



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

Treinta (30) de Septiembre de Dos Mil Veintidós (2022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	<b>54-001-31-05-001-2019-00074-00</b>
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.689
<b>DEMANDANTE:</b>	MARÍA LEONILDE CÓRDOBA
<b>DEMANDADO:</b>	U.G.P.P., FOPEP y ANA DEL CARMEN VELOZA CHÍA

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

Procede la Sala a resolver dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora MARÍA LEONILDE CÓRDOBA, contra la UNIDAD DE GESTIÓN DE PENSIONES Y PARAFISCALES - U.G.P.P., FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL - FOPEP y ANA DEL CARMEN VELOZA CHÍA Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2019-00074-00, y Radicación Interna No 19.689 de este Tribunal Superior, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 8 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

**1. ANTECEDENTES**

La señora MARÍA LEONILDE CÓRDOBA, mediante apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra UNIDAD DE GESTIÓN DE PENSIONES Y PARAFISCALES - U.G.P.P., FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DEL NIVEL NACIONAL - FOPEP y ANA DEL CARMEN VELOZA CHÍA para que se declare que tiene derecho al reconocimiento del 100% de la sustitución pensional por el fallecimiento de su cónyuge LUIS FELIPE POLENTINO SUÁREZ, que era pensionado de la U.G.P.P., para que se ordene el pago de las mesadas pensionales causadas desde su fallecimiento el 23 de julio de 2017, con los intereses de mora correspondientes.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere:

- Que FELIPE POLENTINO SUÁREZ y MARÍA LEONILDE CÓRDOBA contrajeron matrimonio el 25 de enero de 1969 en la Parroquia la Santísima Trinidad de Cundinamarca, y procrearon juntos seis hijos: JORGE IVÁN, LUIS FELIPE, LUCY ESTELA, MARTIZA, LUIS FRANCISCO y ANA BEATRIZ POLENTINO CÓRDOBA.

- Que el señor POLENTINO SUÁREZ se pensionó como trabajador de la empresa ADPOSTAL mediante Resolución No. 2173 del 8 de noviembre de 1989 por CAPRECOM, y como pensionado percibía sus pagos a través del CONSORCIO FOPEP mediante el sistema bancario, estando afiliado a salud a través de CAPRECOM y luego SANITAS E.P.S., teniendo como beneficiaria a su esposa MARÍA LEONILDE CÓRDOBA. Posteriormente su pensión fue reajustada mediante Resolución No. 1942 del 30 de noviembre de 1989.

- Que el señor POLENTINO SUÁREZ falleció en la ciudad de Cúcuta el 23 de julio de 2017, atendido en la Clínica Santa Ana y acompañado con el cuidado de su esposa e hijos.

- Que desde el 18 de marzo de 1996 la entidad CAPRECOM notificó al señor POLENTINO la aceptación de la designación como beneficiaria de MARIA LEONILDE CÓRDOBA para el traspaso provisional de la pensión conforme a la Ley 44 de 1980 y 71 de 1988; informándole de esta mediante oficio del 18 de diciembre de 1995 de parte del pensionado.

- Que tras el fallecimiento, mediante solicitud del 19 de septiembre de 2017 la cónyuge supérstite reclamó la sustitución pensional y le fue reconocida provisionalmente por la U.G.P.P. mediante Resolución RDP03717 del 27 de septiembre de 2017; pero posteriormente en Resolución RDP030376 del 25 de julio de 2018 se resolvió negar el reconocimiento de la señora ANA DEL CARMEN VELOZA CHÍA y dejar en suspenso la pensión por reclamo de la señora MARÍA LEONILDE CÓRDOBA, afirmando dicha reclamante haber convivido con el causante de abril de 1975 hasta su fallecimiento; actos que fueron confirmados en sede de reposición y apelación.

El demandado CONSORCIO FOPEP contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones al advertir que carece de interés jurídico en la reclamación, pues son trámites ajenos a su competencia dado que no fue la entidad que suspendió el reconocimiento procesal y no es la entidad que asumió las actividades del liquidador de ADPOSTAL o es su sustituto procesal, por lo que propone como excepción la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD, AUSENCIA DE NEXO CAUSAL, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA.

