirse a aquellas aseveró que «[...] no puede desconocer la Sala que la demandante realizó una serie de gestiones en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito con la Cooperativa demandada», pero enseguida concluyó que «[...] no aprecia la Sala cumplidos los compromisos estipulados en la cláusula segunda del mencionado contrato, en virtud de lo cual no podría pensarse que la demandada estaba en la obligación de pagar todos los honorarios pactados».*

En esta medida, está facultada la Sala de Decisión para interpretar la cláusula pactada entre las partes sobre la fijación de los honorarios en aras de resolver la controversia y para ello, como advierte el apelante, señala la jurisprudencia que debe aplicarse la normatividad civil de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del código civil. Lo que se reitera en providencia SL387 de 2020:

*“cabe memorar, que el acto jurídico, emerge de la libertad humana, considerada como fuente de las relaciones de derecho, lo que impone al Juzgador, al momento de interpretarlo, garantizar ese postulado; de ahí, que deban atenerse a la fidelidad de la voluntad, a la intención, a los móviles que llevaron a los contratantes a pactar en la forma como lo hicieron.*

*Así, en esa labor hermenéutica, la primera directriz que debe tenerse en cuenta, es la prevista en el artículo 1618 del Código Civil, conforme al cual, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*

*Por manera que, cuando el pensamiento y el querer de quienes concretaron un pacto jurídico queda escrito en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, debe presumirse que esas estipulaciones son fiel reflejo de su voluntad interna, teniendo también, por cierto, que el contrato es una unidad, lo que implica, que para conocer la verdadera intención de las partes, deben apreciarse todas sus estipulaciones en forma coordinada y armónica, pues, de realizarlo aisladamente, se corre el riesgo de hacerle producir efectos contrarios, a lo que en conjunto se deduce.”*

Igualmente en esa sentencia se cita como parámetro a la providencia SC3047 de 2018, que señala:

*“La labor hermenéutica de las estipulaciones contractuales, se hace particularmente imprescindible cuando las mismas presentan vacíos o exteriorizan ausencia de claridad, originada en manifestaciones confusas o contradictorias, o por cualquier otra circunstancia que se erija como un obstáculo para comprender el querer de los contratantes, y dado que corresponde a una labor técnica, el Juzgador no goza de plena o irrestricta libertad para realizarla, por lo que se debe apoyar para desarrollar esa tarea, entre otras, en las pautas o directrices legales.*

*Aquel ha sido el criterio de esta Corporación, el cual expuso entre otras, en la sentencia CSJ SC, 24 jul. 2012, rad. 2005-00595-01, en la que sostuvo:*

*«Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5° y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como **las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales**, esto es, **antes, durante y después de su celebración**, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse.”*

Siguiendo estas directrices, se advierte que el pacto de honorarios cuestionado contiene 4 parámetros, aparentemente claros:

1. El valor total del servicio contratado sería de \$50.000.000
2. La modalidad de pago será en cuotas: 10% como pago inicial, 60% a pagar hasta la expedición de sentencia de primera instancia y 30% a la entrega de la resolución de convalidación.
3. En caso de obtener esa resolución antes, se pagará la totalidad con su entrega.
4. En caso de no obtener la convalidación, se “pagará al Abogado el 20% del valor total del contrato por concepto de gastos procesales incluyendo gastos de viaje y representación”

Conforme al artículo 1618 del código civil, “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”; se evidencia así que la voluntad de las partes quedó representada de manera general en una serie de pagos progresivos, a medida que avanzaba el trámite contratado, con dos opciones dependiendo del resultado: en caso positivo se generaba el pago del valor total y en caso negativo se limitaba el valor de los honorarios; si bien el *a quo* señaló que acorde a lo alegado por el demandado en sus declaraciones, este último porcentaje en caso negativo se debía entender aplicado sobre el saldo final, lo cierto es que

expresamente se pactó entre las partes que sería sobre el **valor total del contrato**.

Frente a esta literalidad, si la parte demandada pretendía que se fuera más allá de ella y se entendiera una intención diferente que quedó mal redactada, debía aportar pruebas complementarias sobre los actos precontractuales para determinar si realmente la voluntad de los contratantes quedó mal plasmada; estima la Sala que es equivocado asumir que por la parte demandante consignar progresivamente los honorarios pactados, que era su obligación, se desprende un reconocimiento de que el 20% solo aplicaba al saldo. Pues no solo no existen pruebas de esta inferencia, sino además es ilógico asumir en perjuicio su propia intención de cumplir el contrato.

Señala el artículo 1622 del Código Civil, que “*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad*”; para este caso, advirtió el *a quo* que como las partes no pactaron en esa cláusula segunda la posibilidad de reembolso, pues debía entenderse que esta situación no estaba prevista. Sin embargo, la naturaleza del pacto de honorarios representa los citados tres escenarios: progresividad de cuotas, pago total en caso de éxito y pago limitado en caso de fracaso. Por lo que el alcance de este último escenario, no puede atarse al cumplimiento del primero, en etapas donde aún el resultado era incierto pero cuyas obligaciones vigentes imponían a la deudora el cumplimiento en el pago acordado.

Por ende, estima la Sala que debe aplicarse el artículo 1624 del Código Civil, interpretación a favor del deudor, que reza: “*No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero **las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes**, sea acreedora o deudora, **se interpretarán contra ella**, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella*”.

En este caso, como el abogado contratado para prestar sus servicios fue quien extendió el contrato para ser aceptado por la demandante, de profesión médica y sin que se demostrara su intervención en la redacción final del contrato; se hace imperioso aplicar los entendimientos ambiguos en contra del demandado, quien por sus conocimientos jurídicos debía preservar los principios de buena fe y ética profesional en la redacción para evitar estas confusiones, dado que es de su conocimiento que cualquier malentendido podría serle interpretado en contra.

Por ello, erró el juez *a quo* cuando asumió en contra de la demandada la interpretación de la cláusula segunda y su parágrafo segundo; pues si el contrato que le fue ofrecido por el abogado señalaba que en caso de resultado negativo solo debía pagar el 20% del **valor total** (expresión usada por el redactor), debía entender que sin la misma experiencia en contratos la deudora iba a asumir que en caso de derrota, el valor de los honorarios a pagar, no iban a ser elevados sino acordes al resultado.

Le asiste razón entonces al apelante cuando advierte, que hubo indebida aplicación de las normas de interpretación contractual en primera instancia, pues de una lectura adecuada al contexto de los contratantes podría desprenderse que efectivamente en caso de derrota, el valor de los honorarios disminuiría a un 20% del valor total pactado y no del saldo restante para ese momento, intelección que no se refleja de ningún acto precontractual o actuación de los contratantes.

Ahora bien, señala el apoderado de la parte demandada desde la contestación que el valor contratado fue aceptado por ambas partes y que no hay lugar a devoluciones porque cumplió con el acto contratado,

presentando los recursos y acciones constitucionales correspondientes pero que la obligación era de medios y no de resultados; sin embargo, el valor pactado de los honorarios contenía dos condicionamientos que dependían del resultado, que es el parámetro aquí aplicado.

De otra parte, si se analiza la proporcionalidad de los honorarios pactados, debe decirse que acepta la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, como señala el artículo 393 del C.P.C., se utilicen algunos parámetros homólogos para valorar la tasación; señala la providencia SL4039 de 2020 que *“acerca de los criterios que se deben tomar en consideración al momento de establecer el valor de los honorarios, la Corte puntualizó, en la sentencia CSJ SL, 10 dic. 1997, rad. 10046, que debía tenerse en cuenta «la naturaleza, cantidad, calidad e intensidad u otros aspectos pertinentes relativos a las gestiones cumplidas, y si es necesario deberá asesorarse de un experto».*”

Usualmente esta Sala de Decisión en los casos donde no se demuestra el pacto de honorarios acude como indicativo a los rubros fijados por los Colegios de Abogados; conforme a la Resolución No. 002 de agosto 10 de 2015 expedida por CONALBOS para fijar los honorarios profesionales de abogados durante los años 2016 y 2017, uno de los factores determinantes para fijar los honorarios es que los cálculos deben hacerse sobre el producto final en favor del cliente; así como por los posibles resultados que puedan generarse y los esfuerzos en la prestación del servicio.

Para este tipo de labor, donde se había negado una convalidación y debían adelantarse inicialmente recursos en vía gubernativa para revocar esa decisión, señala la resolución que pueden pactarse por cada uno hasta dos salarios mínimos mensuales legales vigentes; como estos fueron desfavorables, se impuso una acción de tutela que en primera instancia señala el acuerdo, permite el cobro de cuatro salarios mínimos mensuales legales vigentes y por haber existido segunda instancia, de otros dos salarios mínimos. Esto arroja un total de 10 salarios mínimos, ejecutado el contrato en 2016 principalmente con un mínimo de \$689.455, arroja un total de \$6.894.455.

En esa medida, también asiste razón el apelante cuando advierte en su segundo argumento que mantener el pago de \$36.040.000 por las gestiones encomendadas era contrario a los principios de proporcionalidad y ponderación de esta clase de mandatos; pues se excede en cuatro veces lo que se recomienda por los colegios profesionales, para una labor que no requiere gestiones directas ante las entidades diferente a la redacción de los recursos legales, menos aun cuando no se pactaron acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa para lograr la nulidad y restablecimiento del derecho de la negativa de convalidación.

En consecuencia, estima la Sala que con una lectura adecuada de la cláusula segunda y siguiendo los explicados parámetros de interpretación legal, así como los postulados de proporcionalidad, ponderación y buena fe; sí existe un incumplimiento contractual por parte del demandado GIOVANNI OMAR CHÍA JAIMES, al no devolver el 52.08% pagado en exceso a la señora MARTHA LILIANA CUERVO CASALLAS, cuando al final del trámite no obtuvo el acto administrativo de convalidación. Dado que el párrafo segundo fijaba claramente en 20% del valor total, la remuneración cuando no se lograra el objetivo favorable y por ende habrá de los numerales segundo, tercero y cuarto de la providencia apelada, para en su lugar declarar este incumplimiento.

Por las razones expuestas previamente se declararán no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO

DEBIDO y MALA FE DE LA DEMANDANTE; quedando por evaluar la posible prescripción.

Para este caso, el contrato finalizó el 15 de noviembre de 2016 cuando se expidió la sentencia de tutela desfavorable en segunda instancia; la demanda inicialmente se radicó ante los jueces civiles municipales de Bogotá, el 14 de diciembre de 2017 y en auto del 24 de enero de 2018 se envió a los jueces laborales del circuito por competencia; fue admitida en auto del 4 de mayo de 2018 e inicialmente tras ser emplazado, se notificó curador ad litem el 26 de septiembre de 2018; pero el demandado interpuso incidente de nulidad el 12 de febrero de 2019 que fue aceptado en control de legalidad de audiencia del mismo día y luego de avocado el conocimiento por parte del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, finalmente fue notificado el demandado el 22 de agosto de 2019.

Implica lo anterior, que la demanda fue radicada a tiempo y pese a la demora para notificar al demandado, entre el 15 de noviembre de 2016 y el 22 de agosto de 2019 que finalmente quedó debidamente vinculado al proceso, no transcurrieron los 3 años que consagra el artículo 151 del C.P.T.Y.S.S. para que prescriba el derecho reclamado y esta excepción tampoco está llamada a prosperar.

En consecuencia, se condenará al demandado GIOVANNI OMAR CHÍA JAIMES a reconocer y pagar la suma de VEINTISÉIS MILLONES CUARENTA MIL PESOS MCTE (\$26.040.000) a la demandante MARTHA LILIANA CUERVO CASALLAS, por concepto de honorarios cancelados en exceso.

Respecto de las pretensiones de daños y perjuicios, el demandante reclama como lucro cesante los intereses de mora causados desde el 31 de diciembre de 2016 a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera, y como daños morales la suma de 50 SMLV provocado por la zozobra, desasosiego y desesperanza derivada del incumplimiento contractual que afectó su mínimo vital.

Sobre el lucro cesante, como se ha explicado que este contrato de prestación de servicios de mandato judicial se analiza bajo las normas del código civil, y el artículo 1617 señala que *“Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; **basta el hecho del retardo**”*; y en este caso como se advirtió, una vez negado el acto de convalidación se generó la obligación de devolver lo pagado en exceso y el mero hecho del retardo permite conceder el pago de intereses; sin embargo, estos se reconocerán a la tasa del 6% anual de que trata este artículo, por no tratarse de un acto mercantil que permita cobrar intereses a la tasa de la Superintendencia Financiera.

En cuanto al daño moral, estima la Sala que la supuesta afectación al mínimo vital con consecuencias en la psiquis de la demandante carece de cualquier prueba que lo respalde, por lo que no resulta procedente.

Finalmente, al prosperar el recurso de apelación de la parte demandante se condenará en costas de ambas instancias al demandado, fijando como agencias en derecho a favor de la demandante de primera instancia el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y de segunda instancia a medio salario mínimo mensual legal vigente.

### DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** los numerales segundo, tercero y cuarto de la Sentencia del 4 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta y en su lugar declarar incumplimiento contractual por parte del demandado GIOVANNI OMAR CHÍA JAIMES, al no devolver el 52.08% pagado en exceso a la señora MARTHA LILIANA CUERVO CASALLAS, cuando al final del trámite no obtuvo el acto administrativo de convalidación; por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR** al demandado GIOVANNI OMAR CHÍA JAIMES a reconocer y pagar la suma de VEINTISÉIS MILLONES CUARENTA MIL PESOS MCTE (\$26.040.000) a la demandante MARTHA LILIANA CUERVO CASALLAS, por concepto de honorarios cancelados en exceso, así como el pago de los intereses de mora legales causados desde el 31 de diciembre de 2016 a la tasa fija del 6% anual, acorde al artículo 1617 del Código Civil.

**TERCERO: ABSOLVER** al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, MALA FE DE LA DEMANDANTE y PRESCRIPCIÓN, conforme a lo expuesto previamente.

**QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** de ambas instancias a la parte demandada; fíjense como agencias en derecho a favor de la demandante de primera instancia el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y de segunda instancia a medio salario mínimo mensual legal vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**


**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ**  
**MAGISTRADA**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**  
**MAGISTRADO**

**Certifico:** Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.  
Cúcuta, 1 de junio de 2022.



---

Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

|                          |                                                                              |
|--------------------------|------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                                                     |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-004-2019-00310-00                                               |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.510                                                                       |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | JAIRO HERNANDO MEDINA                                                        |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COLPENSIONES Y COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN |

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JAIRO HERNANDO MEDINA contra COLPENSIONES Y COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00310-00, y Radicación interna No 19.510 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el Grado Jurisdiccional de Consulta, contra la Sentencia del 6 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor JAIRO HERNANDO MEDINA presentó demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la empresa COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN; invocando como pretensión principal que se ordene a COLPENSIONES convalidar en su historia laboral los ciclos laborados para el empleador ALMACENES LARA HERNÁNDEZ LTDA. comprendido entre el 1 de agosto de 1970 al 30 de marzo de 1972, para que proceda a reconocer pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990, a partir del 1 de julio de 2011, con el retroactivo indexado e intereses de mora.

De manera subsidiaria, solicita se ordene a COLPENSIONES proceder a emitir liquidación de pago por los ciclos comprendidos entre el 1 de agosto de 1970 al 30 de marzo de 1972, descontando los períodos del 1 de enero de 1971 al 30 de junio de 1971 y se ordene al empleador que en un término no mayor a 30 días proceda al pago respectivo y una vez sea recibido se contabilice para acceder a la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990, a partir del 1 de julio de 2011, con el retroactivo indexado e intereses de mora.

Como fundamento fáctico refiere lo siguiente:

- Que JAIRO HERNANDO MEDINA nació el 27 de abril de 1946, cuenta con puntaje sisben de 22.63, no tiene trabajo y por ende debe entenderse como un sujeto en condición socioeconómica vulnerable; cumpliendo varios

ciclos laborales con empleadores desde agosto de 1970 y en calidad de independiente otros ciclos interrumpidos, terminando sus cotizaciones con el régimen subsidiado.

- Que al actor no le aparece registrado el ciclo de vínculo laboral con el empleador ALMACENES LARA HERNÁNDEZ & CIA LTDA., a partir del 1 de agosto de 1970 al 30 de marzo de 1972, como pueden evidenciar sus compañeros de trabajo TERESA PÉREZ DE MUÑOZ, RAMIRO PÉREZ VARGAS y JOSÉ ROLANDO SERRANO LÁZARO; por lo que no se están contabilizando 85.71 semanas, mientras sus compañeros informan que si tienen este tiempo debidamente contado.

- Que en lugar de ALMACENES LARA HERNÁNDEZ & CIA LTDA., aparece un empleador que surgió años después que es COMERCIAL GUERRERO C., quien reporta como empleador del 1 de enero al 30 de junio de 1971, es decir que faltaron 60 semanas por cotizar; indicando que fue mediante escritura pública 2406 que cambió de denominación social.

- Que con estas semanas faltantes el actor alcanzaría un total de 1177 semanas en toda su historia laboral al 30 de junio de 2011, permitiéndole sumar 750 semanas antes del 25 de julio de 2005 y 1000 en todos los tiempos antes del 31 de julio de 2010; por lo que a la fecha se le ha negado el acceso a la pensión de vejez, indicando que no conservó el régimen de transición y negándose a proceder a la corrección de la historia laboral.

La demandada COLPENSIONES contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones por estimar que el actor no cumple los requisitos para que se convalide el período en su historia laboral y por ende tampoco con las semanas necesarias para acceder a pensión de vejez; indicando que no le constan los hechos enunciados, excepto los actos administrativos. Propuso como excepciones de mérito el COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

La demandada COMERCIAL GUERRERO – GERMAN GUERRERO Y CIA. LTDA. EN LIQUIDACION, contestó a través de su liquidador que no le constan los hechos, quien reporta el historial laboral no es el empleador sino la entidad encargada de recaudar y lo advertido por el actor sobre la relación entre ellos debe probarse, pues solo constaría el tiempo efectivamente cotizado y no da credibilidad a testimonios de terceros que difieren de estos documentos. Propone como excepciones de mérito FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, AUSENCIA DE CAUSA, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADAS.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta contra la Sentencia del 6 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO:** *Declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la empresa demandada otrora ALMACENES LARA HERNANDEZ Y CIA LTDA, sustituida la razón social por COMERCIAL GUERRERO Y CIA LTDA., folio 20 del plenario, vigencia 1 enero de 1971 a 31 diciembre de la misma vigencia, conforme a lo considerado.*

**SEGUNDO:** *Declarar que la empresa demandada sustituida como se ha indicado, en su razón social, incumplió con el pago de cotizaciones a seguridad*

*social en pensiones y a favor del demandante por el periodo 1 julio a 31 diciembre de 1971, es el resultado de la valoración probatoria, conforme a lo considerado.*

**TERCERO:** *Condenar a la pasiva COMERCIAL GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACION otrora LARA HERNANDEZ Y CIA LTDA, a pagar a favor del demandante JAIRO HERNANDO MEDINA con c.c. 13.225.057, la prestación social pensión de vejez desde el 1 de julio de 2011, última cotización 30 junio de 2011 folio 13 vto, según el artículo 13 D.R. 758 de 1990, y hasta que COLPENSIONES S.A., asuma la obligación pensional previo pago del CALCULO ACTUARIAL por la empresa COMERCIAL GUERRERO Y CIA LTDA, como se dispone, el valor de la pensión de vejez igual al S.M.L.M.V., desde su causación fecha indicada la que se aumentara conforme al artículo 14 ley 100 de 1993, 14 mesadas al año según acto legislativo 01 del 2005.*

**CUARTO:** *Condenar a cargo de la empresa COMERCIAL GUERRERO Y CIA LTDA. HOY EN LIQUIDACIÓN, a pagar por cuenta y beneficio del trabajador demandante a COLPENSIONES S.A., el cálculo actuarial de 1 julio a 31 diciembre de 1971, según el artículo 33 ley 100 de 1993, parágrafo 1 literal c inciso 2 conc. Decreto 1887 de 1994 artículo 1, cálculo que hará COLPENSIONES S.A, y pagará la pasiva empleador a satisfacción del fondo pensional COLPENSIONES S.A., como PRESUPUESTO SUSTANTIVO para el reconocimiento pensional AL ACTOR POR PARTE DE COLPENSIONES S.A.*

**QUINTO:** *Condenar a COLPENSIONES S.A., a diligenciar el cálculo actuarial debido por el empleador sustituto COMERCIAL GUERRERO Y CIA LTDA., poniéndolo en conocimiento del demandado para que lo pague en el término que se le conceda a satisfacción de Colpensiones, sin ser superior a un (1) mes a la ejecutoria de esta sentencia.*

**SEXTO:** *Condenar a COLPENSIONES S.A., una vez recibido el CALCULO ACTUARIAL EN MATERIA DE PENSIONES, por la empresa empleadora hoy sustituta con dicha obligación, RECONOCER COLPENSIONES, el derecho de la pensión de vejez del actor, 14 mesadas al año, sobre el IBC un S.M.L.M.V de cada año con incrementos anualmente artículo 14 ley 100 de 1993. Oficiar al empleador para que proceda de conformidad, es decir, al RECONOCIMIENTO PENSION DE VEJEZ LEY 100 DE 1993, TEXTO ORIGINAL, CONFORME A LO CONSIDERADO.*

**SÉPTIMO:** *Despachar negativamente las demás pretensiones, conforme a lo considerado.*

**OCTAVO:** *Declarar probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales debidas por la empleadora, teniendo en cuenta la presentación de la demanda 30 de agosto de 2019 folio 55, se encuentran prescritas las mesadas anteriores al 30 de agosto de 2016, artículo 488 y 489 CST y artículo 151 del CPT y de la SS. Aclarando que el empleador COMERCIAL GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACION, queda condenado a pagar la pensión de vejez hasta que sea sustituido por COLPENSIONES S.A. una vez pague el empleador el cálculo actuarial.*

**NOVENO:** *Declarar no probada la excepción de prescripción respecto de COLPENSIONES S.A., en atención a que las pretensiones declarativas no prescriben y en cuanto a la buena fe se presume artículo 83 superior, la que por sí sola no enerva lo pretendido por el demandante, conforme a lo considerado.*

**DÉCIMO:** *Declarar decisión ínsita en cuanto a las demás excepciones de mérito propuestas por la defensa, conforme a lo considerado.*

**DÉCIMO PRIMERO:** *Condenar en costas a la parte demandada COMERCIAL GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACION, otrora ALMACENES LARA HERNANDEZ Y CIA LTDA, y a favor del demandante JAIRO HERNANDO MEDINA*

## **2.2. Fundamento de la Decisión.**

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

- Que el problema jurídico consiste en determinar si procede el reconocimiento de semanas dejadas de cotizar por ALMACENES LARA HERNÁNDEZ LTDA., en las fechas señaladas en la demanda y si con ellas hay lugar a reconocer la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, conforme al régimen de transición, ordenando el pago de retroactivo indexado e intereses de mora; centrándose la controversia específicamente en los meses sin cotizar entre el 1 de agosto de 1970 al 30 de marzo de 1972, descontando los períodos del 1 de enero de 1971 al 30 de junio de 1971 que ya fueron cotizados, es decir 60.02 semanas se reclaman extraviadas.