La demandada U.G.P.P. contestó oponiéndose a las pretensiones hasta tanto se demuestre la configuración de los requisitos establecidos para la sustitución pensional del señor POLENTINO SUÁREZ por cuanto se derivó una controversia entre dos reclamantes, haciendo imposible la definición de su parte de la declaratoria del derecho ya que corresponde a autoridad judicial y por ende tampoco procederían los eventuales intereses moratorios; acepta los hechos derivados de pruebas documentales y los actos administrativos indicados en la demanda, reclamando que los demás deben probarse. Propone como excepciones PRESCRIPCIÓN e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA.

La señora ANA DEL CARMEN VELOZA CHÍA se opone a la pretensión de que se reconozca el 100% de la pensión de sobreviviente a la demandante, alegando que lo correspondiente es el reconocimiento del 50% de la prestación a favor de cada una por corresponder a la voluntad del titular del derecho acorde a los oficios del 18 de marzo de 1996 y del 25 de julio de 2005 donde designó a ambas mujeres como beneficiarias; señalando que no se opone a la declaratoria de beneficiaria de la actora en la medida que no desconoce su calidad de esposa formal del causante, pero alega que bajo el principio de primacía de la realidad no es dable desconocer que el señor POLENTINO también sostuvo una relación de unión libre con la señora VELOZA desde 1963 hasta antes su fallecimiento; contesta a los hechos que acepta la relación matrimonial del causante, pero agrega que desde 1963 este mantuvo una relación de pareja con la señora VELOZA, con quien procreó una hija (LUZ MARINA POLENTINO VELOZA) y que pese a su matrimonio mantuvo una relación de compañeros permanente con ella.

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

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

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia del 6 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió lo siguiente:

**“PRIMERO:** DECLARAR QUE LA DEMANDANTE MARIA LEONILDE CORDOBA DE POLENTINO CUMPLE LOS REQUISITOS DE LEY PARA ACCEDER A LA PENSION DE SOBREVIVIENTE, CAUSADA POR EL FALLECIMIENTO DE SU CONYUGE EL SEÑOR LUIS FELIPE SUAREZ, A PARTIR DE JULIO DE 2017, CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN A ESTA SENTENCIA.

**SEGUNDO:** ORDENAR A LA UGPP RECONOCER Y PAGAR A SEÑORA MARIA LEONILDE DE POLENTINO, LAS MESADAS CAUSADAS Y NO CANCELADAS A PARTIR DEL FALLECIMIENTO DEL AFILIADO EL SEÑOR LUIS FELIPE SUAREZ, SIN INTERESES DE MORA E INDEXACION, DEBIENDO LA UGPP RECONOCER Y DESCONTAR LO DE RUBRO SALUD , DE CONFORMIDAD CON LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN.

**TERCERO:** DISPONER QUE LA SEÑORA ANA DEL CARMEN VELOZA, NO CUMPLE CON LOS REQUISITOS DE LEY, DEL ARTICULO 47 DE LA LEY 100 DE 1993, EN CALIDAD DE COMPAÑERA PERMANENTE DEL CAUSANTE EL SEÑOR LUIS FELIPE POLENTINO SUAREZ, DE CONFORMIDAD CON LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN

**CUARTO:** COSTAS A CARGO DE LOS DEMANDADOS.”

## **2.2. Fundamentos de la Decisión de Primera Instancia**

El Juez *a quo* fundamentó su decisión en lo siguiente:

- Que el problema jurídico fijado gira en torno a resolver si las reclamantes MARÍA LEONILDE CÓRDOBA y ANA DEL CARMEN VELOZA cumplen con los requisitos de ley para acceder a la sustitución pensional causada por el fallecimiento de LUIS FELIPE POLENTINO SUÁREZ bajo las alegadas calidades de cónyuge y compañera permanente supérstites, y si es del caso a ordenar pago de mesadas causadas, intereses moratorios o indexación.

- Refiere que la demandante aportó el acta de matrimonio celebrada con el causante, debidamente inscrita; los registros civiles de nacimiento de sus seis hijos en común, registro de defunción, certificado de afiliación a E.P.S. con integración de grupo familiar donde consta la esposa como beneficiaria; la historia clínica refiriendo las afecciones y enfermedades del causante; documento proveniente de CAPRECOM reconociendo designación de beneficiarios de pensión en caso de sustitución a la demandante y el oficio enviado previamente para este fin. Así como las resoluciones en sede administrativa, algunas fotografías de reuniones familiares que no permite identificar a ninguno. De otra parte la demandada aportó los registros civiles de los hijos procreados con el causante.

- Agrega, que se recibieron los testimonios de Germán Antonio Torres Hernández, Miriam Torres Parada, María Isabel Ortiz y Blanca Luisina Silva Ramírez; que GERMAN TORRES manifestó conocer a LUIS POLENTINO y su familia cuando llegaron al Barrio Cristo Rey en 2005, que para entonces sufría de parkinson y no se podía mover solo, era trasladado

por su esposa e hijas incluso a la tienda, siendo Doña Leonor quien lo cuidaba acorde a su conocimiento como director del grupo de la tercera edad del barrio. Igualmente MIRIAM TORRES refiere conocer a los esposos cuando llegaron a vivir a La Cabrera, que era pensionado por su trabajo como cartero en bicicleta de adpostal, sosteniendo su hogar con Maria Leonilde y sus hijos, no conociendo a la otra reclamante. BLANCA SILVA fue vecina del barrio Alfonso López, conociendo solo a su esposa e hijos y MARIA ISABEL ORTIZ conoció al causante a través de su hija, era su peluquera y refiere que en sus últimos años por el parkinson no podía moverse sin ayuda, especialmente de su esposa.

- Por parte de ANA VELOZA señala se escuchó a FRAN CELINA MORA, residente del barrio Las Palmeras que afirma conoció a POLENTINO en 1984 como vecina de la demandada quien vivía con su hermano y que para esa época veía como POLENTINO la visitaba 3 o 4 veces a la semana, cancelando el arriendo de la señora Ana y que le recomendó incluso a ella que le prestara en su nombre cualquier necesidad. Advierte que los últimos años iba en bicicleta y por último en taxi, que sufría de Parkinson y en su casa no le pasaban al teléfono a la señora Veloza, pero aclara que no se quedaba allí a dormir ni un día aunque lo visitara con frecuencia. Inclusive que era deseo de POLENTINO que las dos señoras compartieran la pensión.

- Conforme estas pruebas, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 señala que el trato que debe darse en caso de convivencia simultánea o en proporción al tiempo convivido por cada uno; estando demostrado en este caso la vigencia del vínculo matrimonial, la persistencia de la convivencia de los cónyuges y que el causante mantenía económicamente su hogar, siendo su esposa la que cuidaba su salud y atención personal especialmente con su enfermedad. Pero no ocurre lo mismo con la otra reclamante, aunque está demostrada la relación sentimental con ANA VELOZA CHIA y que procrearon dos hijas, pero no se logra demostrar la convivencia permanente o simultánea, menos aún en los últimos 5 años y resulta inclusive contradictoria la historia de las últimas visitas con lo establecido en los documentos médicos, careciendo de certeza sobre la convivencia exigida en la norma.

- Concluye que el reconocimiento será en favor exclusivamente de la demandante, sin intereses moratorios ni indexación o indemnización por no ser culpa de la U.G.P.P. el conflicto; igualmente no hay prueba de las mesadas pagadas, debiendo reconocer lo dejado de cancelar y aclarando que debe actualizarse la mesada año a año.

### **3. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como quiera que la sentencia fue adversa a U.G.P.P. y a la demandante ad excludendum ANA VELOZA CHÍA, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

### **4. ALEGATOS**

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión.

- **Parte Demandante:** El apoderado de la actora luego de referir los hechos y las pruebas recepcionadas en el curso del proceso, señala que en el presente caso está demostrado el vínculo matrimonial entre LUIS FELIPE POLENTINO y MARÍA LEONILDE CÓRDOBA, vigente al no existir liquidación alguna, quienes convivieron todo el matrimonio hasta sus últimos días de vida donde requirió acompañamiento personal para sus actividades básicas por sus enfermedades. Resalta que el único testimonio citado por la demandada refiere meras visitas que no configuran una vida

marital para hacerla acreedora de la pensión, no estando demostrado que pernoctara el causante en manera alguna con ANA DEL CARMEN VELOZA. De otra parte fueron concordantes los testimonios que reflejaban la vida matrimonial con la actora, quien fue ama de casa y veló por el causante en su enfermedad, dependiendo económicamente de su pensión, por lo que reclama el reconocimiento del cien por ciento de la sustitución a su favor.