- Que al contrastar los documentos aportados y los testimonios recepcionados, es posible evidenciar que efectivamente ALMACENES LARA HERNÁNDEZ LTDA., no cotizó a seguridad social oportunamente a sus empleados pues ello es notorio al advertir que hizo las cotizaciones tiempo después cuando ya había cambiado su razón social tanto en el caso del demandante como con los testigos, a quienes se advierten si les cotizaron, aunque posteriormente la totalidad del período reclamado.

- Expone, que los testigos fueron claros y creíbles, respaldados por sus cotizaciones para evidenciar que laboraron en el mismo período reclamado por el demandante, aunque no para todos pues estos ingresan el 15 de marzo de 1971 y por lo tanto no pueden dar fe de los períodos anteriores; por lo que el actor puede acreditar del período del 1 de julio de 1971 al 30 de marzo de 1972 un total de 9 meses (38.61 semanas), que adicionadas a las reconocidas le permiten tener 750 semanas a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, pero aclara que los testigos realmente solo pueden certificar por su falta de precisión 6 meses de julio a diciembre de 1971, donde documentalmente evidencian cotizar y que se reconoce por estar demostrado aunque carecen de precisión en fechas; exponiendo que la jurisprudencia ha determinado que la falta de precisión no es excusa para desconocer derechos cuando hay seguridad de la prestación en un período de tiempo.

- Con lo anterior puede adicionarse 25,74 semanas aunque advierte que estas no permiten alcanzar las 750 semanas, indica que al 25 de julio de 2005 el actor entonces evidencia 747,23 semanas lo que hace imposible aplicar el régimen de transición por cotizaciones, pero si por edad para ser beneficiario del Decreto 758 de 1990 y pensionarse con 60 años de edad y 1000 semanas en todos los tiempos; evidenciando que cumple los requisitos antes del 31 de julio de 2010, al cumplir la edad el 7 de abril de 2010 y tener 1005 semanas, sumando las aquí reconocidas.

- En consecuencia, es procedente ordenar a la demandada COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez una vez el empleador cancele el período de aportes a condenar; debiendo presentar la liquidación correspondiente e informar los términos para su pago, exponiendo que la jurisprudencia ha sido clara respecto de los deberes del empleador para cubrir los períodos omitidos con o sin culpa y esta es la lectura más acorde para garantizar la universalidad del sistema general de seguridad social.

- Aclara que el pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES será posterior el pago del empleador, dado que depende enteramente de que se acrediten las semanas cotizadas y por ende al ser su responsabilidad, condena al empleador a reconocer la pensión de vejez desde el 1 de julio de 2011 hasta que cumpla con el pago del cálculo actuarial y asuma

COLPENSIONES la mesada. Indica que el retroactivo se pagará debidamente indexado con base al último salario mínimo.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **3.1 De la demandante**

La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Se opone al numeral tercero y octavo, donde se condena a la pasiva a reconocer la pensión desde julio de 2011 pero luego declara prescritas las mesadas anteriores a agosto de 2016 e indicando que, si bien el fallo le es favorable, se trata de un empleador en liquidación y no existe seguridad sobre los recursos con que puedan contar para cumplir dicha obligación; siendo entonces necesario resaltar que en la demanda se reclama el derecho pensional a cargo de COLPENSIONES y la Corte en providencias como SL134 de 2021 donde señala que es equivocado que solo a partir del cálculo actuarial cuando se genera el derecho, o en SL151 de 2021 que en reiterada jurisprudencia desde 2015 aplicando los principios de universalidad, todos los tiempos de servicio demostrados deben servir para acceder a los derechos prestacionales. Máxime cuando el actor es un sujeto de especial protección constitucional y COLPENSIONES ha incurrido en problemas al administrar sus tiempos de servicios, reconociendo la Corte lo relevante que es garantizar el acceso a la pensión y no imputarle los errores de la administradora o la omisión del empleador, de manera que respetando la prescripción aplicada debe ordenarse a COLPENSIONES asumir el pago inmediato y directo, sin perjuicio de sus facultades de cobro.

#### **3.2 De la demandada COLPENSIONES.**

La apoderada de la parte demandada COLPENSIONES interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Expone, que no es procedente reconocer pensión de vejez al actor antes de que se realice el pago del cálculo actuarial porque ante la entidad aún no aparecen reportadas las semanas de dicho empleador y que revisada la historia laboral, cuenta con 1017 semanas y la edad pero no el régimen de transición; sin que tenga los requisitos legales correspondientes para acceder a la pensión y no debiendo cargar con el peso de la mora patronal ajena a sus deberes.

#### **3.3 De la demandada COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN**

La apoderada de la parte demandada **COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN** interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Señala, que interpone recurso contra las condenas elevadas en su contra, indicando que si bien existe prueba de una relación laboral evidenciada por aportes de enero a junio de 1971, también es cierto que la empresa COMERCIAL GUERRERO nació a la vida jurídica en noviembre de 1972 y por lo tanto es absurdo pensar que omitió incurrir en pagos de seguridad social previos; siendo claro el mismo demandante al indicar que laboró fue para LARA HERNÁNDEZ y no COMERCIAL GUERRERO, por lo que no es posible imponerle las cotizaciones.

•Determina, que las declaraciones de los testigos también advirtieron ser compañeros de trabajo del actor, pero en LARA HERNÁNDEZ y no con COMERCIAL GUERRERO; inclusive el testimonio de RAMIRO PÉREZ es dudoso sobre las fechas de retiro del demandante, pues indica que asistió a una fiesta decembrina a final de 1971 no le da estatus para aseverar su permanencia y por ende al demandante no le asiste el derecho a las pretensiones reclamadas en su contra.

#### **4. ALEGATOS**

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

##### **•PARTE DEMANDANTE:**

La apoderada del actor manifiesta que comparte la decisión de primera instancia que resolvió favorablemente los problemas jurídicos sobre la existencia del contrato de trabajo y la existencia del derecho a pensión de vejez, pero no que se impusiera el pago del retroactivo a cargo del empleador, quien acorde a los parámetros legales debe asumir el cálculo actuarial a favor de COLPENSIONES.

Advierte que actualmente cuenta con 1012 semanas cotizadas, existiendo tiempos incompletos en su vinculación de 1970 a 1972 con COMECIAL GUERRERO, los cuáles fueron en parte reconocidos por el juez y con lo cual puede acceder a su pensión de vejez, siendo las semanas reconocidas apenas un 2.09% del total y por ende, ese volumen no da para ordenar al empleador (en liquidación) asumir el pago del retroactivo, que corresponde a la Administradora de Pensiones y resulta injusta para el afiliado; lo que además desconoce la jurisprudencia que impone la obligación es del cálculo actuarial por las semanas no cotizadas y COLPENSIONES es quien debe custodiar las historias laborales de los afiliados, verificar las novedades de retiro y las moras patronales.

##### **•PARTE DEMANDADA:**

La apoderada de la demandada SOCIEDAD COMERCIAL GUERRERO – GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN, se ratifica en las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, al indicar, que no es procedente el reconocimiento de los aportes porque el actor no estuvo vinculado como trabajador en el período reclamado, siendo este período incluso anterior a su nacimiento a la vida jurídica, pues acorde a la escritura pública registrada en Cámara de Comercio fue constituida en 1972, sin que exista sustitución o sucesión respecto de ALMACENES LARA HERNÁNDEZ CIA, al no demostrarse la relación de órganos directivos o capital social. Resaltando que el actor en su demanda e interrogatorio hace referencia a dicha empresa y acepta que eran cumplidos en sus deberes laborales, por lo que era posible concluir que cualquier inconsistencia se derivaba del error y desorden de COLPENSIONES, quien debe explicar por qué asigna registro de aportes a una empresa antes de su nacimiento a la vida jurídica.

La apoderada de COLPENSIONES señala que la entidad ha negado la pensión de vejez acorde al estudio de la carpeta pensional e historia laboral actualizada, sin que una vez corregida la misma se evidencia que tenga el derecho reclamado acorde a la normatividad legal aplicable y a que no acredita su causación antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no cumpliendo tampoco entonces con los requisitos de la Ley 100 de 1993; advirtiendo que los períodos sobre los que se solicita convalidación no

aparecen y existe una obligación del empleador de cotizar debidamente, para evitar una indebida administración del patrimonio de los asegurados.

## **5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **6. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER:**

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

- ¿Si en este caso, el Demandante JAIRO HERNANDO MEDINA tiene derecho a que la demandada COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN (antes ALMACENES LARA HERNÁNDEZ & CIA LTDA) le reconozca los aportes a seguridad social por todos los períodos laborados entre agosto de 1970 y marzo de 1972?
- ¿Si como consecuencia del anterior reconocimiento la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- debe reconocer y pagar la pensión de vejez, con fundamento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin tener en consideración lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005?
- En caso afirmativo, se establecerá a quien corresponde asumir el retroactivo pensional no prescrito.

## **7. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar, si tiene derecho el actor a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- le reconozca y pague la pensión de vejez, con fundamento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado en Decreto 758 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; identificándose desde la demanda, que la controversia radica en que el demandante alega que su empleador COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN (antes ALMACENES LARA HERNÁNDEZ & CIA LTDA) dejó de cotizar por todos los períodos laborados entre agosto de 1970 y marzo de 1972.

Al respecto, el juez a quo estableció, que conforme a los testimonios recepcionados en la etapa probatoria se acreditaba con suficiencia que el actor había laborado para la empresa demandada al menos entre julio y diciembre de 1971, lo que le permite sumar semanas suficientes para acreditar edad y tiempo antes del 31 de julio de 2010, no necesitando las 750 semanas para mantener el acto legislativo; ahora respecto de las condenas, resuelve reconocer la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES pero hasta tanto se materialice el pago del cálculo actuarial, ordenando al empleador incumplido asumir la prestación desde su causación tras la última cotización en julio de 2011 hasta que sea reemplazado por la Administradora de Pensiones, con prescripción a lo causado antes del 30 de agosto de 1996.

De manera preliminar, se advierte, que conforme el principio de consonancia contenido en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., la decisión de segunda instancia

debe fundarse en los aspectos apelados; de allí que, no pueda revisarse lo correspondiente a los intereses de mora negados por el juez a quo, dado que la parte actora no interpuso recurso en su contra ni la prescripción aplicada pues con ella afirmó estar conforme.

En esa medida, debemos decir que el régimen de transición se encuentra consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y dispone que son beneficiarios de éste, en el caso de los hombres, aquellos que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, el 01 de abril de 1994, tuvieran 40 años o más o 15 años de servicios y en el asunto examinado, existe certeza que el actor nació el 27 de abril de 1946 (fol. 2); es decir, que para la entrada en vigencia del sistema contaba con 47 años de edad y por ende es beneficiario del régimen de transición.

Así mismo, debemos observar que el parágrafo 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que *“El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”*.

Bajo esta nueva normatividad se desmontó el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se condicionó su extinción y excepcional aplicabilidad con el cumplimiento de determinados requisitos.

De esta manera en concreto, si lo que pretende es seguir beneficiándose del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, debe cumplir con las condiciones que estableció el parágrafo 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, que impuso las siguientes reglas:

1. Como regla general, el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, término dentro del cual no se encuentra cobijado el Demandante, pues si bien acorde al Acuerdo 049 de 1990 cumplió la edad para pensionarse el día 27 de abril de 2006, para la fecha límite solo alcanza 979,5 semanas cotizadas, acorde a su historial laboral.
2. Excepcionalmente, se extendió la aplicación del régimen de transición hasta el año 2014, a aquellos afiliados que al 31 de julio de 2005, hubieran cotizado más de 750 semanas o equivalente en tiempo de servicio, circunstancias que son precisamente las que suscitan el presente litigio, dado que con las semanas registradas actualmente en su historia laboral el señor QUINTERO PÁEZ alcanza antes de 2005 un total de apenas 721,5, que resultan insuficientes y por ello se reclama en la demanda que existen períodos con mora del empleador COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN (antes ALMACENES LARA HERNÁNDEZ & CIA LTDA) dejó de cotizar por todos los períodos laborados entre agosto de 1970 y marzo de 1972.

Procede entonces la Sala de Decisión a establecer si la parte demandante acreditó la existencia del contrato de trabajo enunciado con la empresa COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN; para posteriormente determinar en caso positivo, el efecto de los períodos demostrados en su derecho pensional.

#### **a. Del contrato de trabajo**

Desde la demanda, reclama la parte actora que no le aparece registrado el ciclo de vínculo laboral con el empleador ALMACENES LARA HERNÁNDEZ & CIA LTDA., a partir del 1 de agosto de 1970 al 30 de marzo de 1972, de lo cual solo reporta cotizaciones de enero a junio de 1971; a lo que se opone la demandada alegando que de haber existido el contrato fue por el período debidamente cotizado y no por otros extremos.

Al respecto, el juez *a quo* estableció que acorde a la prueba testimonial recepcionada era posible acceder a declarar un contrato de trabajo por la totalidad del año 1971, donde los testigos demostraron haber sido compañeros de trabajo del actor en la empresa demandada y fueron convincentes y creíbles en su relato, demostrando ellos haber laborado en la empresa y por lo tanto ser confiables en su exposición; conclusiones que rebate la demandada al apelar, por estimar que los testigos no son prueba suficiente y que en todo caso, la relación laboral demostrada es con ALMACENES LARA HERNÁNDEZ & CIA LTDA. antes de ser COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA.

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

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

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

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

debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omite su deber procesal.

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

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

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

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

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

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

- Historial de cotizaciones expedido por COLPENSIONES, donde se evidencia que COMERCIAL GUERRERO cotizó a JAIRO HERNANDO MEDINA aportes entre el 1 de enero al 30 de junio de 1971; a favor de TERESA PÉREZ del 15 de marzo de 1971 al 31 de agosto de 1984 y de RAMIRO PÉREZ del 15 de marzo de 1971 al 1 de agosto de 1972.

- Certificado de existencia y representación legal de la razón social COMERCIAL GUERRERO – GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN; donde se evidencia que se matriculó inicialmente en enero de 1972. No obstante, en su constitución se advierte que la empresa fue constituida mediante escritura pública No. 1106 del 30 de junio de 1953 bajo el nombre LARA GÓMEZ LIMITADA; luego el 16 de junio de 1954 cambió su razón social a LARA GÓMEZ COMPAÑÍA LIMITADA, el 29 de diciembre de 1965 nuevamente a ALMACENES LARA HERNÁNDEZ LTDA, el 22 de noviembre de 1972 a COMERCIAL GUERRERO Y CIA LTDA., finalmente el 31 de diciembre de 1976 a COMERCIAL GUERRERO – GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. Así mismo consta que se encuentra en liquidación desde el 15 de diciembre de 1989, sin que esta haya terminado a la fecha.

- Interrogatorio de parte absuelto por el demandante JAIRO HERNANDO MEDINA, donde manifestó que laboró para ALMACENES LARA HERNÁNDEZ desde octubre de 1970 hasta marzo de 1972, como vendedor externo de

electrodomésticos, su jefe inmediato era el hermano de GERMÁN GUERRERO que era el gerente, ANTONIO CARVAJAL; no laboró cuando se llamaba COMERCIAL GUERRERO. Explica que en esa época por seguridad social le daban una tarjetica, pero en esa época no se tenía conciencia de guardar esos comprobantes. Igualmente relató a profundidad como conoció a los llamados a testificar, indicando que fue vinculado por el hermano del propietario y luego cuando este tomó control de su empresa como gerente, procedió a vincular nuevos vendedores entre ellos a TERESA PÉREZ DE MUÑOZ y RAMIRO PÉREZ VARGAS, conociendo al segundo desde meses antes cuando comenzó a frecuentar el comercio antes de vincularse.

- Testimonio rendido por TERESA PÉREZ DE MUÑOZ, indica, que es actualmente pensionada y expone, que conoció a JAIRO hace más o menos 45 años, desde 1971 cuando ingresó a la empresa LARA HERNÁNDEZ aproximadamente el 12 o 15 de marzo de 1971 y para entonces ya laboraba allí JAIRO como vendedor y ella ingresó al departamento de créditos; sobre sus cotizaciones a seguridad social, explica que con el tiempo fue revisando sus semanas y no le falta ninguna, apareciendo el término total de su trabajo en esa empresa. Explica que le parece extraño que no le aparezcan las semanas a JAIRO, porque el señor GERMAN como gerente y propietario era muy correcto, por lo menos hasta agosto de 1974 cuando se retiró ella de la empresa. Explica que puede dar fe sobre que el actor laboraba desde 1970 porque podía verificar créditos de esa época, que ella cobró. Sobre la fecha final, logra recordar que fue más o menos un año después de que ella ingresó, pero no recuerda exactamente.

- Testimonio rendido por RAMIRO PÉREZ VARGAS, indicó ser abogado de profesión y que conoce hace 50 años al señor JAIRO HERNANDO MEDINA cuando llegó a trabajar a ALMACENES LARA HERNÁNDEZ, donde ya estaba él ahí laborando, donde él estuvo hasta mayo de 1972 pero entre tanto hubo un traslado a la sucursal de Pamplona como gerente, pero recuerda que el actor estuvo al menos hasta diciembre de 1971 pero si su memoria no le falla también los primeros meses de 1972. Relata que para esa época no existía el I.S.S. en Cúcuta, tenían medico particular en la empresa, pero si cotizaban a invalidez, vejez y muerte, pero no recuerda que otro empleado tuviera problemas de pagos impuntuales. Señala, que el señor GUERRERO compró la empresa y luego de un tiempo le cambió el nombre, ellos empezaron antes de ese cambio de nombre. Explica que el comenzó a frecuentar en diciembre de 1970 cuando el gerente era el hermano del señor Guerrero, pero ingresó después en marzo de 1971

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

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

*prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”*

Para el presente caso, se acepta que el demandante fue trabajador de la empresa demandada y lo que está en discusión son los extremos temporales de dicha relación; siendo necesario aclarar en primer lugar el argumento de la apelante sobre que el actor confesó haber trabajado para ALMACENES LARA HERNÁNDEZ LTDA. y no para COMERCIAL GUERRERO Y CIA LTDA.

Al respecto, se advierte que acorde a la documental expuesta lo acontecido en este caso fue un mero cambio de razón social en la empresa demandada; es decir, se trata de la misma persona jurídica solo que con otro nombre y por lo tanto, ningún efecto tiene en cuanto a que la anterior personalidad jurídica no se extinguió o se alteró, sino que simplemente cambio de nombre, pues inclusive conservó su naturaleza de sociedad limitada.