• **Parte Demandada:** El apoderado de la señora ANA DEL CARMEN VELOZA CHÍA inicialmente refiere que existieron omisiones e irregularidades en la actuación de primera instancia al impedirle estar presente en la audiencia inicial, alegando que no se le envió el link para conectarse a la misma pese a ser de conocimiento del despacho su correo electrónico y ese día lo llamaron para cuestionar que no se conectara, por lo que no pudo presentar los testimonios completos. Respecto de las pretensiones, reitera que las actuaciones contrarias al debido proceso le impidieron presentar los testigos que conocían de pleno la relación de pareja de su representada con el causante desde 1963; que la decisión desconoce la voluntad del señor POLENTINO al informar a la entidad que existía una segunda beneficiaria como se derivan de los documentos aportados. Que la relación con ANA VELOZA fue anterior a la de la actora, quien fue la que contrajo matrimonio con el causante pero esto no puede desconocer que en realidad tuvo dos compañeras en su vida.

La apoderada de la U.G.P.P. manifestó que resulta conforme a ley y al derecho, confirmar la sentencia de primera instancia, en razón a que el caudal probatorio en el informativo es contundente al demostrar que esa entidad no es el sujeto de responsable de reconocer a favor de la señora MARIA LEONILDE CORDOBA DE POLENTINO, suma alguna por concepto de indemnizaciones legales, intereses moratorios y demás; que acorde a las pruebas, es claro que esta demandante demostró que es la única beneficiaria de la pensión de sobreviviente acorde al relato de los testigos. Mientras que la otra reclamante no logró demostrar más que una relación o lazos sentimentales que no constituyen convivencia.

## **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. Se advierte sobre las irregularidades procesales enunciadas en los alegatos de la demandada, que conforme al artículo 133 del C.G.P. debían ser propuestas oportunamente como nulidad so pena de quedar saneadas, como en este caso ocurrió.

## **6. DEL PROBLEMA JURÍDICO**

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

Si las Señoras MARÍA LEONILDE CÓRDOBA en su condición de cónyuge y ANA DEL CARMEN VELOZA CHÍA como compañera permanente, tienen derecho a que la U.G.P.P., les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes causada por la muerte del Señor LUIS FELIPE POLENTINO SUÁREZ, con su respectivo retroactivo pensional.

## **6. CONSIDERACIONES**

El problema jurídico consiste en determinar si la cónyuge y compañera permanente del causante LUIS FELIPE POLENTINO SUÁREZ, tienen derecho a que U.G.P.P., le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes

de que trata el artículo 46 a 48 de la Ley 100 de 1993, alegando cada una haber cumplido con el término de convivencia necesario para acceder a dicha prestación.

El Juez *a quo* concluyó que la cónyuge supérstite MARÍA LEONILDE CÓRDOBA demostró haber mantenido una convivencia permanente, estable y pública con el causante, inclusive con acompañamiento y cuidado en sus últimos años cuando sufrió de Parkinson y ello se deriva del conocimiento directo de los testigos oídos; descartó que la otra reclamante tuviera derecho como compañera permanente, pues si bien evidenció una relación sentimental con el causante y dos hijas en común, no hubo convivencia en los años anteriores al fallecimiento; conclusiones que no fueron apeladas por las vencidas en juicio, U.G.P.P. y ANA DEL CARMEN VELOZA CHÍA, por lo que serán objeto del grado jurisdiccional de consulta.

En el presente asunto, están demostrados los siguientes hechos:

- Los señores LUIS FELIPE POLENTINO SUÁREZ y MARÍA LEONILDE CÓRDOBA contrajeron matrimonio religioso el 225 de diciembre de 1969, que fue registrado civilmente el 7 de enero de 1970; procreando durante su unión a 5 hijos: JORGE IVÁN POLENTINO CÓRDOBA nacido el 23 de noviembre de 1966, LUCY STELLA POLENTINO CÓRDOBA nacida el 9 de febrero de 1969, MARITZA POLENTINO CÓRDOBA nacida el 7 de diciembre de 1970, ANA BEATRIZ POLENTINO CÓRDOBA nacida el 28 de julio de 1973 Y LUIS FRANCISCO POLENTINO CÓRDOBA nacido el 12 de julio de 1972.

- El señor LUIS FELIPE POLENTINO SUÁREZ fue reconocido con pensión de jubilación mediante Resolución No. 2173 del 8 de noviembre de 1988 de CAPRECOM con cuantía de \$38.025,90 a partir del 1 de enero de 1989 y fue reliquidada en \$67.938,39 desde esa misma fecha mediante resolución No. 1942 del 30 de noviembre de 1989.

- Que el señor LUIS FELIPE POLENTINO SUÁREZ falleció en la ciudad de Cúcuta el 23 de julio de 2017 con 82 años de edad.

- Mediante resolución RDP037217 del 27 de septiembre de 2017, emitida por U.G.P.P., se reconoció de manera provisional la pensión de sobrevivientes a la cónyuge MARÍA LEONILDE CÓRDOBA; pero ante la reclamación posterior de ANA DEL CARMEN VELOZA CHÍA, mediante Resolución RDP030376 del 25 de julio de 2018 se dejó en suspenso el reconocimiento provisional, lo que fue confirmado en sede de reposición y apelación.

Sea lo primero advertir que como quiera que el señor POLENTINO SUAREZ, falleció el día 11 de diciembre de 2019, la norma aplicable al caso es el numeral 2° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 de 2003, el cual dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: “*Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca*”; por lo que en este caso, como el causante falleció como beneficiario de pensión de vejez, da lugar a la sustitución pensional a favor de los miembros del grupo familiar consagrados en la norma.

Respecto de estos beneficiarios, la controversia se centra en la solicitud de la cónyuge y la compañera permanente del afiliado fallecido, el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, determina que:

“*Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

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

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;”*

De acuerdo con la norma anterior, para que el cónyuge adquiriera el derecho a la pensión de sobrevivientes, debe demostrar que convivió con el causante al menos durante cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, en cualquier tiempo; y en el caso de la compañera permanente, no menos de 5 años con anterioridad inmediata a su muerte y en caso de existir una sociedad anterior conyugal no disuelta y con derecho a la pensión, la prestación económica se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. Así lo sostuvo la Corte en muchos de sus pronunciamientos, entre otros, en las sentencias CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393, CSJ SL, 22 ago. 2012, rad. 45600, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068-2016, CSJ SL347-2019.

Sin embargo, se recuerda que a partir de la sentencia CSJ SL1730-2020, el requerimiento de 5 años de convivencia para potenciales beneficiarios del afiliado fallecido, migró para sentar como nueva postura que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite **del afiliado fallecido, no se requiere ningún tiempo mínimo de convivencia**, sino que es suficiente acreditar la condición invocada para cumplir el presupuesto del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, **por manera que la cohabitación de 5 años, solo es exigible en caso de muerte del pensionado**. Esta postura ha sido reiterada en decisiones posteriores por parte de la Sala de Casación Laboral, como puede verse en providencias SL3626-2020, SL3785-2020, SL489-2021, SL222-2021, SL2820-2021, SL2893-2021, entre otras.

Sobre el requisito de la convivencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL- 1399 rad. Interno N° 45.779 del 25 de abril de 2018, recordó que la noción aceptada por esa corporación sobre convivencia es la de haber conformado una “*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-*

*durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado”, de manera que existe convivencia real y efectiva cuando se demuestra “una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión **soporte en los pesos de la vida**, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.*

Específicamente sobre la convivencia singular con la cónyuge, la jurisprudencia en cita expone que la Corte que a partir de sentencia del 24 de enero de 2012 en Radicado 41.637, se “*planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo*”, precepto que se ha reiterado en decisiones posteriores como sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017 o SL6519-2017.

Respecto de la razón para defender esta interpretación, la Corte explica que:

*“(i) el legislador de 2003 tuvo en mente la situación de un grupo social, integrado a más de las veces por mujeres cuyos trabajos históricamente han sido relegados al cuidado del hogar y que, por consiguiente, podían quedar en estado de vulnerabilidad o inminente miseria ante el abandono de su consorte y su posterior deceso; (ii) esta dimensión sociológica debe servir de parámetro interpretativo, a modo de un reconocimiento que la seguridad social hace a la pareja que durante largo periodo contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social; y (iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente (...) a diferencia del contrato matrimonial, el cual incorpora derechos y obligaciones personales tales como los de socorro y ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, los cuales subsisten mientras el vínculo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la sociedad conyugal hace referencia al régimen económico de la unión. Por lo tanto, el primero de los conceptos posee un significado subjetivo e intrínseco, del cual emanan unos deberes personales, mientras que el segundo alude a una sociedad patrimonial o de bienes”*

La exigencia diferenciada entre cónyuge y compañera es reiterada en SL2989 de 2022, donde la Sala de Casación Laboral cita la siguiente explicación dada en SL1399 de 2018:

*“la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado o afiliado, puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.*

*Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (CC C1035-2008).”*

De acuerdo a lo anterior, se concluye que tratándose en este caso de un fallecido en calidad de pensionado, opera la identificada como sustitución

pensional y como se indica previamente, el requisito para la cónyuge es demostrar el período de cinco años de convivencia en cualquier tiempo, mientras que la compañera permanente debe acreditar su convivencia en el período exigido inmediatamente anterior al fallecimiento.