Descartado que esta situación pueda enervar la pretensión, se advierte que ante la ausencia entonces de documentos que respalden con total certeza las afirmaciones de las partes, la prueba de la prestación del servicio y de la subordinación depende exclusivamente de las declaraciones testimoniales recepcionadas en la audiencia, y asistió razón al juez *a quo* al concluir que de ellas se desprende con certeza que el señor JAIRO HERNANDO MEDINA laboró para la demandada, al menos, durante todo el año 1971.

Nótese, que los dos declarantes TERESA PÉREZ DE MUÑOZ y RAMIRO PÉREZ VARGAS acreditaron haber laborado para la empresa demandada, expresando en una narrativa coherente, conteste y uniforme que cuando ambos ingresaron a laborar a la empresa el 15 de marzo de 1971 (lo que coincide con sus respectivos historiales de cotizaciones), ya para entonces trabajaba el actor en esa empresa como vendedor externo. La testigo TERESA PÉREZ explicó que su labor era la cobranza de los créditos, lo que le permite recordar que entre ellos estaban los de productos vendidos por el actor y que debía acudir a este por información recurrentemente; igualmente RAMIRO PÉREZ explicó haber sido compañero de ventas del actor, con quien además compartía en escenarios de recreación de la empresa y por eso recordaba su permanencia en la misma.

Específicamente sobre la valoración probatoria cuando está en discusión el tema de los extremos temporales, la Sala de Casación Laboral en providencia SL955 de 2021 recordó:

*“Lo anterior, en aplicación de la línea de pensamiento de esta Corporación, orientada a que si bien la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST no exime al demandante de probar los extremos de la relación laboral, el monto del salario, la jornada laboral, trabajo suplementario y el hecho del despido cuando se reclama indemnización (CSJ SL, 5 ag. 2009, rad. 36549), debe tenerse en cuenta que esta Sala también ha fijado el criterio que en los casos que se tenga seguridad de la prestación personal del servicio en un determinado periodo, los jueces deben procurar desentrañar del acervo probatorio los extremos en forma aproximada, para así poder calcular las acreencias y derechos laborales que correspondan al trabajador demandante.*

*Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL 14 nov. 1995 rad. 7332; CSJ SL, 22 mar. de 2006, rad. 25580, reiterada en CSJ SL, 28 abr. 2009, rad. 33849, CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167 y CSJ SL905-2013, se dijo:*

*[...] Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación*

*laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.”*

Aplicando este precepto jurisprudencial, se advierte que efectivamente de la prueba testimonial referida se desprende convicción sobre que la relación laboral entre el señor JAIRO MEDINA con la demandada se extendió más allá del período cotizado; ello pues de manera clara y creíble la señora PÉREZ DE MUÑOZ expuso que recordaba que el actor estuvo al menos un año después de que ella ingresara a la empresa, mientras el señor PÉREZ VARGAS indicó que recordaba su presencia en el mes de diciembre de 1971 y que siguió en los primeros meses de 1972.

Por lo anterior, en este caso concuerda la Sala con lo concluido en primera instancia, sobre que se aportaron suficientes elementos de convicción para demostrar que la relación laboral entre JAIRO HERNANDO MEDINA y la empresa ALMACENES LARA HERNÁNDEZ LTDA. (hoy la razón social COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN), subsistió al menos durante el año 1971 y ante ello, se confirmará lo resuelto en el numeral primero de la parte resolutive.

#### **b. De la pensión de vejez**

Resuelto el primer problema jurídico, procede la Sala a establecer la incidencia de este período no cotizado en el derecho reclamado; para lo cual debe tenerse en cuenta que acorde a lo declarado, el actor no aparecía con semanas en mora del empleador sino que estuvo afiliado por un período inferior al realmente laborado y antes del reclamo a la Administradora de Pensiones, esta no tenía forma de conocer sobre dicha inconsistencia para ejercer acciones de cobro coactivo.

Sobre las consecuencias de este escenario, la Sala de Casación Laboral en providencia SL420 de 2022 expone:

*“(…) las consecuencias jurídicas que dimanen de la falta de afiliación, inscripción o registro patronal, consisten en que la entidad de seguridad social no puede contabilizar esos periodos para efectos de definir la densidad de semanas, pues para ello **se requiere, en los términos de inciso segundo del literal e) del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 «que el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional».***

*Ciertamente, la importancia de la afiliación e inscripción al sistema de seguridad social, de cara al aseguramiento y subrogación del riesgo, estriba en que a la par de la obligación que tiene el empleador de efectuar las cotizaciones a las administradoras mediante el pago pertinente, es que además, como las entidades del sistema de seguridad social cuentan con mecanismo de cobro, deben adelantar de forma diligente y oportuna dichas gestiones de recaudo ante la mora de los empleadores en la cancelación de los aportes. De suerte que, en el evento de omitir esta obligación, la responsabilidad para reconocer la prestación recae en las entidades de seguridad social, según la norma aplicable.*

*Por consiguiente, conforme se ha decantado por la jurisprudencia, la omisión del empleador en el pago de las cotizaciones generadas por la relación laboral, no tiene como consecuencia que el trabajador se vea privado de las prestaciones a las que podría tener derecho ante las contingencias del trabajo, dado que las mismas son de cargo del Sistema*

de Seguridad Social Integral, valga decir, de las administradoras de los distintos riesgos allí previstos, ello, lógicamente, si medió previamente la «afiliación» o vinculación, de ahí la importancia que, tiene tal actuación frente a las entidades de seguridad social.

Ahora bien, en el evento de presentarse la falta de afiliación o inscripción, no surge para las entidades la exigencia de asumir las prestaciones que consagra el sistema, pues la obligación de recaudo se torna imprevisible para la aseguradora e imposible de gestionar el cobro de aportes. (...) En este evento se ha considerado que lo procedente es el pago del cálculo actuarial por parte del empleador incumplido, tal como se indicó en la sentencia CSJ SL837-2020, en la que se manifestó:

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación. (...)

**En suma, las consecuencias en la omisión de la afiliación, inscripción o vinculación son diferentes a la mora en el pago de aportes, contrario a lo que el recurrente plantea. Cuando se presenta la primera situación, se reitera, lo pertinente es el pago del cálculo actuarial para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez.”**

Fluye de lo expuesto, que en casos como el presente donde no se demuestra que COLPENSIONES tuviera conocimiento del período no cotizado, es imposible imputarles directamente la consecuencia de la omisión del empleador y por ende, es indispensable imponer la condena a este para la materialización del cálculo actuarial, debiendo así confirmarse lo resuelto en los numerales segundo, cuarto y quinto de la parte resolutive, en aras de que este período representado en el capital correspondiente ingrese a respaldar la pensión de vejez.

Ahora bien, respecto de los efectos de la orden del pago del cálculo actuarial, en providencia SL5671 de 2021 se recuerda:

“(...) bastante se ha dicho que el tiempo de trabajo al servicio de un empleador omiso en su deber de afiliación al Sistema General de Pensiones, debe ser tenido en cuenta por la entidad de seguridad social como tiempo efectivamente cotizado, lo que conduce a la correlativa responsabilidad de dicho empleador de pagar el cálculo actuarial por los tiempos omitidos. Al respecto, en la sentencia CSJ SL14388-2015, reiterada en la CSJ SL3070-2020, dijo la Corte:

[...] Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social. (...)

Al tenor de lo expuesto, el cómputo del tiempo laborado al servicio de un empleador que omitió aportar a la seguridad social, debe ser tenido en cuenta para efectos pensionales, independientemente de que la prestación

*se haya causado en vigencia de la Ley 100 de 1993 o de la 797 de 2003. En otras palabras, las normas llamadas a definir los efectos de la «falta de afiliación» o de la «mora» en el pago de los aportes al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del derecho, son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada (CSJ SL16715-2014).*

*Asimismo, también ha insistido la Sala en que esta previsión aplica incluso en aquellos casos en que la pensión se otorga con fundamento en el régimen de transición.”*

Aplicando este parámetro jurisprudencial, una vez ordenado el pago del cálculo actuarial es procedente contabilizar las semanas del período reconocido y ya le corresponde a COLPENSIONES ejecutar desde la ejecutoria de la sentencia, su deber de cobrar al empleador los períodos que no cotizó, sin que la demora impacte negativamente el derecho pensional del afiliado.

En ese sentido, las semanas de julio a diciembre de 1971 equivalentes a 25.74, permiten que el señor JAIRO HERNANDO MEDINA acredite antes del 31 de julio de 2010 un total de 1005.24 semanas cotizadas y como para entonces ya tenía 64 años, se evidencia que cumple a cabalidad con los requisitos de edad y semanas exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, antes de que entraran en vigencia los efectos sobre el régimen de transición del Acto Legislativo 01 de 2005 y por ende no necesita acreditar 750 semanas antes del 25 de julio de 2005.

Por lo anterior, le asistió razón al juez al concluir que con las semanas aquí reconocidas el actor cotizó un total de 1043.88 semanas al sistema, **cumpliendo las 1000 exigidas en junio de 2010**, suficientes para cubrir los requisitos establecidos en el acuerdo 049 de 1990 y se evidencia que su última cotización efectiva fue en junio de 2011, por lo que a partir del mes siguiente tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez.

Bajo este parámetro, tomando en consideración que el salario del trabajador siempre se reportó en el equivalente al mínimo mensual legal vigente para cada período cotizado según su historial laboral, se confirmará lo resuelto en primera instancia que ordenó el reconocimiento de pensión de vejez a favor de JAIRO HERNANDO MEDINA a partir del 1 de julio de 2011, en cuantía de salario mínimo, por razón de 14 mesadas anuales.

### **c. Encargado de asumir la prestación**

Advertido así que el actor tiene el derecho a la pensión de vejez reclamada, procede la Sala a verificar los argumentos de la parte demandante y la empresa demandada sobre imputarle al empleador que omitió aportes el pago de la pensión de vejez desde el 1 de julio de 2011, el pago de la prestación hasta que cancele el cálculo actuarial y sea reemplazado por COLPENSIONES.

Al respecto, se advierte en línea con la exposición jurídica ya expuesta, que no era procedente imponer al empleador demandado la obligación de reconocer temporalmente la pensión de vejez por la falta un período específico de cotización, dado que su obligación es subsanar esa falencia con el pago del cálculo actuarial correspondiente para que ese rubro asista al pago de la prestación a cargo del sistema general de pensiones. Ello, por cuanto los escenarios en que está previsto que el empleador asuma la pensión son las denominadas pensión-sanción como la contenida en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 que modificó el artículo 267 del C.S.T., donde se establece como condición para ello que el trabajador nunca haya sido afiliado al sistema y sea despedido sin justa causa.

En este caso, la situación fáctica no permitía entonces imponer la consecuencia de asumir la pensión al empleador pues su obligación legal es subsanar el período omitido y asistir al Sistema General de Pensiones a cubrir el pago de la prestación; condena que en todo caso sería desproporcionada en casos como el presente, donde la discusión apenas gira en torno a 25 semanas y el actor mantiene más de 1000 semanas cotizadas ya a COLPENSIONES, habiendo causado su pensión de vejez mucho tiempo después de los servicios prestados al demandado.

Así lo ha reiterado múltiples veces la Sala de Casación Laboral, además de las providencias ya citadas, recientemente en SL205 de 2022 donde se explica:

*“(...) resulta pertinente traer a colación la sentencia CSJ SL1078-2021, en la que la Sala explicó detalladamente la diferencia entre la falta de afiliación y la mora patronal, así como las consecuencias de cada una, pues ambas situaciones se presentaron en el presente asunto, y en la que se dijo:*

***La distinción entre falta de afiliación y la mora patronal.***

*Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).*

***En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación [...].”***

Para este caso, es evidente que el empleador cumplió con su deber de afiliación pero omitió reportar todos los períodos laborados por el trabajador y ante ello, su deber es cubrir esa omisión con el pago del respectivo cálculo actuarial, pues la Administradora de Pensiones quien respaldada en esos aportes y los demás ya registrados es quien tiene el deber legal de asumir la prestación.

En consecuencia, se revocará el numeral tercero que condenó al empleador a reconocer temporalmente la pensión de vejez y advirtiéndole que el actor aun sin las 25 semanas reconocidas cuenta ya con las 1000 que garantizan su pensión de vejez, se modificará el numeral sexto para revocar el condicionamiento a COLPENSIONES de pagar la pensión solo hasta que se materialice el pago del cálculo actuarial, pues de este no depende la financiación de la pensión del accionante en este caso concreto.

En su lugar, se ordenará a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del señor JAIRO HERNANDO MEDINA causada desde el 1 de julio de 2011 aplicando la prescripción de las mesadas anteriores al 30 de agosto de 2016, cuyo retroactivo liquidado a la fecha de esta providencia equivale a un total de \$65.314.931, sin perjuicio de la respectiva indexación liquidada a la fecha de pago efectivo, acorde a la siguiente tabla:

| Año  | Mesada          | No. Mesadas | Total            |
|------|-----------------|-------------|------------------|
| 2016 | \$ 689.455,00   | 5           | \$ 3.447.275,00  |
| 2017 | \$ 737.717,00   | 14          | \$ 10.328.038,00 |
| 2018 | \$ 781.242,00   | 14          | \$ 10.937.388,00 |
| 2019 | \$ 828.116,00   | 14          | \$ 11.593.624,00 |
| 2020 | \$ 877.803,00   | 14          | \$ 12.289.242,00 |
| 2021 | \$ 908.526,00   | 14          | \$ 12.719.364,00 |
| 2022 | \$ 1.000.000,00 | 4           | \$ 4.000.000,00  |
|      |                 |             | \$ 65.314.931,00 |

Cabe resaltar que al tenor del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, el pensionado tiene la obligación de asumir el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde el momento mismo en que ostenta esa calidad. Por ende, no es viable argüir la no afiliación o no disfrute del servicio so pretexto de eximirse del pago, pues, se itera, la obligación legal de contribución se adquiere a la par con la condición de pensionado y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha reiterado la necesidad de ordenar estos conceptos; por ello se adicionará a la providencia que se autoriza a COLPENSIONES para deducir del valor de las mesadas a pagar al actor el importe para el pago de las cotizaciones para salud.

Finalmente, como prospera el recurso de apelación de la parte demandante y no los de las demandadas, es del caso condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada y se fijarán como agencias en derecho a favor del actor, el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por cada una.

**DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** los numerales tercero y sexto de la sentencia Sentencia del 6 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia y en su lugar se ordenará a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del señor JAIRO HERNANDO MEDINA causada desde el 1 de julio de 2011, aplicando la prescripción de las mesadas anteriores al 30 de agosto de 2016, cuyo retroactivo liquidado a la fecha de esta providencia equivale a un total de \$65.314.931, sin perjuicio de la respectiva indexación liquidada a la fecha de pago efectivo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás aspectos la providencia impugnada, acorde a lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la demandada COLPENSIONES Y COMERCIAL GUERRERO-GERMAN GUERRERO Y CIA LTDA. EN LIQUIDACIÓN, fíjense como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de cada una a favor del demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Nidia Belén Quintero G.*

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**

*José Andrés Serrano Mendoza*

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**

*Elver Naranjo*

**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.

*[Firma]*

---

Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

|                          |                                 |
|--------------------------|---------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>        |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-004-2021-00045-01  |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.639                          |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | MARTHA CECILIA MONTERO PORTILLA |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COLPENSIONES y PORVENIR S.A.    |

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., así como del Grado Jurisdiccional de Consulta, sobre la sentencia del 22 de noviembre de 2021 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

La señora MARTHA CECILIA MONTERO PORTILLA interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las A.F.P. PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A., solicitando como pretensiones principales que se declare la nulidad absoluta del traslado surtido a AFP PORVENIR el 4 de abril de 1997 y se disponga el retorno automático al régimen de prima media con prestación definida a cargo de COLPENSIONES con todos sus aportes, con la correspondiente obligación de recibirlos.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que labora con contrato de trabajo término indefinido para la empresa de derecho privado denominada, CASECA HOTEL BOLIVAR S.A. con NIT 890930668-9, desde el día 19 de enero de 1988, de manera continua y recibe actualmente una remuneración básica mensual de UN MILLON CIENTO DOCE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$ 1.112.567).
- Que estuvo vinculada para efectos de pensión al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado entonces por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, I.S.S, hoy COLPENSIONES, desde el día veinte (20) de enero de 1988 y el 04 de abril de 1997, con autorización y complacencia de la empresa CASECA HOTEL BOLIVAR S.A. promotores de servicios de la Administradora del Fondo Privado PENSIONES Y CESANTIAS **COLPATRIA**, hoy PORVENIR, visitaron las dependencias de la empresa, ofreciendo a sus empleados, el traslado de su pensión a dicha administradora de fondos y pensiones, mediante una charla rápida y genérica, corta de tiempo advirtiéndoles que el I.S.S. se iba a liquidar e indicándole los beneficios sin dar mayor detalle.
- Que en la charla sostenida con mi poderdante, el promotor de la AFP PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA, hoy PORVENIR, no le explico sobre los riesgos, ni elaboro la proyección del monto de la pensión, ni le explico nada acerca de la edad, el monto del capital de las cotizaciones, es decir, no se le informo con detenimiento, cuanto debía tener de capital su cuenta

individual para pensionarse; por lo que faltó a la verdad y no explicó las consecuencias del cambio de régimen, induciendo a error.

La demandada AFP PORVENIR al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos, que los mismos deben probarse y las pretensiones de la demanda deben negarse, indicando que acorde a las pruebas obrantes en el expediente, como el formulario de afiliación expresan que hubo una debida asesoría. De igual manera, precisa que la AFP PORVENIR informa a sus afiliados de las posibilidades de traslado de régimen y se acude a extractos trimestrales, así como a la campaña en medios de 2004 para informar la posibilidad de retornar al RPM.
- Que se opone a las pretensiones pues no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial; indicando que en todo caso cualquier nulidad debe generar las restituciones mutuas correspondientes y esta equivalencia debe ser garantizada. Igualmente indicó que tan consiente y valida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección, y no lo hizo.
- Que debe considerar el despacho que la demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.
- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.
- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que no le constan los hechos indicados en la demanda por ser ajenos a dicha entidad y por ende deben ser objeto del debate judicial.
- Indicó que se opone a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al RAIS, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen y en todo caso el traslado de régimen NO se puede realizar después de los últimos 10 años próximos a pensionarse ley 797 de 2003.
- Manifestó que esa entidad no intervino en el acto jurídico de afiliación de la demandante al RAIS, que la actora hizo de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, firmando formulario de afiliación al fondo privado. Así mismo, que no pueden desconocerse los preceptos legales, sacrificando la estabilidad financiera del sistema pensional que administra, sin que se demuestre total y contundentemente que existió un real y evidente vicio en el consentimiento.

- También señaló oponerse a que se ordene a las A.F.P. demandadas trasladar al RPMPD la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la Cuenta de Ahorro Individual de la demandante porque generar un retorno al régimen que administra produce una desfinanciación a ese sistema, trasgrediendo lo ordenado por la ley.
- Expuso que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso.
- Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de materializar los efectos de la ineficacia cuando el demandante ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirió el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual, prescripción y la innominada o genérica.

## 2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

### 2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 22 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**“PRIMERO:** DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante **MARTHA CECILIA MONTERO PORTILLA C.C. 60.303.913** del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **AFP COLPATRIA S.A, HOY PORVENIR S.A.,** en fecha del traslado 4 DE ABRIL DE 1997 FOLIO 35 de 46 documentos PDF, con inicio primera cotización mayo de 1997, archivo denominado “pruebas anexos demanda”, todo conforme a lo considerado.

**SEGUNDO.-** CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A., (determinante del traslado), y único fondo obrante, donde se encuentran hoy los recursos aportados por la parte demandante, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, y a favor de la actor, todos los valores que hubiere recibido desde el TRASLADO Y HASTA EL CUMPLIMIENTO EFECTIVO DE LA SENTENCIA, la entrega de todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), precisando que son de cargo del fondo pensional Porvenir S.A., la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A, por haber sido el determinante del traslado de régimen, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

**TERCERO.- DECLARAR** que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto **I.S.S.**, y hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A.**, a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

**CUARTO.-** Declarar no probada la excepción de prescripción por la pasivas y sobre las demás propuestas hay declaración insita conforme a lo considerado.

**QUINTO.-** Declarar la buena de las pasivas, no obstante no es suficiente por si sola para enervar el derecho de la parte demandante.

**SEXTO:** Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A., a favor de la parte demandante, INCLUYENDO LOS DESCUENTOS HECHOS, DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

**SEPTIMO.-** Condenar en costas a favor de la parte DEMANDANTE y en contra de la demandada COLPENSIONES S.A., AGENCIAS IGUAL A 1 S.M.L.M.V. \$ 908.526 DECRETO 1785 DE 2020 POR HABERSE OPUESTO A LAS PRETENSIONES, Y a PORVENIR S.A, a 2 S.M.L.M.MV., \$1.817.052 por haber sido el determinante del traslado de régimen pensional a través de quien fungía o representaba en su momento tal calidad COLPATRIA S.A., Fundamento legal artículo 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1, PRIMERA INSTANCIA. Las agencias fijadas se tendrán en cuenta en su momento procesal oportuno para liquidar las costas.

**OCTAVO.-** ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES S.A., se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES S.A.”

## **2.2. Fundamento de la Decisión.**

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

- Que el litigio se fijó en declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, con la consecuencia del traslado total al Régimen de Prima Media de los recursos aportados al RAIS, sin ningún descuento; resaltando que en este caso se analizará la pretensión desde la perspectiva de la ineficacia por falta de información.

- Expuso de manera preliminar, que está aceptado el hecho sobre la afiliación previa de la actora al ISS desde 1988 y que se negó solicitud de retorno; de otra parte resaltó que en el interrogatorio de parte de la actora esta afirmó desconocer particularidades del sistema pensional, que era psicóloga pero se desempeña como mesera en un Hotel. Demostrado también que la actora se trasladó a COLPATRIA (hoy PORVENIR) en fecha de formulario 4 de abril de 1997, con primera cotización en mayo de 1997.

- Mencionó lo consagrado en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su texto original y su posterior modificación con el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, con relación al tiempo en que se puede solicitar el traslado entre regímenes, con la prohibición de trasladarse entre estos cuando faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión, indicando que en este caso, no se cumple con los fines de la sentencia SU130 del 13 de marzo de 2013, en concordancia con la C781 DE 2002 y la C1024 de 2004, que establecen la directriz para las personas que siendo parte de la transición se pueden mover entre regímenes en cualquier tiempo, pues la actora sí está sometida a unos parámetros legales para dicho traslado.

- Resaltó la Sentencia SL1452 del 03 de abril del 2019 y que en la hipótesis de estudio de acuerdo a las fechas de traslado, se tienen las directrices del deber de suministrar información necesaria y suficiente por parte de la AFP a la demandante para materializar el traslado de régimen pensional, precisando la libertad de los afiliados de trasladarse de régimen de acuerdo al literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pero contando con un consentimiento libre e informado, es decir

conociendo las bondades, ventajas, deficiencias, así como las características de los regímenes, para que tuviera esa información y tomara una decisión. Quedando evidenciado en múltiples casos que la actividad de los promotores de la época era ligera, se firmaban sin mayor cuidado los formularios y en general faltaba información para los trabajadores, la que jurisprudencialmente se ha identificado como indispensable para predicar validez del traslado.

- Indicó que el artículo 1604 del Código Civil consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplear, por lo tanto, el deber de información está a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones, de quienes emana la responsabilidad de carácter profesional. Que estas tienen el deber de brindar información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar al anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, lo que se fue cualificando a través de la jurisprudencia, y uno de esos primeros pronunciamientos fue en el año 2008 con el radicado 31989 de la Corte Suprema de Justicia, reiterado en muchas providencias, como en la SL4989 del año 2018 y la SL1452 de 2019, en esta última se dice que opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, quien plantea sobre la negativa indefinida de la no información y le corresponde entonces a la parte pasiva, en este caso a los fondos, desvirtuar esa negativa indefinida, lo anterior, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o está próximo a pensionarse, dado que la obligación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado en su momento oportuno, esto, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

- Que respecto a los formularios la Corte ha dicho que estos como tales no prueban si los fondos dieron información alguna al potencial afiliado.

- Manifestó que la parte pasiva planteó y se acepta, que en su momento se hablaba que la obligación que tenían los fondos era la prevista en el Decreto 692 del 94 artículo 11 en concordancia con el 3.º, sobre en cuanto a los formularios que tenían que diligenciarse bien para que tuviera validez ese traslado, lo cual es cierto, pero no menos cierto es que la misma Corte desde su génesis ha dicho que a los fondos se les quedó en el tintero el artículo 97 numeral 1.º del Estatuto Financiero que es el Decreto 663 del 93, que señala que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado, especialmente por la complejidad de la información y la trascendencia de su elección.

- Que, según la SL1452 de 2019, le corresponde a la AFP demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones del cambio de régimen y ello no se cumplió, dado que no puede establecerse en el proceso como lo han dicho las AFP, porque no tienen esa información, pues esta se dio verbalmente y se diligenció un formulario en el cual no dice que asesoría se dio, sin que ningún acto posterior pueda sanear esa falta de información y no siendo mayoritaria la tesis de los actos de relacionamiento, pues la Corte ya ha establecido que el cambio de administradora no convalida la permanencia en dicho régimen. Que, por lo anterior, no se obro en consonancia con el principio de eficiencia que informa al Sistema de Seguridad Social, al tenor del literal A del artículo 2.º de la Ley 100 del año 93, pues se manifiesta la absoluta ausencia del fondo pensional en la tarea de información y asesoramiento a la demandante.

- Indicó que el legislador en el campo del actuar de los fondos pensionales para los fines de la transparencia, fue celoso sobre la responsabilidad de los promotores, vinculando por la conducta de ellos a los mismos fondos según el artículo 10 del Decreto 720 del 94, que señala que cualquier infracción, error u omisión, en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las Sociedades Administradores del Sistema General de Pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la Sociedad Administradora respecto de la cual adelante sus labores de promoción o con la cual con relación a su gestión se hubiere realizado la respectiva vinculación, sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a esta.

- Que, por lo anterior, se accede a la ineficacia del traslado rogada, lo que implica privar desde su génesis todo efecto práctico al traslado bajo la ficción jurídica de que la demandante nunca se trasladó al RAIS válidamente y siempre estuvo afiliada al RPMPD. Así mismo, que la AFP donde se encuentra afiliada deberá devolver todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la demandante, con los rendimientos producidos, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración o los que se hacían para pagar el seguro previsional a cargo de la AFP determinante del traslado en la que ha estado el afiliado, esto según lo señalado por la jurisprudencia, porque no puede verse favorecida la AFP con dineros que nunca debió percibir, en perjuicio de COLPENSIONES que será la entidad encargada de un eventual reconocimiento prestacional a la demandante, cuidándose en este sentido la sostenibilidad financiera del sistema.

- Preciso que no existe elemento probatorio que informe sobre la presunta afectación financiera con la decisión respecto a COLPENSIONES SA, aunque no es posible descartar de plano como quiera que la misma ley ha fijado un término para que se materialice el traslado y que tiene como fundamento conforme a la equidad, que sea injusto que el afiliado descuidado se lucre de los beneficios de un fondo pensional conformado por otros y del cual ha estado ausente, pero la jurisprudencia acogida por el alto tribunal de cierre de la justicia ordinaria no prevé afectación financiera, pues se está devolviendo absolutamente todo el capital del fondo pensional para que integre el RPMPD.

- Manifestó que no opera la prescripción respecto a la ineficacia del traslado como se señaló en la SL1688 del 19 y en el radicado 68838 del 8 de mayo del 2019, porque la consecuencia de la ineficacia se caracteriza porque desde nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, la sentencia que declara la ineficacia de un acto lo que hace es constatar un estado de cosas, y estos no prescriben.

- Por lo anterior, ordenó a COLPENSIONES que reciba los aportes pensionales provenientes del RAIS que corresponden a la demandante y los traduzca en semanas cotizadas, con el objeto de garantizar a la actora el derecho pensional a su causación.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada PORVENIR**

La apoderada de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que la sentencia se debe revocar pues de acuerdo con el artículo 964 del Código Civil, como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir, que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones de acuerdo a la Ley 100 de 1993, pues es la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.

- Que, si bien es cierto, con la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos se busca retrotraer los efectos del mismo como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones como son las situaciones jurídicas consolidadas y los hechos consumados, y para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que ya prestó su servicio, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso. Que la actividad de las administradoras del RAIS no puede ser injustamente desconocida pues se ve reflejada en su rentabilidad, como parte de sus características particulares y diferencias de funcionamiento con el RAIS.

- Que de acuerdo a un reciente ejercicio efectuado por ASOFONDOS, los rendimientos en el RAIS corresponden aproximadamente al 74% del capital acumulado por un afiliado, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende

que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado a incrementado su capital, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frete los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, porque de mantenerse la decisión se afectaría de manera injustificada su patrimonio y se aumentaría de forma injusta el patrimonio de COLPENSIONES y de sus afiliados, y es deber de la judicatura velar por la protección patrimonial de las instituciones que conforman de seguridad social.

### **3.2 De la parte demandada COLPENSIONES**

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que existen pruebas que desmienten la alegada falta de información que fundamenta la pretensión, como que en este caso la señora MARTHA MONTERO fue clara en afirmar que fue visitada en su lugar de trabajo y hace referencia al bono pensional y la facultad de heredar lo ahorrado, sin que en todo caso hicieran solicitudes de retornar en el término de ley y si bien aceptó haber firmado sin leer el formulario de afiliación si indicó recibir y leer los extractos trimestrales, denotando un deseo de permanencia. Inclusive afirmó que su temor era no tener una pensión vitalicia, lo que es falso.

- Que se opone a la condena en costas porque la Administradora no es la determinante y mantener la orden de recibir se causa un perjuicio a la entidad, pues finalmente sería la obligada a reconocer la pensión.

#### **4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

#### **5. ALEGATOS**

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

##### **• PARTE DEMANDANTE:**

No presentó alegatos de conclusión.

##### **• PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de

ahorro individual, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato.

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia señalando que, a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, la parte actora no logró demostrar esa indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado, razón por la cual no es procedente su declaratoria, y que el mismo se realizó bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al demandante, quien lo hizo en forma libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. Así mismo, señaló que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional.

Hizo referencia a los argumentos de la Corte Constitucional en sentencia C-1024/2004 señalando que el período de carencia previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 no vulnera el derecho a la igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental que emane de las relaciones de trabajo, pues resulta razonable para evitar un perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional.

También indicó que la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y la entidad que representa por vía de jurisprudencia no puede otorgar prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora MARTHA CECILIA MONTERO PORTILLA del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.? y en caso positivo, si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados.

## **8. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora MARTHA CECILIA MONTERO PORTILLA, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES, a cargo de la actual administradora de la actora.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el traslado, respecto del cual era necesario brindar y demostrar que se

entregó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la demandada y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso PORVENIR S.A. alegando que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, que deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

Colpensiones manifestó que la demandante expresó situaciones que permiten evidenciar el conocimiento e información que alega no se le entregó, además que se genera una descapitalización del RPMPD y un desequilibrio financiero para el régimen que administra.

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

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

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017 reiterada en SL608 de 2022, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

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

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

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”*, de manera que *“si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo”* el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde*

*a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca*", máxime cuando el deber de información *"es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PORVENIR; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario. Atendiendo entonces a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que se afilió al RPMPD el 14 de enero de 1984 donde cotizó hasta abril de 1997; que se trasladó del régimen mencionado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 3 de abril de 1997, mediante afiliación a COLPATRIA S.A.; y que esa aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario.

Del expediente se puede confirmar que la actora se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, donde cotizó a cargo de CASECA S.A. en los períodos de enero de 1988 a abril de 1997; que el 4 de abril de 1997 suscribió formulario de vinculación a COLPATRIA FONDO DE PENSIONES, como se aprecia a folio 35 archivo de anexos de la demanda y se identifica junto a su firma una enunciación de voluntad libre, espontánea y sin presiones de la escogencia.

Lo primero a destacar, es que las administradora de fondos de pensiones COLPATRIA S.A. conforma hoy la AFP PORVENIR S.A.<sup>1</sup>; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación de la actora a la aquí demandada, entidad a la que se encontraba afiliada la actora al presentar la demanda

Se resalta que no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, así como que lo afirmado por la actora en su interrogatorio se refirió a meros aspectos positivos de la AFP PORVENIR y negativos de COLPENSIONES, resaltando que precisamente no tuvo una asesoría imparcial, comparativa y adecuada. En todo caso, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora MARTHA CECILIA MONTERO PORTILLA para alcanzar sus pretensiones no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional y afilió a la demandada PORVENIR S.A.; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A. brindó a la afiliada previo a su traslado del RPM, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para abril de 1997 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes

---

<sup>1</sup> Ver reportes en prensa:

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961>;

modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó documento o prueba alguna que lo acreditara, ya que el formato de vinculación suscrito por la demandante no es suficiente y con las pruebas aportadas no se infiere con certeza que la situación pensional particular de la actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a MARTHA CECILIA MONTERO PORTILLA donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones. Recientemente en SL608 de 2022 se reiteró que *“el acto jurídico de traslado de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario, como mínimo de las condiciones y particularidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los efectos tanto positivos como negativos del cambio, lo cual no se acredita con la suscripción de un formato pre impreso”*.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PORVENIR S.A. en su oportunidad, incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de

los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. y PROVENIR S.A., deberán devolver completamente todas las prestaciones que recibieron de la afiliada, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***

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

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

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

*reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.”*

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1997 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- **con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

En igual medida, la reciente SL608 de 2022 reitera que *“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”*.

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien, al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 22 de noviembre de 2021, con la modificación señalada; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

#### **DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia de fecha del 22 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR S.A, y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**

  
**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2.022)

|                          |                                               |
|--------------------------|-----------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                      |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-004-2021-00174-01                |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.650                                        |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | HERNANDO DE JESUS MARTINEZ PEREZ              |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. |

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 02 de diciembre de 2.021 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor HERNANDO DE JESUS MARTINEZ PEREZ por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las A.F.P. PROTECCIÓN S.A y PORVENIR, solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó al RAIS el 1. ° de junio de 2.000 con la afiliación a esta última, así como del traslado que efectuó el 01 de marzo de 2.006 a ING, hoy PROTECCIÓN, y se les ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado, como consecuencia, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A. trasladen al RPMPD administrado COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, esta última la reciba sin solución de continuidad y una vez reciba los aportes, proceda a corregir y actualizar su historia laboral.

Como pretensión subsidiaria solicitó que se declare que las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN S.A., con ocasión a la indebida y nula información suministrada al momento del traslado efectuado, le ocasionaron perjuicios que deben ser reparados por lo que como indemnización deben reconocerle la pensión por vejez en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho si se hubiese pensionado en el RPMPD. A su vez como pretensión subsidiaria a la anterior, solicitó que se ordene a las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN S.A. a reconocer la diferencia entre el valor de la pensión por vejez que deba ser reconocida por el RAIS, y la mesada pensional que le correspondería en el RPMPD, dineros que deben ser recibidos mediante un cálculo actuarial, o de manera mensual con la mesada pensional de forma vitalicia.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata:

- Que nació el 04 de septiembre de 1.962 y cumplió la edad mínima requerida dentro del RPMPD para acceder a la Pensión de Vejez, el mismo día y mes del año 2.024.
- Que se afilio al RPMPD el 01 de febrero de 1.987, al cual cotizó un total de 567 semanas por medio de diversos empleadores.

- Que el 01 de junio de 2.000 se trasladó al RAIS mediante afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR, y el 01 de marzo de 2.006 se trasladó a ING, hoy PROTECCIÓN. Que ha cotizado en el RAIS más de 1.006 semanas. Por lo anterior, a la fecha de presentación de la demanda ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes más de 1.574 semanas.
- Que la aparente decisión libre y voluntaria de traslado de régimen, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad.
- Que el 17 de marzo de 2.021 elevó derecho de petición a los Fondos de Pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN S.A., solicitando información de la afiliación y traslado de régimen, y en la misma solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y que procediera a afiliarlo sin dilaciones, petición que le correspondió el radicado 2021\_3204153.

La demandada AFP PORVENIR al contestar la demanda a través de apoderado judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos, que los mismos deben probarse y las pretensiones de la demanda deben negarse.
- Que el traslado inicial del RPM al RAIS se realizó conforme y no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial.
- Que sus funcionarios ejercen su labor de asesoría que se concreta a partir de la información suministrada por las personas que manifiestan su interés de vincularse a ese fondo de pensiones, que se expresa mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario suscrito en su momento, el cual da fe con firma manuscrita del demandante que su traslado fue libre y espontaneo, y que recibió la información pertinente.
- Que además de los canales dispuestos por la Administradora y los extractos trimestrales, en el año 2004 realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, informando la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en las normas y la demandante no hizo uso de ese legítimo derecho.
- Que se debe tener en cuenta que el demandante realizó traslado de PORVENIR S.A. a PROTECCION, estos actos son de relacionamiento pues dejan claro que el afiliado desea continuar en dicho régimen. Tales actuaciones presuponen cierto conocimiento que la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, de ahí su intención sea continuar en él, aun teniendo la posibilidad eventual de retornar a COLPENSIONES.
- Que se opone a las pretensiones subsidiarias por cuanto no se acreditan los elementos de la responsabilidad civil que hacen viable la indemnización solicitada y en razón a que no es posible que entidades vinculadas al RAIS reconozcan pensiones con fundamento en el RPM.
- Que el actor se limita en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad a PORVENIR, sin sustento probatorio alguno. Igualmente indicó que tan consiente y valida fue la decisión del demandante que el art. 3 del Decreto 1161 de 1994 le ofrecía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su elección, y no lo hizo.
- Que, al momento de realizarse la afiliación o traslado a esa entidad, existía disposición en la ley 100 de 1993, que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen.
- Que debe considerar el despacho que la demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las

diferencias e implicaciones de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.

- Que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación, que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión y para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.
- Que según la jurisprudencia es una carga del afiliado el cumplimiento del requisito de equivalencia, lo que implica que debe asumir la carga económica para subsanar las diferencias y lograr que se produzca el traslado entre regímenes.
- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, pago, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que admitía las fechas de nacimiento de la demandante, la de afiliación al RPMPD y el número de semanas cotizadas en el régimen que administra, igualmente, que el 17 de marzo de 2021 el actor solicitó a esa entidad el traslado de régimen. Respecto a los demás hechos indicó que no le constan.
- Indicó que se opone a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado por el demandante al RAIS, goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el art. 13 literal B de la ley 100/93 y la afirmación de indebida y engañosa información, deberá alegarse y demostrarse en el transcurso del proceso judicial.
- Expuso que no puede predicarse ausencia absoluta de información al afiliado cuando ha recibido información acerca de su saldo en su cuenta de ahorro individual, modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones y con todo esto, permanecer un número de años considerables al Fondo Privado, demostrando el deseo de seguir perteneciendo al mismo.
- Que a pesar de que los fondos privados trasladen a esa entidad la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que el actor permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas. Que, según la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría y destacó que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.
- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que en concordancia con el artículo 167 del C.G.P. y la jurisprudencia, corresponde a la parte demandante probar la supuesta indebida y engañosa información que brindó el fondo privado y que se alega en la demanda o al fondo privado le

corresponde probar que brindó la información y los elementos necesarios para que la demandante pudiera adoptar una decisión adecuada.

- Solicita no acceder a condena en costas ni intereses moratorios ya que esa entidad no participó en el acto que se declara nulo y/o ineficaz, y el sustento de la decisión guarda relación con una conducta desplegada por un tercero ajeno.
- Propuso las excepciones de mérito de: 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 innominada o genérica.

La demandada A.F.P. PROTECCIÓN S.A. a través de apoderado judicial manifestó:

- Que son ciertos los hechos relacionados a la fecha de nacimiento del actor, las semanas que cotizó en el RPMPD y que elevó derecho de petición ante esa entidad. Indicó que los demás hechos no le constan y debían probarse. Expresó que se opone a que se acojan las declaraciones y condenas solicitadas por el demandante porque carecen totalmente de sustento factico y jurídico.
- Que como Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías está sometida al imperio de la ley y solo reconoce las prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos previamente establecidos por el legislador.
- Que previo a realizar cualquier tipo de afiliación ofrece siempre una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, que están orientadas a un estudio profundo del Sistema General de Pensiones y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación.
- Que se opone a las pretensiones subsidiarias porque la demandante no acreditó perjuicios. Así mismo, que la decisión de trasladarse al RAIS es imputable al actor, sin que de ello derive ningún perjuicio y que con esto no pierde su derecho a obtener una pensión en el RAIS al momento de cumplir con los requisitos. Así mismo, que las figuras de las pretensiones de invalidez, vejez y muerte, así como la indemnización de perjuicios son disyuntivas jurídicamente y que la legislación del RAIS y del RPM son excluyentes. E indicó que el funcionamiento del RAIS esta reglado en la ley y no puede alegarse su desconocimiento.
- Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2008, solo la suscripción del formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 en concordancia con el artículo 3 de esta norma; aunado a que el término para ejercer la nulidad se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del Código Civil modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, norma aplicable por analogía al procedimiento laboral, porque la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de 10 años.
- Propuso las excepciones de mérito de: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 02 de diciembre de 2.021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante HERNANDO DE JESUS MARTINEZ PEREZ c.c. 13463.250, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE, en el año 2000-05-01 y de HORIZONTE a PORVENIR en fecha 2001-01-01 efectivo según SIAFP, y de PORVENIR al FONDO SANTANDER, hoy PROTECCIÓN, en fecha primera cotización 2006-03 según folio 60 anexo demanda inicial digital, como último fondo al cual se trasladó, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la demandadas PORVENIR y PROTECCION, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., todos los valores que hubiere recibido, entre el 2000-05-01 y hasta el cumplimiento de esta sentencia, con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia.*

*TERCERO: DECLARAR que la demandante para efectos pensionales se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por I.S.S., hoy COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.*

*CUARTO: DECLARAR probada la excepción de mérito de buena fe, la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor.*

*QUINTO: Declarar no probada la excepción de prescripción y demás propuestas conforme a lo considerado.*

*SEXTO: Condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., otrora HORIZONTE, 2 S.M.L.M.V. \$ 1.817.052 POR AGENCIAS, determinadora del traslado de régimen, a COLPENSIONES y al FONDO PROTECCION, AGENCIAS 1 S.M.L.M.V \$908-526, según DECRETO 1786 DE 2020, FUNDAMENTO el ART. 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSA16-10554 ARTÍCULO 5 NUMERAL 1, PRIMERA INSTANCIA, las que se incluirán en la liquidación de costas.*

*SEPTIMO: Condenar a COLPENSIONES, a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A, Y PROTECCION S.A., por la cuenta del aquí demandante y traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.*

*OCTAVO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES S.A.”*

### **2.2. Fundamento de la Decisión.**

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

- Que el litigio se fijó en declarar la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS y proveer sobre los dineros que ha aportado el actor y su devolución a COLPENSIONES, para que esta ajuste su historia laboral, entendiéndose en el caso de una sentencia favorable, que siempre ha estado en el RPMPD.