Para el presente asunto, se procederán a evaluar las pruebas arrimadas al proceso por cada una de las reclamantes, analizándola bajo los fundamentos de la sana crítica, con el fin de establecer si efectivamente lograron acreditar la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y el período de convivencia exigido por la norma vigente para el momento de la muerte.

**a. Documentales aportadas por la demandante MARIA LEONILDE CORDOBA.**

- Registro civil de matrimonio contraído por LUIS FELIPE POLENTINO SUÁREZ y MARÍA LEONILDE CÓRDOBA, celebrado el 25 de diciembre de 1969 en la Parroquia la Santísima Trinidad de Cúcuta.

- Registros civiles de nacimiento de JORGE IVÁN POLENTINO CÓRDOBA nacido el 23 de noviembre de 1966, LUCY STELLA POLENTINO CÓRDOBA nacida el 9 de febrero de 1969, MARITZA POLENTINO CÓRDOBA nacida el 7 de diciembre de 1970, ANA BEATRIZ POLENTINO CÓRDOBA nacida el 28 de julio de 1973 Y LUIS FRANCISCO POLENTINO CÓRDOBA nacido el 12 de julio de 1972.

- Certificado expedido por E.P.S. SANITAS indicando que el cotizante LUIS FELIPE POLENTINO SUÁREZ ingresó el 1 de septiembre de 2002 y su beneficiaria era MARÍA LEONILDE CÓRDOBA en calidad de cónyuge desde su ingreso.

- Documentos médicos del señor LUIS FELIPE POLENTINO SUÁRZEZ donde se indican como diagnósticos FIBRILACIÓN Y ALETEO PARTICULAR, HIPERTENSIÓN ESENCIAL, INSUFICIENCIA CARDIACA, SECUELA DE ECV DE 1996, entre otros; atendiendo regularmente a controles de 2014 a 2017, falleciendo el 22 de julio de 2017 por infarto agudo al miocardio.

- Oficio suscrito por LUIS FELIPE POLENTINO SUÁREZ indicándole a CAPRECOM en formato de esa entidad que identificaba como sustituta pensional a MARÍA LEONILDE CÓRDOBA como su esposa, suscrito el 18 de diciembre de 1995 y respuesta del 18 de marzo de 1996 de la entidad aceptando esa designación.

- Declaración extraproceso del 15 de julio de 2014 rendida por TEÓFILO RAMÍREZ SARMIENTO y JESÚS MARÍA RODRÍGUEZ, quienes aseguraron conocer hace 50 y 40 años a MARÍA LEONILDE CÓRDOBA y LUIS FELIPE POLENTINO, compartiendo en forma permanente desde su matrimonio en 1969 el techo, lecho y mesa.

- Declaración extraproceso rendida el 28 de julio de 2017 por MYRIAM TORRES PARADA y BLANCA LICINIA SILVA RAMÍREZ, manifestando que les constaba que LUIS FELIPE POLENTINO estaba casado con MARIA LEONILDE CÓRDOBA y que vivía de forma permanente hasta su fallecimiento en el mismo techo, procreando 5 hijos.

- Declaraciones extraproceso rendida el 3 de diciembre de 2018 por MARÍA ISABEL ORTIZ y GERMAN ANTONIO TORRES HERNÁNDEZ quien afirmó conocer hace 10 años a LUIS FELIPE POLENTINO, que era casada con MARÍA LEONILDE CÓRDOBA con quien vivió de forma permanente e ininterrumpida hasta su fallecimiento, procreando seis hijos (uno fallecido) y que el señor FELIPE sufría de Parkinson, Alzheimer e hipertensión por lo que siempre era acompañado por su esposa.

- Certificado expedido por SERFUNORTE-LOS OLIVOS indicando que el señor POLENTINO SUÁREZ falleció como afiliado a plan exequial integral desde

25 de marzo de 2000, con MARÍA LEONILDE CÓRDOBA como cónyuge beneficiaria.