- Expuso de manera preliminar, que el demandante nació el 04 de septiembre de 1.962, estuvo afiliado al RPMPD, se trasladó el 01 de julio de 2.000 al RAIS mediante afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR y el 01 de marzo de 2.006 se trasladó a ING, hoy PROTECCIÓN.
- Señaló que al haber presentado el actor una negativa indefinida la carga de la prueba se traslada a la parte demandada.
- Mencionó lo consagrado en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su texto original y su posterior modificación con el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, con relación al tiempo en que se puede solicitar el traslado entre regímenes, con la prohibición de trasladarse entre estos cuando faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión, indicando que en este caso, no se cumple con los fines de la sentencia SU130 del 13 de marzo de 2013, en concordancia con la C781 DE 2002 y la C1024 de 2004, que establecen la directriz para las personas que siendo parte de la transición se pueden mover entre regímenes en cualquier tiempo, pues el actor sí está sometido a unos parámetros legales para dicho traslado.
- Resaltó la Sentencia SL1452 del 03 de abril del 2019 y que la AFP tenía que suministrar una información necesaria y transparente al demandante, por lo que da ampliación a la tesis jurisprudencial de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues de esa información parte lo consagrado en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 sobre el consentimiento libre e informado.
- Indicó que el artículo 1604 del Código Civil consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplear, por lo tanto, el deber de información está a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones, de quienes emana la responsabilidad de carácter profesional. Que estas tienen el deber de brindar información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar al anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, lo que se fue cualificando a través de la jurisprudencia, y uno de esos primeros pronunciamientos fue en el año 2008 con el radicado 31989 de la Corte Suprema de Justicia.
- Manifestó que se planteó y se acepta, que en su momento se hablaba de que la obligación que tenían los fondos era en cuanto a los formularios que tenían que diligenciarse, lo cual es cierto, pero se les quedó en el tintero el artículo 97 numeral 1.º del Estatuto Financiero que es el Decreto 663 del 93, que señala que las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado.
- Que la ineficacia se da es en la génesis del traslado inicial, por lo que afecta los subsiguientes y no es subsanable. Que, según la SL1452 de 2019, le corresponde a la AFP demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones del cambio de régimen y ello no se cumplió.
- Que, por lo anterior, y al no haber prueba de la información con las características establecidas en la Ley para que el potencial afiliado tuviera pleno conocimiento de los sistemas para poder tomar una decisión libre, se accede a la ineficacia del traslado rogada y la devolución de todos los aportes que hizo el demandante en el RAIS, sin descuento alguno, al RPMPD, entendiendo que el actor siempre ha estado en este último, con el fin de garantizar la estabilidad financiera de COLPENSIONES. Condenando en especial al Fondo que determinó el traslado a que devuelva los recursos que fueron descontados para que con los recursos que se encuentran en el Fondo en el que está afiliado el actor, se puedan devolver la totalidad de estos.
- Manifestó que no opera la prescripción respecto a la ineficacia del traslado como se señaló en la SL68838 del 8 de mayo del 2019 y que la buena fe

presume por parte de las pasivas según artículo 86 superior, pero indicó que esto no enerva ninguna pretensión de la parte demandante, así mismo, declaro no probadas las demás excepciones presentada.

- Por lo anterior, ordenó a COLPENSIONES que reciba los aportes pensionales provenientes del RAIS que corresponden al demandante y los traduzca en semanas cotizadas, con el objeto de garantizar al actor el derecho pensional a su causación.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada COLPENSIONES**

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que se reitera en lo manifestado en la contestación de la demanda y considera que ante la dificultad de aportar por parte de los fondos los soportes documentales que prueben la asesoría, se le debió dar a los actos de relacionamiento la importancia debida, ya que estos llegarían a ser una prueba fundamental de la voluntad del traslado y permanencia de las personas en el régimen pensional, en este caso en el RAIS.
- Que se considera que solo la valoración de la negación indefinida que realiza el demandante no debería ser soporte suficiente. Que hubo una voluntad real de afiliación al RAIS, tanto así que hubo traslado entre administradoras del mismo régimen y no se evidencia que hubiera intentado retornar a COLPENSIONES.
- Que encaso de que se confirme la sentencia, como lo indico el Juez de primera instancia, se ordene la devolución de todos los aportes que fueron objeto de cotización del señor.

#### **3.2 De la parte demandada PORVENIR**

La apoderada de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que la sentencia se debe revocar pues de acuerdo con el artículo 964 del Código Civil, como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir, que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones de acuerdo a la Ley 100 de 1993, pues es la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos.
- Que, si bien es cierto, con la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos se busca retrotraer los efectos del mismo como si nunca hubieren existido, tal propósito tiene excepciones como son las situaciones jurídicas consolidadas y los hechos consumados, y para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al mismo y se lograron los rendimientos años tras año, por lo que resulta imposible dejar sin efecto los servicios prestados. Que los mismo sucede con el seguro previsional debido a que ya prestó su servicio, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.
- Que de acuerdo a un reciente ejercicio efectuado por ASOFONDOS, los rendimientos en el RAIS corresponden aproximadamente al 74% del capital acumulado por un afiliado, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, pues consecuencia de la nulidad declarada se debe presumir que nunca existió afiliación al RAIS y al no existir esta tales rendimientos no se hubieran generado, no obstante, entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta de ahorro individual, pero no se entiende que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión de esa entidad, toda vez que gracias a su buena administración el afiliado a incrementado su capital,

por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil se considera que frete los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, porque de mantenerse la decisión se afectaría de manera injustificada su patrimonio y se aumentaría de forma injusta el patrimonio de COLPENSIONES y de sus afiliados, y es deber se la judicatura velar por la protección patrimonial de las instituciones que conforman de seguridad social.

### **3.3 De la parte demandada PROTECCIÓN S.A.**

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que solo sea ordenada la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual y que no se debe ordenar la devolución conjunta de los rendimientos generados por la buena administración de esa entidad.
- Que no es procedente devolver los valores descontados por seguro previsional, toda vez que se hizo con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestadora del servicio, quien es un tercero de buena fe.
- Que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a las buenas gestiones de su representada, pues se estaría desconociendo el trabajo que durante años realizó el Fondo, vulnerando los derechos de las restituciones mutuas con frutos, intereses y mejoras, y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual que siempre fue precedida por la buena fe.

### **4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

### **5. ALEGATOS**

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

#### **• PARTE DEMANDANTE:**

La apoderada judicial de la parte actora solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Ley 100, que destaca en su literal b) que la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, pues de lo contrario «la afiliación respectiva quedará sin efecto», la cual debe ser precedida de información clara, tal y como ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia y el artículo 271 ibidem.

Que el traslado de la actora se dio sin consentimiento informado, el cual efectivamente debe de estar presente ante una decisión tan trascendental para una persona, como es su futuro pensional, que es el que viene a garantizar la vejez, y calidad de vida de los afiliados. Que respecto a la falta de información existe importante jurisprudencia y en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia desde 2.008 y hasta el 2.020, donde se ha venido ampliando y reiterando en debida forma, que la suscripción del formulario de afiliación por parte de afiliado por sí solo, no es prueba de que se realizó una debida asesoría y que la Corte ha establecido que la carga de la prueba en estos casos es del fondo privado teniendo en cuenta la profesionalización del mismo para esos temas

#### **• PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; La cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando

constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues la demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital. Igualmente, que la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora, por lo que al operar la declaración de nulidad y/o ineficacia del traslado, no habría lugar a restituir los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, no obstante, lo anterior, la sociedad administradora de pensiones entiende que dichos rendimientos son un beneficio obtenido por el afiliado y hacen parte de su cuenta individual, lo que no se entiende es que se ordene devolver los gastos de administración que remuneran la gestión del Fondo de Pensiones. Que, además, debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual, se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato.

La apoderada de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia señalando que, a lo largo del debate probatorio llevado a cabo en la primera instancia, la parte actora no logró demostrar esa indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado, razón por la cual no es procedente su declaratoria, y que el mismo se realizó bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste al demandante, quien lo hizo en forma libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. Así mismo, señaló que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional.

Hizo referencia a los argumentos de la Corte Constitucional en sentencia C-1024/2004 señalando que el período de carencia previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 no vulnera el derecho a la igualdad, ni ningún otro principio o derecho fundamental que emane de las relaciones de trabajo, pues resulta razonable para evitar un perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional.

También indicó que la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora, y la entidad que representa por vía de jurisprudencia no puede otorgar prestaciones económicas que no estén expresamente consagradas en la ley, razón por la cual negó el traslado en sede administrativa.

El apoderado de PROTECCIÓN expuso que dicha entidad actúa sometida al imperio de la Ley, reconociendo las prestaciones previamente consagradas por el legislador; señala que la Ley 100 de 1993 consagró dos regímenes pensionales diferentes, reglamentando sus especificidades y diferencias por lo que la ignorancia de la ley no puede servir como excusa para incumplirla; que cuando se realizó el traslado de RPM al RAIS no existían los requisitos que ahora la jurisprudencia exige y solo se estableció el formulario como prueba solemne de la libre voluntad. Que en todo caso hay inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, dado que es un descuento de causa legal y cuyos efectos se pueden evidenciar en el resultado de rendimientos financieros de la cuenta, generándose la respectiva contraprestación como exige el artículo 1746 del código civil. Que de mantenerse esta condena se estaría generando un enriquecimiento sin causa en detrimento de PROTECCIÓN, privilegiando de manera injustificada a una de las partes y omitiendo

dar lugar a las restituciones mutuas; lo que también sucede con el descuento por seguro previsional.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado inicial del señor HERNANDO DE JESUS MARTINEZ PEREZ del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual HORIZONTE, hoy PROVENIR S.A.?, asimismo, si esto a su vez deja sin efecto la afiliación que el actor hizo dentro del RAIS a ING, hoy PROTECCIÓN S.A. y si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados.

## **8. CONSIDERACIONES**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor HERNANDO DE JESUS MARTINEZ PEREZ, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., o si en su defecto, procede la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS y el orden de devolución de los aportes, gastos de administración y demás conceptos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el traslado, respecto del cual era necesario brindar y demostrar que se entregó información necesaria y transparente, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la demandada y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones.

A esta conclusión se opuso Colpensiones manifestando que la negación indefinida que realiza el demandante no debería ser soporte suficiente y se debe dar importancia a los actos de relacionamiento.

Por su parte PORVENIR S.A. alego que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones debe operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución, pues estos son la retribución por los servicios prestados y se utilizan para cubrir los costos y gastos en la producción de frutos, y resulta imposible dejar sin efecto estos servicios, como igualmente sucede con el seguro previsional.

PROTECCION S.A. se opuso por considerar que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración porque se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado durante varios años, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas con frutos y la igualdad de trato en la relación contractual presidida de la buena fe y tampoco debe devolver lo que se pagó por seguro previsional pues fue descontado con base en la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema

general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

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

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este

grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber “de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”, de manera que “si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo” el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P Horizonte, hoy PORVENIR S.A.; pues argumenta el demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

El demandante manifestó que se afilió al RPMPD el 01 de febrero de 1.987; que se trasladó del régimen mencionado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 01 de junio de 2.000, mediante afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR y posteriormente, el 01 de marzo de 2.006, se trasladó dentro del RAIS a ING, hoy

PROTECCIÓN; y que esa aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió, por lo que no existe tal consentimiento libre y voluntario. También informó, que el 17 de marzo de 2.021 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y que procediera a afiliarlo sin dilaciones, petición a la que le correspondió el radicado 2021\_3204153. Que en la misma fecha elevó derecho de Petición a los Fondos de Pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN S.A., solicitando información de la afiliación y traslado de régimen.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado al RPMPD desde 1987 y con formulario de solicitud de vinculación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, N° 99-0285238 de fecha 30 de mayo de 2.000 se trasladó de régimen pensional, también se observa que diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado N° 01476707 de fecha 20 de noviembre de 2.000 ante PORVENIR y que posteriormente se afilió dentro del RAIS a la AFP SANTANDER a través de formulario 7507586 de fecha 25 de enero de 2.006.

Lo primero a destacar, es que la administradora de fondos de pensiones HORIZONTE S.A. conforma hoy la AFP PORVENIR S.A.<sup>1</sup>; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva.

Así mismo, se debe precisar que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SANTANDER fue vendida al GRUPO ING en 2.007, quien en 2.013 se fusionó con la A.F.P. PROTECCIÓN<sup>2</sup>; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación del actor a la aquí demandada.

Se resalta que al expediente solo obra el formulario por medio del cual el demandante se afilió en el año 2.000 a la primera AFP HORIZONTE, trasladándose a su vez de régimen pensional, y no se allegaron otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado. Es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, el señor HERNANDO DE JESUS MARTINEZ PEREZ para alcanzar sus pretensiones no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional y afilió a la demandada HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de una ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el año 2.000 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo explicado, en su momento HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, y no aportó documento o prueba alguna que lo

---

<sup>1</sup> Ver reportes en prensa:

<https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/>

<sup>2</sup> Ver reporte en prensa:

[https://www.elcolombiano.com/historico/proteccion\\_prepara\\_cambio\\_de\\_imagen\\_tras\\_la\\_fusion\\_con\\_ing-FDec\\_223547](https://www.elcolombiano.com/historico/proteccion_prepara_cambio_de_imagen_tras_la_fusion_con_ing-FDec_223547)

acreditara y con las pruebas aportadas no se infiere con certeza que la situación pensional particular del actora haya sido estudiada y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados al señor HERNANDO DE JESUS MARTINEZ PEREZ donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán devolver completamente todas las prestaciones que recibieron del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se

hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.***

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

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

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

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la actora desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 2.000 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no

es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto de lo señalado en la parte resolutive sobre que corresponde a PROTECCIÓN S.A., devolver la totalidad de los descuentos realizados a la actora por concepto de gastos de administración y seguro previsional; pues la jurisprudencia ha sido enfática al indicar que estos deben ser asumidos por **todas** las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, dado que al momento de configurar cada afiliación les asistía el deber de información. Así se ha indicado por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

*“Según este artículo, **declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación.** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

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

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

Siguiendo este precedente, es posible establecer que las A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deben asumir los descuentos efectuados durante la época que duró su afiliación, por ser los receptores de todos los aportes del afiliado; de manera que el A quo, no podía adoptar una decisión diferente en este sentido, dado que, la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

Respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

*“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de*

*administración y comisiones --debidamente indexados-- **con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio, además que PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 02 de diciembre de 2.021, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

#### **9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 02 de diciembre de 2.021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**



ELVER NARANJO

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



---

Secretario



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

Cúcuta, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-405-31-03-001-2018-00243-02 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.648                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | JONATHAN JAIMES OVALLOS        |
| <b>DEMANDADO:</b>        | INGENIERÍA 2000 LTDA. Y OTROS  |

Magistrada Ponente:  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante en contra del auto del 26 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, por medio del cual se concedió la nulidad propuesta por los demandados.

**1. ANTECEDENTES**

El señor JONATHAN JAIMES OVALLOS, por medio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral (fl. 24-33) el día 12 de septiembre de 2018, con el objeto de que, entre otras cosas, se declarara la existencia de un contrato de trabajo con la empresa demandada INGENIERÍA 2000 LTDA. y sus propietarios LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH y ANA MARGARITA GIRALDO GUERRA y, en consecuencia, se condenara a estos al pago de los derechos laborales causados durante dicho contrato.

Inicialmente se asignó el conocimiento de este asunto al JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA que devolvió la demanda para ser subsanada en proveído del 18 de septiembre de 2018 (Fol. 34) pero en auto del 3 de octubre del mismo año (Fol. 39) declaró la nulidad de dicha actuación por falta de competencia territorial y remitió las actuaciones al JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE LOS PATIOS, quien una vez recibidas las actuaciones profirió auto admisorio el 10 de octubre de 2018 (Fol. 41).

La jueza de primera instancia en auto del 14 de diciembre de 2018 (Fol. 49) dispuso dar el trámite del artículo 29 del C.P.T.Y.S.S., designando curador ad litem y ordenando el emplazamiento mediante publicación en periódico; tras lo cual el 26 de abril de 2019 se posesionó el Dr. JESÚS LISANDRO CASTILLO HERNÁNDEZ como curador ad litem (Fol. 59) y dio contestación a la demanda, sin que obre constancia de la publicación del edicto emplazatorio que se ordenó.

Mediante auto del 29 de mayo de 2019 se dio continuidad a la actuación, citando para las audiencias de rigor y finalmente el 24 de septiembre de 2019

se profirió sentencia de primera instancia, accediendo a las pretensiones declarativas y condenando a INGENIERÍA 2000 LTDA. y sus propietarios LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH y ANA MARGARITA GIRALDO GUERRA al pago de acreencias laborales e indemnizaciones; decisión que fue apelada por el curador ad litem, por lo que fue remitido a esta Sala de Decisión que en auto del 27 de agosto de 2020 declaró oficiosamente la nulidad de todo lo actuado por haberse realizado indebidamente el emplazamiento de los demandados, tras identificar que se omitió la publicación en prensa e internet que ordenaba la norma procedimental.

En proveído del 14 de octubre de 2020, el Juzgado obedeció y dio cumplimiento a lo ordenado, procediendo a dar aplicación al vigente Decreto 806 de 2020 cuyo artículo 10 dispuso que el emplazamiento se realizaría exclusivamente a través del REGISTRO NACIONAL DE EMPLAZADOS, librando el edicto y dejando constancia de la publicación en el portal JUSTICIA SIGLO XXI. Sin que se presentaran las partes, en auto del 10 de marzo de 2021 se citó a audiencia del artículo 80 del C.P.T.Y.S.S., dictando en sentencia del 11 de mayo de 2021 declarando la existencia del contrato y condenando a las pretensiones reclamadas, sin que se presentaran recursos.

La parte demandante radicó el 21 de mayo de 2021 demanda ejecutiva a continuación de proceso ordinario, para que se librara mandamiento de pago por los conceptos reconocidos en sentencia de primera instancia y se impusieran medidas cautelares, a lo que accedió el juzgado en auto del 23 de junio de 2021.

En correo electrónico del 29 de julio de 2017, el señor CARLOS FERNANDO PÉREZ CADENA actuando como apoderado de ANA MARGARITA GIRALDO GUERRA, solicitó acceso al expediente advirtiéndole que no había sido notificada del proceso a la fecha y lo requería para ejercer su defensa; el Juzgado en auto del 25 de agosto de 2021 reconoció personería jurídica y requirió pago de arancel para remitir acceso al expediente.

En memorial del 7 de septiembre de 2021, el apoderado de la señora GIRALDO GUERRA advirtiéndole que no pudo acceder al expediente digital por un arancel erradamente solicitado y que debió acudir a revisarlo físicamente, propuso incidente de nulidad de todo lo actuado a partir del auto que ordenó la notificación de la demanda, en la medida que no se tramitó debidamente pues no se enviaron las notificaciones a su dirección de residencia o correo electrónico personal, desatendiendo lo ordenado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta cuando ordenó proceder con la notificación personal o el emplazamiento en debida forma con todas las publicaciones. Advierte que INGENIERIA 2000 S.A.S. está en liquidación judicial comunicada al Juzgado desde el 29 de octubre de 2018, debió haberse requerido prueba de la citación a su dirección personal en la Avenida 10 No. 56-265 Torre Fragatta 1101 LS FLORESTA LOS PATIOS, su dirección laboral en la Avenida 9E No. 11-52 La Riviera – Cúcuta y correo electrónico [margarita.giraldo@docuxer.com](mailto:margarita.giraldo@docuxer.com). Advirtiéndole que no solo se dejó de notificarle personalmente, sino que tampoco se dio trámite a lo informado por el liquidador de la Sociedad.

En memorial del 28 de septiembre de 2021, el señor CARLOS FERNANDO PÉREZ CADENA actuando como apoderado de LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH, propone la misma nulidad en términos similares, indicando que él debió ser notificado en su domicilio Urbanización Las Palmas – Casa

12 de Villa del Rosario o correo electrónico [gerente@transformadorescdm.com](mailto:gerente@transformadorescdm.com).

El apoderado del actor presenta memorial describiendo la solicitud de nulidad, indicando que procedió adecuadamente al notificar a los demandados a la dirección de notificaciones judiciales registrada en el Certificado de Existencia y Representación Legal, que no se vulneró el derecho de defensa porque se realizó el emplazamiento y nombramiento del curador correctamente, siguiendo el Decreto 806 de 2020 como reconoció el mismo Tribunal. Que se dispuso la notificación de los actores como socios y propietarios de la persona jurídica y por ende podían ser notificados en su dirección de notificaciones judiciales, desde donde tuvieron conocimiento de la existencia del proceso.

## **2. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL AUTO IMPUGNADO**

### **2.1. Identificación del Tema de Decisión.**

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, en contra del auto del 26 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Los Patios, por medio del cual se resolvió:

**PRIMERO: DECLARESE** la nulidad de la notificación de la demanda, efectuada en este asunto y que fuera propuesta por el señor apoderado judicial de los demandados ANA MARGARITA GIRALDO y LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH, conforme las razones expuestas en la parte motiva de este proveído

**SEGUNDO: TENGASE** la nulidad desde el 26 de abril de 2019, notificación al curador ad litem de los demandados, ANA MARGARITA GIRALDO y LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH por lo expuesto.

**TERCERO:** Rehágase el trámite judicial Por secretaría, remítasele a los demandados ANA MARGARITA GIRALDO y LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH de manera inmediata copia de la demanda y sus anexos, para que ejerza su derecho de defensa y/o contradicción.

### **2.2. Fundamento de la Decisión.**

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

- Que el incidentalista funda su solicitud de nulidad en que las direcciones indicadas desde la demanda y a donde se dirigieron las notificaciones iniciales no correspondían a las que realmente habitaban ni sus correos electrónicos, igualmente que se desatendió lo ordenado por el Tribunal Superior al no proceder con la notificación personal ni las publicaciones correspondientes; a lo que se opuso el demandante, quien rechazó lo alegado pues en la demanda se vinculó a los particulares como socios, propietarios y accionistas de INGENIERIA 2000 SAS, no como personas naturales, por lo que se procedió correctamente al intentar la notificación a la dirección suministrada en el registro de la empresa.

- Expone que el artículo 133 del C.G.P. consagra las causales de nulidad, incluyendo en el numeral octavo la indebida notificación de las personas que conforman el litigio y el artículo 134 regula lo correspondiente a la oportunidad y trámite de la misma.

- Que en el caso concreto se advierte que el señor JONATHAN OVALLOS presentó demanda ordinaria laboral contra LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH, ANA MARGARITA GIRALDO GUERRA e INGENIERIA 2000 S.A.S., indicando que los particulares eran socios y accionistas de la empresa; advierte que admitida la demanda, el actor procedió a notificar a todos los demandados al correo electrónico registrado por INGENIERIA 2000 SAS, sin percatarse que esta no correspondía a la dirección de los particulares.

- Que si bien el demandado alega que esto se hizo porque los mismos fueron notificados como socios y no como personas naturales; sin embargo, para el despacho es claro que INGENIERIA 2000 S.A.S. es una persona jurídica independiente y distinta a la de sus socios, quienes debieron haberse notificado debidamente a su propio domicilio o dirección electrónica que conociera el demandante. Por lo que debió dársele su propio trato para notificación y no unificado con la sociedad por el mero hecho de serlo, por lo que asiste razón al apoderado incidentalista cuando reclama que hubo indebida notificación y se generó la causal de nulidad alegada, máxime al haberse aportado en la diligencia prueba de su domicilio para la época de la admisión y que el correo electrónico de la empresa no era el adecuado para haberlos integrado al proceso.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado del demandante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que conforme al artículo 134 del C.G.P., oportunidad del trámite, indica que sobre la indebida notificación como nulidad debe interponerse como excepción y no como incidente en el trámite del proceso ejecutivo, pero en este caso el apoderado dejó pasar el término para contestar el mandamiento de pago y acude al incidente de nulidad, lo que hacía improcedente este incidente.

- Que se demandó a los señores LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH, ANA MARGARITA GIRALDO GUERRA como socios y accionistas de INGENIERIA 2000 S.A.S., desconociéndose totalmente su domicilio real pues no constaba en el registro mercantil y por ende la demanda fue enviada al correo de la sociedad, quedando enterado el agente liquidador, quien dentro de sus funciones estaba la representación legal ante los asuntos judiciales y por ende debió notificarles.

- Que igualmente debió tenerse en cuenta que las personas naturales ejercían cargos en la empresa desde que era Limitada y antes de ser S.A.S., por lo que era adecuado haberles remitido notificación a su sitio de trabajo.

- Que en cualquier circunstancia, se realizó el emplazamiento en debida forma y la parte demandada estuvo representada en el curso del proceso, quedando constancia en audiencia que el Curador intentó insatisfactoriamente a ubicarlos.

La jueza *a quo* no repuso la actuación explicando que no procede el primer argumento porque la nulidad propuesta es de trámite procesal y no sobre la sentencia, estando debida y oportunamente impetrada la nulidad; de otra parte, que si bien el Tribunal ordenó rehacer el emplazamiento, desde la

demanda no se invocó el desconocimiento de las direcciones y se alega esta situación apenas ahora.

#### **4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

- **Parte demandante:**

El apoderado de la parte actora señala que el despacho dio estricto cumplimiento a lo ordenado por esta Sala, ajustando lo dictado al Despacho 806 de 2020 sobre realizar el emplazamiento por el Registro Nacional de Emplazados, tras lo cual se profirió sentencia condenatoria y ejecutoriada la providencia se interpuso la demanda ejecutiva, en curso de la cual se propuso una nulidad sobre un yerro que ya había sido detectada y corregida por orden del Ad Quem, advirtiendo que en todo caso se dejó de proponer como excepción contra la ejecución y era improcedente el incidente de nulidad declarado. Señala que los socios, propietarios y accionistas fueron debidamente notificados a la dirección que obraba en el registro mercantil, no existiendo la nulidad declarada.

- **Parte demandada:**

El apoderado de los demandados LEONARDO GIRALDO y ANA MARGARITA GIRALDO, solicita confirmar lo resuelto en primera instancia al declarar la nulidad por indebida notificación, pues desde la decisión anterior se advirtió la ausencia de publicaciones adecuadas y se desconoció la dirección personal de los demandados para notificar a la sociedad, que estaba entonces en cabeza del liquidador MARCO CASTRO, debiendo en todo caso vincularse al proceso.

#### **5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

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

¿Resultaba procedente declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso ordinario por indebida notificación de los demandados LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH y ANA MARGARITA GIRALDO GUERRA?

#### **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Teniendo en cuenta los antecedentes anteriores, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que decida sobre nulidades procesales*”.

Así las cosas, el eje central del litigio radica en determinar si existió una indebida notificación de los demandados LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH y ANA MARGARITA GIRALDO GUERRA respecto del auto admisorio de la demanda ordinaria laboral propuesta por el señor JONATHAN JAIMES OVALLOS contra la empresa INGENIERÍA 2000 S.A.S. y dichos particulares como sus socios y accionistas; alegada por las personas naturales por advertir que nunca se les intentó notificar a sus direcciones personales.

El juez de primera instancia resolvió aceptar la nulidad propuesta por asistir razón a los solicitantes, pues el demandante remitió las citaciones para notificación personal de las personas naturales a la dirección electrónica de la persona jurídica, desconociendo que se trata de personas con existencia independiente y dejando de intentar debidamente la notificación de los incidentalistas, sin que la calidad de socios o accionistas sirva de justificación para haberla remitida al correo de la persona jurídica; a lo que se opone el apelante, por estimar que la nulidad fue extemporánea y quedó saneada, que en todo caso se notificó debidamente a una dirección donde podían tener conocimiento del proceso por su calidad de socios y trabajadores de la empresa, así como que siempre estuvieron representados por el curador ad litem designado.

Procede entonces la Sala a establecer si asistió razón a la *a quo* al declarar la nulidad de todo lo actuado por la indebida notificación de los demandados LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH y ANA MARGARITA GIRALDO GUERRA, solicitada por estos al advertir que en ningún momento se intentó la notificación personal a sus domicilios y se procedió indebidamente al emplazamiento.

Las causales de nulidad previstas en materia procesal fueron instituidas por el legislador para corregir las irregularidades ocurridas dentro del proceso a fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes, las cuales adquieren el carácter de taxativas en la medida que no es posible declarar como nulidad cualquier anomalía que no esté prevista en la ley, concretamente en el artículo 133 del C.G.P.

Dentro de los requisitos estatuidos por el legislador para alegar la nulidad se consagra en el inciso segundo del artículo 135 del C.G.P. que la parte que la alega deberá expresar su interés para proponerla, la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, aspectos que el Juez debe analizar al momento de presentarse la correspondiente solicitud de nulidad; además, se debe resaltar que la solicitud de nulidad fue la primera actuación formalmente presentada por los incidentalistas, quienes previamente solicitaron acceso al expediente y una vez pudieron revisarlo, interpusieron la petición.

La parte solicitante consideró que se incurrió la causal identificada así:

**“Artículo 133. Causales de nulidad.** *El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*

*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. (...)”*

Específicamente, tratándose de esta causal, el artículo 134 del C.G.P. indica que “Las nulidades **podrán alegarse en cualquiera de las instancias** antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella. La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, **podrá también** alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la

*ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades”.*

Conforme a lo anterior, inicialmente puede advertirse que no asiste razón al apelante cuando reclama que la solicitud de nulidad fue extemporánea, pues la norma no determina que deba proponerse exclusivamente como excepción en el trámite ejecutivo contra el mandamiento de pago sino que puede alegarse en cualquiera de las instancias y tratándose de la falta de notificación además puede además suscitarse en otras instancias como la diligencia de entrega, las excepciones o el recurso de revisión, si no pudo alegarse en las oportunidades anteriores.

Es decir, la oportunidad que debe revisarse por el Juez para establecer la procedibilidad de la nulidad procesal por indebida notificación es que sea la primera actuación formal del solicitante y que antes no tuviera la oportunidad de haberla propuesto; lo anterior, por cuanto mal podría exigirse a quien alega no haber conocido antes de la existencia del proceso, que hubiera agotado una oportunidad previa o imponer una preclusión no consagrada en la norma. Reiterando que en este caso, la primera actuación formal de los incidentistas fue proponer la nulidad por indebida notificación y por ende, la misma cumple el requisito de oportunidad, para ser estudiada de fondo.

Procediendo así con el estudio de la causal, se advierte que los demandados LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH y ANA MARGARITA GIRALDO GUERRA estiman que se configuró indebida notificación personal para intervenir en este proceso, dado que nunca se intentó la citación a sus direcciones particulares sino que se remitió indebidamente al correo electrónico de la persona jurídica también demandada INGENIERÍA 2000 S.A.S., desconociendo la obligación de notificarle en su dirección personal y por ende, no procedía luego el emplazamiento efectuado.

Al respecto, el artículo 41 del C.P.T.Y.S.S. determina que la notificación a los demandados del auto admisorio de la demanda debe hacerse personalmente al demandado; sin embargo, no se establece en este código la forma específica de proceder a esta notificación personal cuando se trata de personas naturales y por ello conforme al artículo 145 del C.P.T.Y.S.S., procede la remisión analógica al artículo 291 del C.G.P. que establece las reglas sobre la notificación personal, aclarando que como el trámite alegado como nulo fue anterior a la vigencia del Decreto 806 de 2020 no es posible analizarlo con base en dicha norma, indicando la vigente lo siguiente:

***“2. Las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección donde recibirán notificaciones judiciales. Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica.***

*Esta disposición también se aplicará a las personas naturales que hayan suministrado al juez su dirección de correo electrónico.*

*Si se registran varias direcciones, la notificación podrá surtirse en cualquiera de ellas.*

***3. La parte interesada remitirá una comunicación a quien deba ser notificado, a su representante o apoderado, por medio de servicio postal autorizado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en la que le informará sobre la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha de la***

*providencia que debe ser notificada, previniéndolo para que comparezca al juzgado a recibir notificación dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su entrega en el lugar de destino. Cuando la comunicación deba ser entregada en municipio distinto al de la sede del juzgado, el término para comparecer será de diez (10) días; y si fuere en el exterior el término será de treinta (30) días.*

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

**4. Si la comunicación es devuelta** con la anotación de que la dirección no existe o que la persona no reside o no trabaja en el lugar, **a petición del interesado se procederá a su emplazamiento en la forma prevista en este código.** (...)

**PARÁGRAFO 2o.** *El interesado podrá solicitar al juez que se oficie a determinadas entidades públicas o privadas que cuenten con bases de datos para que suministren la información que sirva para localizar al demandado.”*

La anterior norma se debe complementar con el artículo 29 del C.P.T.Y.S.S. que señala lo siguiente:

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

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

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

En este caso se dirigió la demanda contra la persona jurídica INGENIERÍA 2000 S.A.S. y contra sus socios y accionistas LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH y ANA MARGARITA GIRALDO GUERRA; indicándose en el acápite de notificaciones que a los 3 se les podía citar a la Carrera 5ª Calle 18 Casa C-1 Bellomonte, Barrio Senderos de Paz del municipio Villa del Rosario (Norte de Santander) o al correo electrónico [gerencia@ingenieria2m.com.co](mailto:gerencia@ingenieria2m.com.co); advirtiéndose que el Juzgado procedió a notificar a los 3 directamente al referido correo electrónico y al no presentarse al proceso tras la citación y el aviso, se dispuso en auto del 14 de diciembre de 2018 dar cumplimiento al referido artículo 29 del C.P.T.Y.S.S. tras la no comparecencia de los demandados.

De lo anterior se debe resaltar que en la demanda el actor no afirmó o indicó desconocer la ubicación de las personas naturales demandadas, ni tampoco posteriormente cuando no atendieron las citaciones y el aviso, pues fue el juzgado quien dio trámite al artículo 29 del C.P.T.Y.S.S.

Acorde a lo anterior, se evidencia que asiste razón a la parte solicitante y a la jueza *a quo*, al identificar que hubo un error y confusión desde la demanda al no discriminar la dirección para notificación de la persona jurídica INGENIERÍA 2000 S.A.S. y la de las dos personas naturales demandadas en su calidad de socios accionistas, pues la dirección electrónica indicada en el registro de existencia y representación legal aportado con la demanda solo autoriza para la recepción de notificaciones judiciales respecto de la persona jurídica sujeta a registro, que tiene su propia personalidad jurídica y es independiente respecto de la existencia de sus socios.

Inclusive, se resalta que el numeral 2 del artículo 291 del C.G.P. señala que los comerciantes inscritos deben registrar sus direcciones para notificaciones judiciales ante la Cámara de Comercio en su registro personal y no se advierte que el demandante hubiera solicitado los mismos ante la Cámara de Comercio de Cúcuta. Igualmente el parágrafo segundo advierte que se puede solicitar al Juez que indague ante las entidades con bases de datos sobre información para ubicar a la parte demandada y dicha posibilidad tampoco se agotó.

Respecto de lo alegado por el apelante sobre la idoneidad de la dirección para notificaciones judiciales de la empresa INGENIERÍA 2000 S.A.S. para notificar a sus socios, especialmente al señor LEONARDO GIRALDO por ser su representante legal y que ambos ocupaban cargos en la empresa; se advierte que además de lo indicado sobre la independencia del registro mercantil de la persona jurídica y las naturales que son sus socias, con el incidente de nulidad se aportó prueba de que INGENIERÍA 2000 S.A.S. entró a liquidación judicial mediante auto No. 640-002300 del 23 de agosto de 2018, cuando se designó agente liquidador y por ende, ya su representación legal recaía en otra persona diferente al señor GIRALDO y no se demostró que la señora GIRALDO GUERRA ocupara un cargo o empleo en la empresa.

Fluye de lo expuesto, que no se demostró por la parte demandante haber identificado correctamente una dirección para notificación personal de las personas naturales demandadas y al no intentarse su ubicación para ser citados al proceso de manera correcta, era improcedente haber dado aplicación al artículo 29 del C.P.T.Y.S.S. que requiere la no comparecencia de los citados o en su defecto la manifestación expresa del demandante de que desconoce otro domicilio para su localización, lo que tampoco sucedió en este caso. Por ende, no se configuraron los supuestos para que el emplazamiento realizado se entienda válido y por ende efectivamente se suscitó una indebida notificación de los demandados.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional en diferentes providencias donde analiza errores de notificación personal como defecto procedimental absoluto; por ejemplo, en Sentencia T-025 de 2018 se analizó un caso donde se propuso la nulidad como incidente con posterioridad al proceso ejecutivo a continuación y se identificó que le fue remitida la citación a una dirección equivocada, indicando que es un deber del juez establecer la idoneidad de la ubicación aportada, explicado así:

*“En efecto **cuando no aparece la parte, el juez tiene la carga de buscar la dirección.** De lo contrario es una carga desproporcionada para el demandado. (...) Por otra parte, la Corte reitera que, **a pesar de la iniciación e impulso de este tipo de procesos corresponde a las partes, los jueces son quienes deben realizar las funciones de***

***instrucción de los procesos por sí mismos***, tal y como se establecía en el artículo 2 del CPC, y se mantuvo en el artículo 8 del Código General del Proceso (en adelante CGP).

Adicionalmente, el numeral 4º del artículo 37 del CPC dispone que:

*“ARTÍCULO 37. Deberes del Juez. Son deberes del Juez:*

*4. Emplear los poderes de que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias”.*

Tal disposición se mantuvo en el numeral 5 del artículo 42 del CGP en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 42. DEBERES DEL JUEZ. Son deberes del juez:*

*5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia”.*

Bajo esta interpretación jurisprudencial, el juez debió identificar oportunamente que respecto de las personas naturales demandadas no se proporcionó una dirección para notificaciones adecuada y al no intentarse su citación por un medio adecuado, era improcedente su emplazamiento, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia que accedió a la solicitud de nulidad; advirtiendo que la *a quo* debe dar aplicación al inciso final del artículo 310 del C.G.P., que dice ***“Cuando se decrete la nulidad por indebida notificación de una providencia, esta se entenderá surtida por conducta concluyente el día en que se solicitó la nulidad, pero los términos de ejecutoria o traslado, según fuere el caso, solo empezarán a correr a partir del día siguiente al de la ejecutoria del auto que la decretó o de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior”.***

Finalmente, costas a cargo de la pasiva por no haber prosperado su recurso de apelación, fijando como agencias en derecho a favor de los demandados la suma de \$200.000.

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

#### **RESUELVE:**

**Primero: CONFIRMAR** la providencia proferida por el Juez Civil del Circuito de Los Patios el veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) en el presente trámite, por las razones explicadas.

**Segundo: ADVERTIR** que la *a quo* debe dar aplicación al inciso final del artículo 310 del C.G.P., respecto de tener como notificados por conducta concluyente a los demandados LEONARDO GIRALDO BETANCOURTH y ANA MARGARITA GIRALDO GUERRA.

**Quinto: CONDENAR** en costas a la parte demandante por ser desfavorable el recurso de apelación. Fijar como agencias en derecho a favor de los demandados la suma de \$200.000.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ**  
**MAGISTRADA**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**  
**MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



Secretario



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

Treinta y uno (31) de Mayo de Dos Mil Veintidós (2022)

|                          |                                                                                             |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                                                                    |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-498-31-05-001-2019-00133-00                                                              |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.450                                                                                      |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | DIOSELINA DURAN ARENAS                                                                      |
| <b>DEMANDADO:</b>        | HEREDEROS DETERMINADOS E<br>INDETERMINADOS DE JESÚS MARÍA<br>VACA ÁLVAREZ y OFELINA TORRADO |

**MAGISTRADA PONENTE:**  
**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala a decidir, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora DIOSELINA DURAN ARENAS contra los señores CELINA BACCA, FABIAN BACCA y ELIDA BACCA como herederos determinados y los indeterminados del señor JESÚS MARÍA VACA ÁLVAREZ y la señora OFELINA TORRADO, bajo el Radicado No. 54-498-31-05-001-2019-00133-00, y Radicación interna N° 19.450 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 13 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

La señora DIOSELINA DURAN ARENAS, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad con los señores JESÚS MARÍA VACA y OFELINA TORRADO, desde principios del año 1985 a septiembre de 2017, para que se condene a los herederos determinados e indeterminados a los siguientes conceptos: reajuste de salario al mínimo legal por cada vigencia anual, indemnización por despido injusto, cesantías, intereses a cesantías con su sanción, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria por no consignación de las cesantías, dotación, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., aportes a seguridad social y con la debida indexación.