**b. Pruebas documentales aportadas por la demandada ANA DEL CARMEN VELOZA**

- Registro civil de nacimiento de LUZ MARINA POLENTINO y TERESA POLENTINO, nacidas el 16 de mayo de 1965 y el 29 de agosto de 1966, hijas de LUIS FELIPE POLENTINO y ANA DEL CARMEN VELOZA.

- Declaración extraproceso rendida el 24 de mayo de 2005 por ANA DEL CARMEN VELOZA y LUIS FELIPE POLENTINO afirmando mantener una unión libre hace 30 años, con una hija y que ella depende económicamente del declarante para su subsistencia; firmada como testigo por FELIX MARÍA BARRIOS.

- Oficio expedido el 15 de julio de 2005 por CAPRECOM informando a LUIS FELIPE POLENTINO que acepta la designación de ANA DEL CARMEN VELOS como beneficiaria de pensión de jubilación en calidad de compañera permanente.

**c. Testimonios recepcionados**

- Testimonio rendido por **GERMÁN ANTONIO TORRES HERNÁNDEZ**, quien indicó que conoció a LUIS FELIPE POLENTINO desde el año 2005 cuando llegó a vivir en el Barrio La Cabrera, teniendo contacto con él y MARÍA LEONILDE porque era el director de la asociación de personas de la tercera edad que ellos frecuentaban; que el causante trabajó en servicio postal, tuvieron 6 hijos. Niega conocer a ANA VELOZA CHIA. Refiere que LUIS FELIPE y MARÍA LEONILDE eran esposos, e iban juntos a todos lados, conviviendo juntos de manera permanente. Refiere que la esposa lo acompañaba a cobrar la pensión y lo mantenía pendiente de los gastos, ella no trabajaba y él sostuvo ese hogar. Niega que en su conocimiento tuviera otro hogar. Comenta que el señor FELIPE sufría de PARKINSON y era su esposa quien se veía lo acompañaba al médico, cuidándolo permanentemente. Relata que la esposa lo llevaba a la tienda del barrio, porque no podía valerse por sí solo, allá él se sentaba a pasar el rato y era recogido luego igualmente por su esposa o su hija. Advierte que en su perspectiva el señor POLENTINO no se separó de su esposa ni convivió en otro lugar desde 2005 que los conoció, incluso desde entonces venía enfermo y siempre fue dependiente para movilizarse por otra persona.

- Testimonio rendido por **MIRIAM TORRES PARADA**, quien manifestó conocer de hace 20 años a la familia POLENTINO CÓRDOBA, que vivían primero en el barrio Alfonso López y luego al barrio La Cabrera. Refiere que el causante era cartero, pero luego se pensionó y estaba casado con MARÍA LEONILDE CÓRDOBA, tuvieron 5 hijos y siempre fue ama de casa. No conoce a ANA DEL CARMEN VELOZA. Refiere que en las fiestas y eventos que organizaba la familia, solo departían con su esposa e hijos. Advierte que desde su conocimiento siempre convivió con LEONILDE, era la persona que lo cuidaba y relata que solían ir a pasear al municipio de Salazar juntos. Aclara que los últimos años sufrió de Parkinson, por lo que dependía para su movilidad de otras personas y para salir siempre acompañado.

- Testimonio rendido por **BLANCA LUISINA SILVA RAMÍREZ**, quien relató que conoció hace 20 años al señor POLENTINO en el barrio Alfonso López quien vivía en frente con su familia, siendo MARÍA LEONILDE su esposa y tuvieron 5 hijos juntos; el señor FELIPE trabajó llevando cartas y ella era la ama de casa. Advierte que se trasladaron al barrio La Cabrera pero no los visitó mucho desde entonces, hablaba era con su hija que le comentaba su estado y que por la enfermedad requería ayuda permanente.

- Testimonio rendido por **MARÍA ISABEL ORTIZ**, que afirmó conocer al señor FELIPE con trato personal y directo desde 2007, aunque lo veía con anterioridad en el barrio; pero que hizo amistad con una de sus hijas, por lo que comenzó a frecuentar su casa y era la que le cortaba el cabello mensualmente así como a su esposa MARÍA CÓRDOBA, con quien convivió y aclara que él no podía movilizarse solo, por lo que siempre estaba acompañado por ella o su hija LUCY

y sus últimos años inclusive tenía problemas de incontinencia. Que por su cercanía le comentaron que era pensionado por su trabajo repartiendo cartas.