**1.1 Fundamento fáctico de la demanda:**

•Que DIOSELINA DURÁN laboró para los señores JESÚS MARÍA VACA y ORFELINA TORRADO, a través de un contrato verbal de trabajo a término indefinido desde principios del año 1985 a septiembre de 2017, como empleada doméstica de medio tiempo y atendiendo el establecimiento de comercio de su propiedad el otro medio tiempo, prestando servicios en el KDX 191-240 del Corregimiento La Ermita del Municipio de Ocaña, lugar donde se ubicaba la vivienda y el establecimiento de comercio.

- Que, desde el año 2013 y hasta el mes de diciembre del año 2015, estuvo validando sus estudios de bachillerato los días sábado, cuando solo realizaba labores en la tienda por la tarde; por demás cumplía jornada de trabajo de lunes a domingo por aproximadamente 11 horas diarias, iniciando a las 6 a.m. y finalizando a las 6 p.m. al cerrar el establecimiento; ejerciendo la labor con las herramientas, equipos y suministros dados por los empleadores.

- Que, inicialmente devengaba la suma de \$100.000, incrementándose con el tiempo hasta la suma de \$300.000 en el año 2017, explicando que llegó a la vivienda desde que tenía 11 años en 1985 cuando fue recibida en la vivienda, le dieron espacio y trato, pero como contraprestación cumplía funciones domésticas y atendía el establecimiento comercial.

- Que, tras la muerte de la señora ORFELINA TORRADO en el año de 2015 y luego del señor JESÚS MARÍA BACCA, a mediados del año 2017 que comenzó su enfermedad; los hijos de estos comenzaron persecuciones en su contra para que abandonara la casa y renunciara a su trabajo, guardando cierto recelo por su presencia, por lo que decidió abandonar la casa de sus empleadores y padres de crianza en el mes de septiembre de 2017; sin que en todo el término de la relación laboral se le reconocieran derechos prestacionales.

## 1.2 Respuesta de los demandados CELINA VACA TORRADO, ELIDA ROSA VACA JIMÉNEZ y FABIÁN ERNESTO BACCA BACCA.

Mediante el mismo apoderado judicial, contestaron a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

- Afirman, que nunca existió un vínculo laboral, y que la realidad es expresada por la misma actora al indicar que llegó a la vivienda de los señores JESÚS MARÍA VACA y ORFELINA TORRADO, como hija de crianza, careciendo de sustento fáctico y probatorio su reclamo pues inclusive se puede demostrar que otra persona era quien ejercía labores domésticas, como era la señora ANA GRACIELA SÁNCHEZ acorde al acta de conciliación de 2010 e HILDA ROSA RANGEL conforme contrato de prestación de servicios de 2010.
- Que, inclusive muchas más que hasta eran contratadas por la misma actora. Igualmente, advierte que es la actora quien fungió como propietaria del establecimiento de comercio en el registro y contratos que suscribía, retiros de créditos y contratación de personal de servicio.
- Afirma, que cuando el señor JESÚS MARÍA VACA fue hospitalizado, la actora se quedó sola en casa y cuando falleció tras quince días, los demandados encontraron la casa vacía y abandonada.
- Proponen como excepciones de mérito INEXISTENCIA DE RELACIÓN DE TRABAJO, AUSENCIA DE SUBORDINACIÓN, CARENCIA DE ACCIÓN, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, COBRO DE LO NO DEBIDO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, TEMERIDAD Y MALA FE DE LA DEMANDANTE, FRAUDE PROCESAL Y PRESCRIPCIÓN.

El Curador Ad Litem designado para los herederos indeterminados, contestó que no le constaban los hechos materia de litigio y se atiene a lo que resulte probado.

## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

## 2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 13 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la parte demandante, por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de mérito denominada *INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO*.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la demandante.

## 2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que, el problema jurídico consiste en determinar si existió un contrato de trabajo entre la parte actora y los demandados, esgrimiendo la actora que pese a haber sido hija de crianza de los fallecidos JESÚS VACA y ORFELINA TORRADO, existió también un contrato de trabajo en el curso de su vida hasta su fallecimiento, a lo que se oponen los demandados como herederos indicando que existe un problema familiar y no laboral.

- Expone, que para acceder a las pretensiones debe demostrarse efectivamente la configuración de los presupuestos legales del artículo 22 a 24 del C.S.T., siendo carga del demandante evidenciar la prestación del servicio y será entonces la demandada quien desvirtuará esta presunción; advirtiendo que todas las pruebas testimoniales recepcionadas y los interrogatorios de parte, permiten concluir que quien atendía el establecimiento de comercio ubicado en vivienda de los señores JESÚS VACA y ORFELINA TORRADO era la demandante, siendo aplicable entonces la presunción en su favor.

- Advierte, que existe una gran cantidad de testimonios que serán analizados para establecer a cuál de las partes le asiste la razón, los cuáles valorará acorde a los principios científicos de la sana crítica y en el caso de los testigos se revisará su percepción, fijación, conservación, evocación y narración para establecer la verdad en este asunto; así como su libertad, correspondencia e hilo conductor entre todos los relatos para llegar a una conclusión coherente.

- Destaca, del interrogatorio de parte de la demandante que esta reiteró haber laborado desde los 15 años como empleada doméstica de la casa y desde los 20 años en el establecimiento de comercio, que aunque se identificaba como hija de los propietarios por tener un cuarto propio no solía ser tratada como tal, existiendo contradicción con lo expuesto desde la demanda y que salió de la casa por celos de los hijos.

- Refiere que el testigo RAMÓN DAVID QUINTERO explicó que DIOSELINA DURAN era ama de casa, encargada de hacer las compras en la tienda que el atendía cerca de donde residía y percibió que era tratada como una hija de los señores JESÚS y ORFELINA, vivía permanentemente en ese hogar y desconocía si le pagaban pero se fue cuando ellos fallecieron, negando finalmente que percibiera directamente que le dieran órdenes; de otra parte, NUBIA GARZÓN, de manera clara, coherente y correspondiente explicó ser amiga de la demandante, que el señor JESÚS VACA tenía un buen trato con la actora y sobre su relación, afirmó que este siempre la trató como una hija, que era DIOSELINA quien atendía el establecimiento y que solo supo que

realmente no era hija de él porque su mamá le contó pero que no se notaba, que incluso él le dijo que el negocio se llamaba DONDE DIOSA porque era de ella, que se lo trabajaba y merecía, desconociendo de pagos y de la razón para haberse ido, que nunca vio ordenes sino un trato ameno y si bien realizaba labores de aseo o atención era como una hija más en su hogar, hasta era quien manejaba el dinero.

- Refiere también el testimonio de ALBERTO LLAÍN, quien identifica a DIOSELINA como parte de la familia de JESÚS VACA y ORFELINA, si bien atendía la tienda observó que era porque esta pertenecía a la familia, que la única orden que presencié fue pedirle que sirviera tinto a todos pero como parte de la atención familiar y que supo que había abandonado el lugar por problemas internos de la familia; destacando que todos los testigos se acompañan en resaltar el grado de familiaridad, siendo un relato diferente el de MARCO ORTIZ quien afirmó que hacía 28 años en una conversación con la actora, esta le comentó que era empleada y percibía cien mil pesos mensuales, siendo requerido para explicar porqué recordaba esta situación específica tan lejana y no recordaba asuntos más recientes e incluso incurriendo en incoherencias, lo que resta credibilidad.

- Entre otros testigos analiza lo indicado por NUBIA ROSA SEPÚLVEDA, tachada de imparcial por familiaridad con los demandados, pero que analizado no se evidencia incoherencia en su relato donde explicó que la actora al tener su bebé fue quien la contrató para reemplazarla en la tienda, que fue DIOSELINA quien la buscó, contrató, pagó \$600.000 y solo se entendía con ella, entregando cuentas y ganancias, no a JESÚS VACA ni cualquier y a quien finalmente le entregó la tienda de vuelta fue a ella; lo que permite ratificar que era la actora quien manejaba el negocio. En igual sentido las testigos GENI ESPERANZA PICÓN y ELIZABETH PICÓN, hermanas vecinas de la casa, expusieron que la actora no era empleada sino que era tratada como hija y disponía como ama y señora de la casa, del establecimiento y a quien remitía el señor JESÚS para resolver cualquier situación económica del hogar, resaltando que ambos señores hacían lo que ella dijera y que siempre había otra persona diferente como empleada doméstica, y si colaboraba en el hogar era como parte de la familia.

- Se evidencia entonces que la prueba testimonial permite descartar la existencia de subordinación, entendida como la facultad jurídica para imponer órdenes y que en su lugar lo que existía se identifica con el concepto jurisprudencial de hijo de crianza, como modelo de familia que se ha venido reconociendo y por el cual el trato de la actora con los fallecidos propietarios del hogar donde vivía, era de familiaridad con asistencia permanente por afecto y correspondencia. Por lo que cualquier reclamo de derechos podría derivarse pero por esa calidad y bajo otro escenario diferente al laboral.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

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

- Señala, que no comparte el análisis probatorio realizado, por cuanto se dejaron de aplicar principios laborales en esta situación donde afirma incluso hubo esclavitud, pues se utilizó a la actora bajo la figura de hija de crianza para explotarla y que ella laborara, descartando las pretensiones prácticamente por el mero testimonio de NUBIA GARZÓN, pero está en desacuerdo con el convencimiento expuesto por el juez.

- Que está demostrado que la actora fue buscada de niña y traída a ese hogar para explotarla, como indicaron los testigos ratificando que ella laboró

y prestaba servicio en el establecimiento de comercio, con total devoción y para sustentar el hogar de los señores JESÚS VACA y ORFELINA, de donde se deriva que era la actora quien sostenía ese hogar, por lo que no se aplicó debidamente el artículo 24 del C.S.T.

- Advierte, que se llega a conclusiones irreales como que la hija de crianza tenía más poder y mando en el hogar que las hijas biológicas, siendo esta estrategia de defensa poco creíble y derivándose un manto de duda que debe en todo caso resolverse en favor del trabajador. Inclusive se dejaron de analizar los documentos que fueron desconocidos y que solo se aportaron porque se producían en su momento para descartar cualquier relación laboral, debiendo preguntarse por qué el señor JESÚS VACA autorizaba a la actora a manejar dinero y entonces de que subsistía él, e inclusive no hay prueba de que la actora fuera propietaria del establecimiento y solo se probó que era ella quien lo atendía, pero no las razones de esto.

- Expone, que la testigo NUBIA ROSA SEPÚLVEDA es poco creíble y fue aportado para confundir, dando un relato al que no debió dársele credibilidad porque fue acomodado a la defensa maquiavélica de los demandados, dejando sin analizar que siendo esta nieta de los fallecidos solo cubrió una licencia de maternidad pero no se le ayudó para ser quien manejara las finanzas del hogar, por debajo de la hija de crianza y este contexto dejó de ser analizado por el juez. Por lo que debe revocarse la providencia y reconocer los derechos reclamados, al no ser creíble la estrategia de defensa desarrollada.

#### **4. ALEGATOS**

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

##### **•PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la parte actora indicó que el fallo de primera instancia desconoce la existencia de un contrato laboral tanto en función de empleada doméstica como en el establecimiento de comercio, desconocido por la concurrencia entre sus derechos como hija de crianza y los laborales, basándose incluso en testigos de la demandante sobre los que interrogó desconociendo su finalidad como prueba. Advierte que la actora fue recogida por los padres de los demandados, no solo para brindarle un hogar sino para los quehaceres diarios y atender su establecimiento de comercio, lo que ejerció desde temprana edad, asignándole funciones y obligaciones que le eran ajenas a los demás hijos, y que le era remunerado mensualmente. Que la decisión desconoce los principios del derecho laboral sobre proteger a la parte débil de la relación, evidenciando la forma subordinada en que seguía órdenes de los propietarios y siendo inaceptable que inclusive se le trate como también propietaria del establecimiento, cuando no existen documentos que lo demuestren y se pudo advertir que todos los hijos vivían de las ganancias de dicho negocio que administraba la actora.

Advierte, que los documentos aportados con la contestación fueron desconocidos al ser elaborados únicamente para aportarse al proceso, vienen sin firma y se incumplió la carga probatoria para verificar su origen; igualmente hubo valoración indebida de la testigo sospechosa, NUBIA SEPÚLVEDA, quien denota inconsistencias para encubrir la relación laboral ya que advierte haber cubierto una licencia de maternidad, que solo podía existir de haber relación laboral y no propiedad sobre el establecimiento. Resaltando que la decisión lleva a concluir que la supuesta hija de crianza tuvo mejor derecho sobre los bienes que los hijos naturales del causante, desconociendo que ejercía funciones con subordinación al señor VACA, al

estar reconocido que era la encargada de atender el negocio y por ende se desconocerían sus derechos laborales de confirmar el fallo.

• **PARTE DEMANDADA:** No presentaron alegatos de conclusión.

## **5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre la señora DIOSELINA DURAN ARENAS como trabajadora y los señores JESÚS MARÍA VACA y ORFELINA TORRADO, como empleadores entre 1985 y septiembre de 2017?

Resuelto esto, se revisará si hay lugar a condenar a sus herederos determinados e indeterminados a las prestaciones e indemnizaciones solicitadas y si hay lugar a declarar la excepción de prescripción en los términos resueltos.

## **7. CONSIDERACIONES:**

En este caso, procede la Sala a determinar si entre la demandante DIOSELINA DURAN ARENAS y los fallecidos señores JESÚS MARÍA VACA y ORFELINA TORRADO, existió un único contrato de trabajo entre principios de 1985 a septiembre de 2017, y si en su alegada condición de empleadores, sus herederos determinados e indeterminados adeudan a la actora conceptos salariales, prestacionales e indemnizaciones por los alegados incumplimientos; a lo que se opone la demandada, esgrimiendo que desde la demanda se identifica la misma actora como hija de crianza de los causantes, siendo ella una persona que habitó el hogar como parte de su familia y no como trabajadora, pues dichas labores eran ejercidas por terceros permanentemente y la atención del establecimiento de comercio lo hacía como propietaria y administradora propia del mismo.

El juez *a quo* determinó que no había lugar a acceder a las pretensiones, pues si bien demostró la actora cierta prestación de servicios, la prueba testimonial fue coherente, enfática y convincente para desvirtuarla al denotar que la actora fue hija de crianza de los señores VACA y TORRADO, ejerciendo cualquier labor como parte de su entorno familiar y sin ninguna subordinación, pues inclusive era la encargada de las finanzas y administración del negocio actuando como dueña. Conclusiones a las que se opone la parte demandante, quien apela indicando que hubo indebida valoración probatoria tanto de los testigos como de la documental, al estar debidamente acreditada la prestación de servicios y que se utiliza la figura de hija de crianza para desconocer derechos laborales de quien desde niña fue explotada en trabajos del hogar.

En términos del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo, contrato de trabajo es aquél por el cual, una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Ante

ello, acorde al artículo 23 (*ibidem*), para que se predique su existencia debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, bajo la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario.

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

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

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

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

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

“...*El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias*

*relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes (...)*”.

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

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

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

- Certificado de matrícula mercantil de JESÚS MARÍA VACA ÁLVAREZ, abierto en febrero de 1986, donde consta como propietario de la TIENDA Y ESTADERO LA ERMITA, con última renovación en enero de 2014.
- Fotografías donde se observa a DIOSELINA DURÁN posando junto a JESÚS VACA y ORFELINA TORRADO, con un diploma, en cenas y situaciones familiares; y dos fotos donde se observa a la actora en un establecimiento de comercio.
- Documentos de contrato de prestación de servicios, suscritos por DIOCELINA DURAN como contratante e HILDA ROSA RANGEL como contratista para prestar servicios de mantenimiento en casa ubicada en La Ermita, por 3 meses en septiembre de 2010.
- Acta de conciliación celebrada ante la Inspección de Trabajo de Ocaña en diciembre de 2010 entre ANA GRACIELA SÁNCHEZ y JESÚS MARÍA BACA ÁLVAREZ, para conciliar deudas de carácter laboral por una relación entre diciembre de 1983 y diciembre de 2010, alcanzando un acuerdo sobre conceptos adeudados.
- Recibo emitido por CREDISERVIR OCAÑA, donde consta que existe una consignación en cuenta de DIOSELINA DURAN por \$20.000.000.
- Documentos de contrato de prestación de servicios, suscritos por DIOCELINA DURAN como contratante y YULEIDA PACHECO RINCÓN como contratista para prestar servicios de lavado de tocino, por 3 meses desde agosto de 2010; otros de diciembre de 2010, 2011, 2012, 2013 pero todos estos sin firma de DIOCELINA DURÁN.
- Interrogatorio de parte absuelto por DIOSELINA DURÁN, quien expuso que llegó a laborar desde los 11 años a la casa de JESÚS MARÍA VACA, llevada por CELINA VACA pues desde los 5 años que sus padres fallecieron vivió en una finca hasta que ella se la llevó para que viviera con sus papás, pero allá llegó a laborar y si bien les tenía cierto cariño, no le dieron estudio pues ejercía trabajo de aseo, lavar y percibió desde los 15 años una suma de \$100.000 inicialmente que fue subiendo hasta \$300.000; luego al crecer comenzó a atender el negocio, ya sabía cocinar y despachaba allí de 6 de la mañana a 6 de la tarde. Inclusive cocinaba para otras personas que laboraban allí en esa casa, que aunque les dijera papás ellos le aclaraban que no lo eran. Que tuvo que pedir permiso para estudiar, para todo caso era JESUS VACA quien le daba órdenes permanentemente. Que residía en la casa de ellos en su propia habitación y esta fue suya durante todo el tiempo que vivió allí, indicando que salió tras la muerte de los dos señores pues las hijas comenzaron a mostrar celos y pelear por la propiedad. Explica que ella

despachaba en el negocio llamado “Estadero La Ermita”, donde atendía, prestaba servicios y el pago era por los mismos \$300.000, viviendo en ese hogar sin que le cobraran servicios y recibiendo las comidas diarias; resalta que no era tratada como una hija más, que si bien les interesaba su compañía no le decían directamente que fuera hija. Niega que tuviera ingresos por trabajos adicionales, aunque indica que sí le daban dinero adicional cuando lo necesitaban. Al ser cuestionada por un CDT de Veinte Millones de Pesos, advierte que esto fue una donación del señor JESÚS MARÍA que le realizó para evitar que se quedara sin nada cuando falleciera, momento en el cual acepta que este se refería casualmente a ella como hija y que efectivamente los dos señores la criaron desde niña y les guarda afecto; que si necesitaba ausentarse pedía permiso, tanto por respeto como por subordinación, que le cancelaba mensualmente sin mayor formalidad. Al ser cuestionada por el uso de uniformes en el establecimiento, acepta que ella no usaba uniforme y los otros empleados sí, pero indica que era porque ella cocinaba para esos trabajadores y no propiamente en la cocina. Al ser preguntada sobre la presencia de HILDA ROSA RANGEL en la casa de los demandados, indicó que estuvo un año atendiendo a la señora ORFELINA; luego al ser preguntada por si firmó contrato con otras personas para que laboraran en el establecimiento, negó haberlo suscrito, pero al ponérsele conocimiento de los documentos obrantes al expediente rechaza que sea su firma.

- Testimonio rendido por RAMÓN DAVID JIMÉNEZ, informa ser agricultor y residir en la vereda La Ermita hasta hace 4 años, época en que trabajaba en una finca de la zona; manifiesta que el residió en ese lugar desde 1984 y conoció a la actora en 1985 cuando llegó allá a vivir en casa de los demandados, viviendo desde entonces con ellos. Expone que la señora DIOSELINA en el hogar de JESÚS y ORFELINA era como cualquier dama de casa, trabajando en la tienda, saliendo a hacer mercado y eso lo sabe porque vivía a 100 metros, era el dueño de la tienda del barrio. Era como una hija para ellos, les ayudaba en el hogar porque vivía allí, les hacía el alimento a ellos y los obreros, comportándose como la hija de ese hogar, pero desconoce si por eso le pagaban. Ella se fue cuando murieron ambos. Al ser cuestionado por el apoderado de la actora, solicitante de la prueba, reiteró que era tratada como una hija más y que desconoce las razones específicas para irse, que ella era la que atendía el establecimiento de comercio pero no recuerda cuando empezó, si recuerda que la acompañaba o siempre estaba ahí con JESÚS MARÍA VACA, quien cree era el que contrataba al personal restante del establecimiento y daba las órdenes, pero al ser cuestionado específicamente si las percibía aclaro que no, que se lo imaginaba.
- Testimonio rendido por NUBIA TARAZONA DÍAZ, quien indica conoció a la señora DIOSELINA cuando residía cerca de La Ermita y acudía frecuentemente a donde vivía, manteniendo una larga amistad e igualmente conoció y trató a JESÚS MARÍA VACA y ORFELINA TORRADO; al ser cuestionada sobre la relación que pudo percibir entre estos, indicó que el señor JESÚS presentaba a DIOSELINA como su hija y así la trataba públicamente, siendo ambos quienes atendían y permanecían en el negocio. Su mamá después le contó que no era hija, sino que la acogieron como tal pero esto no era perceptible y todos la trataban como hija, incluso el negocio se llamaba “Donde Diosa” en razón a ella y esto lo sabe porque le preguntó directamente a JESÚS, quien contestó que se llamaba así porque ella era quien lo atendía y sacaba adelante por lo que se lo merecía, pese a que el propietario era él. No sabe si ella trabajaba por salario o por ganancias, pero ella suponía que el producido era de ellos como familia. Desconoce porque

ella se fue del lugar, porque para entonces ella ya vivía en el municipio de Ocaña. Señala que en todo momento DIOSELINA se refería a JESÚS como “papá” y él a ella como “mi chinita”, sin que percibiera ningún trato duro y si no le hubieran dicho habría creído que ella era su hija, no percibió que le diera órdenes sino palabras suaves, de cariño y su trato en general era muy especial. Al ser cuestionada sobre si DIOSELINA era la encargada de hacer labores de aseo, indicó que sí lo percibía y ella le comentaba que además los cuidaba, pero siempre percibió que lo hacía como hija. Explica que siempre percibió familiaridad, no trato como de empleado y hasta ella era quien administraba el dinero del establecimiento. Desconoce aspectos como si recibía órdenes al interior del hogar o del establecimiento, si le pagaban o si recibió dineros de un CDT.

- Testimonio rendido por ALFONSO LLAÍN, quien expresó que conoce a DIOSELINA DURAN porque también vive en La Ermita y así conoció a JESÚS MARÍA VACA y ORFELINA TORRADO, observando que en su hogar vivió la actora desde niña y desde lo que percibió se trataban como familia, no era su hija, pero desde pequeña vivió y se crio allí. Que la veía atendiendo el establecimiento que últimamente se llamaba “La tienda de diosa”, cree que le pusieron ese nombre por ella, pero no tiene certeza. Desconoce si le pagaban por esos servicios. Evidenció que el señor le daba órdenes, pero al ser cuestionado sobre qué clase, indicó que cosas como ir a la tienda por algo o servir un tinto aunque dentro del contexto de una familia. Que al pasar podía encontrarla pasando un trapero en la casa, pero principalmente atendiendo el establecimiento, donde también se la pasaba JESÚS MARÍA VACA que era el propietario. No recuerda cuando comenzó específicamente a atenderlo, pero sí que lo dejó de hacer al poco tiempo de fallecer el señor VACA, desconociendo las razones por las que abandonó la casa. Percibió que sí habían otras trabajadoras domésticas pero desconoce quién las contrató y lo que sabe lo pudo percibir porque vivía a casa y media de distancia.
- Testimonio rendido por MARCO ORTIZ TORRADO, que indicó haber vivido en La Ermita por un año pero no recuerda específicamente cual, explica que allí conoció a DIOSELINA DURAN, porque era quien atendía a la tienda que era de Don Jesús Vaca que se llamaba “La tienda de Diosa”. Relata que este le indicó que Diosa era trabajadora, que acudía a la tienda para comprar chicharrón y se contaban historias, para esa época – hace 28 años – y le contó que le pagaba cien mil pesos. Explica que recuerda esa particularidad y no aspectos como el nombre de su jefe de la época o específicamente la residencia donde vivía, porque pese a salir de esa zona, siguió tratando con él cuando lo veía y que veía a la joven DIOSELINA, entonces cree de 15 años, haciendo aseo y atendiendo la tienda. Refiere que desde su conocimiento él señor JESÚS era el dueño del establecimiento, y DIOSELINA una empleada. Sobre la salida de ella de esa casa, lo que ha oído es que tras la muerte del señor JESÚS, las hijas reclamaron la casa.
- Testimonio rendido por NUBIA ROSA SEPÚLVEDA, manifiesta que es hija de la demandada ELIDA VACA y sobrina de los demás demandados, conoció a la demandante cuando llegó a vivir a casa de sus abuelos que ella tenía 12 años y para entonces vivía con sus padres en otra vereda, siendo ambas casi de la misma edad. Que sus abuelos la trataban como una hija y ella la veía como una hermana y tía, así como que la señora DIOSELINA se refería a don JESÚS de manera cariñosa. Que en la casa de ellos funcionaba un negocio que inicialmente se llamaba ESTADERO LA ERMITA y luego TIENDA DONDE DIOSA, cambiando el nombre cuando este paso a ser de su

propiedad. Que su abuelo tenía su propia empleada doméstica, negando que esta fuera Dioselina o que ella fuera su empleada. Al ser cuestionada por su relación directa con Dioselina, expuso que además de personal como tía o hermana, ha sido su patrona en el Estadero de Diosa, que ella la contrató y le pagaba directamente, esto fue en 2017 y se encargó de atender el negocio. Explicó que en ese momento Dioselina tuvo un bebé y ella la contrató mientras se recuperaba, pagándole del producido del negocio, época en que seguía vivo su abuelo y a él lo cuidaba su tía Celina, lo que duró seis meses cuando ella regresó. Señala que no se explica por qué ella se fue, indicando que cuando el abuelo enfermó ella se quedó sola en la casa pero al morir él, no la encontraron en la casa y no se explica porque dejó la misma. Que actualmente otra persona que desconoce es dueña de la tienda y la casa está en sucesión. Señala que su abuelo comentó que le había arrendado el negocio a Dioselina, que cuando llegó de niña a la casa era una persona muy enferma y sus abuelos la ayudaron a recuperarse, luego empezó a estudiar.

- Testimonio rendido por GENI ESPERANZA PICÓN ASCANIO, indica conocer a las partes del proceso porque ha sido vecina en La Ermita de todos ellos y manifiesta que desde su conocimiento la relación entre DIOSELINA y JESÚS VACA era de padre-hija; que en la casa de esta familia había un negocio desde hace mucho tiempo, que no tuvo nombre hasta que pasó a ser de la actora cuando se llamó “La tienda de Diosa”, explicando que desde que lo tomó fue quien lo administró pero que no fue empleada de señor Vaca, se percibía que la trataba como una hija, la quería mucho y por eso después supone que le puso su nombre a la tienda. Que la señora DIOSA llegó a vivir allí de niña hace más de 30 años, que se la pasaba muy enferma y ellos la cuidaban mucho, lo que sabe porque siempre pedían ayuda. Que el señor JESÚS siempre tuvo empleada doméstica para que cocinara e hiciera aseo, pero no era la señora DIOSELINA, quien realmente solo era una hija más. Indica que dejó la casa y la tienda después de un tiempo, que llevaba rato indicando que quería irse para hacer su familia y cuando tuvo un bebé, buscó ayuda porque tuvo un embarazo complicado, por lo que dejó a NUBIA atendiendo al negocio. Explica que ella pudo percibir directamente porque era la vecina y entraba constantemente, que el señor Jesús – a quien se refiere con el sobrenombre “chunga” – daba un trato de cariño, especial y como de hija a DIOSELINA. Que desde su perspectiva era la actora quien disponía de todo lo de la tienda.
- Testimonio rendido por ELIZABETH PICÓN ASCANIO, quien expresó conocer a las partes del proceso como vecina de La Ermita donde residieron, explicando que desde que conoció a DIOSELINA siempre fue tratada e identificada como parte de la familia de JESÚS MARÍA VACA, no como empleada; que en esa casa había otra persona permanentemente haciendo labores de aseo y cocina, pero no era la demandante. Que la tienda se llamaba “tienda de Diosa” porque desde su perspectiva era la que se encargaba y mandaba en el negocio, siendo ella era la que permanentemente estaba ahí pero no sabe si formalmente era la propietaria, solo que así se le identificaba. Que el señor JESÚS, le tenía mucho cariño a DIOSA, incluso cualquier asunto la remitía a ella para que atendiera y resolviera, hasta era ella quien contrataba a los empleados, no percibió trato alguno como empleada. No tiene conocimiento directo del tipo de acuerdo entre ellos para manejar el negocio, pero desde su perspectiva quien lo administraba era DIOSA como señora y dueña.

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

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

Para el presente caso, el juez a quo concluyó, que de las pruebas aportadas al expediente si bien está demostrado que la actora ejercía algunas actividades en el hogar de los señores JESÚS VACA y ORFELINA TORRADO, especialmente en el establecimiento de comercio que el señor tenía allí; se desvirtuó la presunción en favor de la actora pues acorde a la amplia prueba testimonial se demostró que cualquier actividad desplegada se dio en virtud de un permanente acompañamiento en razón a su lazo familiar que no alcanza a identificarse como relación laboral, al evidenciarse a la señora DIOSELINA DURÁN, como una hija de crianza de ese hogar; sin embargo, la apelante argumenta que esta valoración probatoria es indebida y contraria a los principios constitucionales del trabajo, pues se demostró que la actora fue buscada desde niña para laborar en el hogar de los demandados y prestó sus servicios de manera permanente hasta que fallecieron sin que se le reconocieran derechos laborales.

Procediendo la Sala a resolver, si le asiste razón al apelante, bajo los citados parámetros legales y jurisprudenciales. En primera medida, debe señalarse, que en la audiencia de trámite y juzgamiento el apoderado de la parte actora presentó desconocimiento a los documentos obrantes a folios 109 a 150 y tacha de falsedad el documento visto a folio 105; al respecto, cabe recordar que el Código General del Proceso, estableció dos mecanismos para controvertir la autenticidad de los documentos aportados por la contraparte, tratándose de documentos firmados por una parte quien pretenda negar su validez debe proponer y tramitar la tacha de falsedad de que trata el artículo 269 y si se trata de documentos no suscritos o firmados pero atribuidos a una parte, este debe desconocerlo bajo los términos del artículo 272.

Estas dos figuras se deben plantear debidamente y su trámite es diferente; en el caso de la tacha de un documento firmado, la norma establece, que es el proponente quien tiene la carga de probar que el contenido suscrito o manuscrito por ella es falso y hasta tanto demuestre esta falsedad, el documento se presume auténtico; de otra parte, el desconocimiento por tratarse de documentos no suscritos o manuscritos, al ser propuesta se asignó la carga de la prueba sobre su autenticidad a la parte que lo presentó como prueba y no a quien se le imputa, por lo que en este caso, el documento desconocido carece de eficacia probatoria hasta que se demuestre su autenticidad.

Acorde a lo expuesto, se advierte que los documentos vistos entre folios 109 a 150 una vez fueron desconocidos por la parte a quien se atribuye su creación pero carecen de su firma, carecen de eficacia probatoria a menos que la parte demandada que los propuso demostrara su autenticidad; encontrando la Sala que si bien los testigos refirieron que la señora DIOSELINA sí tenía facultades para contratar en el establecimiento de comercio, no identificaron adecuadamente a las beneficiarias de dichos contratos y las épocas en que laboraron, siendo sus dichos genéricos e insuficientes para conferir valor probatorio a estos documentos. Por lo que carecen de toda eficacia probatoria y no pueden ser valorados.

De otra parte, los dos únicos contratos que sí aparecen con la firma de la demandante, si bien fueron tachados de falsedad en la audiencia de trámite el Juez negó proceder a su trámite y la parte interesada se abstuvo de interponer los recursos procedentes; por ende, tácitamente desistió de la tacha y con ello dichos documentos se entienden auténticos, por lo que pueden ser valorados sistemáticamente con las demás pruebas practicadas.

Aclarado lo anterior, y siguiendo con el análisis de las pruebas reseñadas que fueron oportuna y regularmente aportadas al proceso, se advierte que referente a la prestación de servicios no se deriva mayor conclusión de los documentos aportados, de donde se desprende exclusivamente la convicción de que el establecimiento de comercio ubicado en La Vereda La Ermita era propiedad del señor JESÚS MARÍA VACA.

Igualmente, las manifestaciones de la actora durante el interrogatorio de parte no pueden servir para convalidar su versión de los hechos dado que a las partes no les es dable crear sus propias pruebas y jurisprudencialmente se ha señalado que *“la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio”* (SL092-2022 reitera rad. 31.637 del 15 de julio de 2008).

Ante la ausencia entonces de documentos que respalden con total certeza las afirmaciones de las partes, la prueba de la prestación del servicio y de la subordinación depende exclusivamente de las declaraciones testimoniales recepcionadas en la audiencia, y de ellas se desprende con certeza la presencia de la actora en la casa del hogar conformado por los fallecidos señores JESÚS MARÍA VACA y ORFELINA TORRADO de carácter permanente, pero como resaltó el *a quo*, no precisamente prestando servicios como una empleada sino bajo un contexto de crianza y familiaridad.

Aunque desde la demanda se reconoce esta situación y se alega que no puede servir para desconocer que efectivamente prestó servicios como empleada doméstica desde que llegó siendo una niña en 1985 y luego cuando creció paralelamente atendiendo el establecimiento de comercio; estas afirmaciones son controvertidas de manera casi unánime por los relatos testimoniales.

El sistema normativo impone el deber de aplicar una apreciación en conjunto y acorde a las reglas de la sana crítica, esto es un análisis juicioso, serio y razonado de los elementos de la lógica y la experiencia, sin apartarse de los conocimientos científicos o intelectuales; para que a través de este ejercicio se alcance una mayor persuasión o credibilidad de lo que es la verdad material del objeto de estudio

Resalta la Sala que prácticamente todos los testigos coinciden en la misma narrativa e historia: que DIOSELINA DURÁN llegó cuando tenía aproximadamente 11 o 12 años, en 1985, a residir en la casa que los esposos JESÚS VACA y ORFELINA TORRADO poseían en la vereda La Ermita; que la relación pública que estos evidenciaron ante sus vecinos, amigos y demás familiares fue de tal afecto y confianza, que eran reconocidos como padres e

hija, a tal nivel que si no preguntaban no era posible saber que no tenían lazos sanguíneos.

En igual medida, los testigos son claros al advertir que no era DIOSELINA DURÁN quien desarrollaba labores como empleada doméstica para el aseo y cocina del hogar de los señores JESÚS VACA y ORFELINA TORRADO, pues esta labor la desarrollaba otra persona permanentemente; de manera concreta, personas con una relación directa, imparcial y un nivel de percepción diario como las vecinas GENI ESPERANZA PICÓN ASCANIO y ELIZABETH PICÓN ASCANIO, explican que la actora llegó a ese hogar y fue tratada como una hija más, porque era una niña muy enferma y por ende no ejercía labor alguna en el hogar.

Consonante a lo anterior, el testigo RAMÓN DAVID JIMÉNEZ aclaró que si bien alguna vez vio a la actora hacer labores de aseo o mandados en la casa de los demandados, esto lo percibió como parte de su ayuda en el hogar donde era tratada como hija; misma percepción que tenía el testigo ALFONSO LLAÍN.

Frente a la naturaleza de las labores que se evidenció realizaba la actora en el establecimiento de comercio de venta de chicharrones ubicado en la casa de los demandados; también fueron contestes los testigos al explicar que la actora era quien administraba como si fuera suyo este negocio, que si bien en este permanecía el señor JESÚS VACA, este delegó todo su control en la señora DIOSELINA, para quien tenía total confianza y así lo demostraba ante todos los que acudían al establecimiento, siendo la percepción pública que esta tienda era propiedad de la demandante y no del demandado, pese a que así figurara en el registro mercantil.

Como prueba complementaria para evidenciar la veracidad de esta versión, se encuentran los dos contratos aportados y que tienen su firma, ya determinados como auténticos, donde es la actora quien contrata personal para prestar servicios en el hogar donde residía y el establecimiento de comercio que los testigos afirman regentaba. Igualmente tenemos la declaración de la testigo NUBIA ROSA SEPÚLVEDA, al indicar que ella fue contratada para atender el establecimiento cuando la actora tuvo su hijo y que por 6 meses cumplió sus funciones, pero era a DIOSELINA DURAN a quien le rendía cuentas, entregaba el producido y para nada a JESÚS VACA, pues para todo efecto era como si la actora fuera la propietaria del establecimiento.

Si bien esta testigo es nieta de una de las herederas demandada, su relato no evidencia ser excesivamente favorable a los intereses de su mamá; por el contrario, su historia es convalidada por las testigos GENI ESPERANZA PICÓN ASCANIO y ELIZABETH PICÓN ASCANIO, quienes indicaron que efectivamente NUBIA reemplazó a DIOSELINA durante el tiempo posterior a su embarazo y todos los testigos fueron enfáticos en indicar que la actora administraba el establecimiento sin subordinación alguna de JESÚS VACA, quien frente al parecer de todos le entregó el negocio para que lo explotara en su beneficio. Ahora si bien estas ganancias pudieron servir para financiar el sostenimiento del hogar de los demandados, esto se explica en que este era el negocio de la familia y la actora siempre fue tratada como una hija de crianza de los propietarios, al punto de entregarle el negocio familiar para que lo administrara sin condicionamiento demostrado.

El único testigo disonante a estas versiones fue MARCOS ORTIZ TORRADO, quien expresó que el señor JESÚS VACA le presentó e identificó a DIOSELINA como empleada suya y así lo percibió las ocasiones que frecuentó el establecimiento. Al respecto, la Sala de Casación Laboral en múltiples pronunciamientos como la reciente SL1950 de 2019, ha señalado “en

*presencia de varios testimonios contradictorios u opuestos, que permiten arribar conclusiones enfrentadas o disímiles, corresponde al juzgador, dentro de su libertad y autonomía y en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, establecer, conforme a la libre formación del convencimiento previsto en el artículo 61 del CPTSS, su mayor o menor credibilidad, pudiendo escoger a un grupo de deponentes como fundamento de la decisión y desechar el otro, lo cual no configura de ninguna manera un yerro, tal como se expuso en Sentencia CSJ SL, 23 nov. 2016, rad. 47003”.*

Procediendo a analizar la credibilidad de este testigo contrario a la versión mayoritaria, se advierte que su dicho resulta poco verosímil comparado con el de los demás, pues explicó que solo vivió en la vereda La Ermita durante un año y que eso fue hace más de 20 años; por lo que no pudo tener una percepción permanente, constante y directa comparado con los demás testigos, pues RAMÓN JIMÉNEZ vivió en La Ermita hasta poco antes de fallecer el señor JESÚS VACA, otros como ALFONSO LLAÍN, GENI PICÓN y ELIZABETH PICÓN siguen residiendo en esa vereda, NUBIA TARAZONA indicó ser amiga de la demandante a la fecha y por ende, sus relatos que empiezan todos conociendo a la actora desde que llegó siendo niña a la casa de los demandados y exponen hechos ocurridos en el transcurso de 30 años, resulta más creíble respecto de un solo testigo con apenas presencia histórica en los hechos objeto de litigio.

Frente al argumento del apelante sobre que es poco creíble la versión de los demandados, pues no es admisible creer que una hija de crianza tuviera más beneficios y poder en el manejo del hogar que las biológicas; se advierte que el convencimiento del juez proviene de un análisis sistemático de las pruebas aportadas, y en este caso los testimonios provienen de diferentes perspectivas imparciales (vecinos, amigos de la familia y clientes del establecimiento), derivando una narrativa coherente y creíble, que es libre de prejuicios y permite conformar una historia creíble, de donde no se desprende que la señora DIOSELINA DURÁN fuera trabajadora en el hogar de los demandados, sino que fue tratada y criada como una hija, que con el paso del tiempo se le concedió tal nivel de confianza que administró el negocio familiar por su cuenta, sin subordinación frente a sus padres de crianza y esto sin perjuicio de los demás hijos de la pareja, respecto de quienes no se demostró conflicto alguno por el control del establecimiento durante el tiempo que estuvieron con vida los padres.

Por lo anterior, en este caso concuerda la Sala con lo concluido en primera instancia, sobre que se aportaron suficientes elementos de convicción para demostrar que lo existente entre las partes fue más una relación familiar, desmontando la valoración probatoria que cualquier servicio prestado por la actora en el establecimiento de comercio de JESÚS VACA fuera bajo su subordinación y en general, se desprenden mayores elementos favorables a la defensa expuesta por los demandados, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la parte demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a la demandante DIOSELINA DURÁN ARENAS; fijando como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

#### **DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia impugnada de fecha 13 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la demandante DIOSELINA DURÁN ARENAS, fíjense como agencias en derecho de segunda instancia el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de los demandados.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**  
**Magistrada Ponente**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**Magistrado**

  
**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 055, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 01 de junio de 2022.



Secretario