- Testimonio rendido por **FRANCELINA MORA**, que relató ser vecina de MIGUEL VELOZA CHÍA que es el propietario de la casa donde reside ANA DEL CARMEN VELOZA y allí acudía el señor FELIPE POLENTINO, quien mantenía una relación sentimental con ella y tuvieron dos hijas juntas, la primera nació en 1963 y falleció de manera que solo vive una. Que él les pagaba el arriendo en la casa del hermano, a donde las visitaba, compartía y aunque no pudo percibir que convivieran allí, pudo ver que era la única pareja que ella tenía. Alega que la última vez que los visitó fue como en septiembre de 2016, cuando fue y se le observó muy enfermo, pero su familia no le pasaba el teléfono a su hija con ANA DEL CARMEN. Que cuando lo conoció en la década de los 80 él llegaba en bicicleta, pero las últimas veces acudió en taxi y esas veces no iba acompañado. Relata que ANA DEL CARMEN no tiene pensión o ingreso, era LUIS FELIPE el que le ayudaba con el arriendo y le dejaba dinero para alimentación, incluso ella le prestaba y luego él le pagaba.

#### **d. Análisis probatorio**

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

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

Específicamente en cuanto a la forma de analizar las pruebas de la convivencia, en providencia SL5677 de 2021 se resalta que *“el requisito de convivencia no se prueba con **una simple declaración extraprocesal**, pues debe acreditarse la real y permanente comunidad de vida, no se trata de una simple relación amorosa o un tiempo escaso de convivencia, es la voluntad real y con vocación de permanencia de conformar una familia”*; igualmente pues la mera procreación no releva del deber probatorio de demostrar la convivencia por el término legal, como explica la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2133 de 2022 al decir *“Conviene recordar que, en manera alguna, la convivencia se da por demostrada por el hecho de existir hijos entre una pareja, de suerte que esta debe ser demostrada, por quien pretenda ser beneficiario o beneficiaria de una pensión de sobrevivientes en los términos de la Ley 797 de 2003”* y en providencia SL951 de 2022 se explica que el nacimiento de hijos no es útil para demostrar cohabitación.

Para analizar las pruebas referenciadas, se reitera, que bajo la perspectiva de la jurisprudencia en cita, las pruebas aportadas deben establecer la convivencia de las reclamantes con el causante por el término de 5 años; que en el caso de la cónyuge puede ser en cualquier tiempo pero en el de la compañera permanente, contados inmediatamente antes del momento de fallecer el causante.

En el caso de la cónyuge supérstite, MARÍA LEONILDE CÓRDOBA está acreditado que en 1969 contrajo matrimonio con el causante, con quien ya había procreado tres hijos y luego tendrían otros tres, falleciendo uno y a la fecha sobreviviendo cinco mayores de edad sin discapacidad acreditada; existiendo total coherencia y correspondencia entre los relatos de los diferentes testigos sobre que el señor LUIS FELIPE POLENTINO mantenía una convivencia pública, pacífica, continua e ininterrumpida con su esposa desde sus nupcias y hasta su fallecimiento.

Los testigos exponen su conocimiento sobre el hogar de los señores POLENTINO y CÓRDOBA desde diferentes épocas y contextos sociales, coincidiendo en que como esposos convivieron sin interrupción alguna, por mucho tiempo en su vivienda del Barrio Alfonso López y para 2005 se trasladaron al Barrio La Cabrera; de la primera época relatan las vecinas MIRIAM TORRES PARADA y BLANCA LUISINA SILVA RAMÍREZ que conocían exclusivamente el núcleo familiar del señor POLENTINO con la demandante y sus cinco hijos, mientras que de los últimos 12 años de vida relatan GERMÁN ANTONIO TORRES HERNÁNDEZ y MARÍA ISABEL ORTIZ, exponiendo que para entonces solo residían los dos esposos con su hija LUCY y sus dos nietos. Cada uno desde sus perspectivas refirieron el empleo del causante, contaron los padecimientos de salud que lo afectaron y la forma en que fue cuidado por su esposa e hija, hasta su fallecimiento.

En consecuencia, se verifica que la demandante MARÍA LEONILDE CÓRDOBA acreditó como cónyuge supérstite la calidad de beneficiaria de la pensión de sobreviviente por cuanto demostró la convivencia con el causante por más de los 5 años exigidos en la norma e inclusive hasta el fallecimiento; por lo que habrá de confirmarse el reconocimiento de primera instancia.

Procediendo a verificar ahora si la demandada ANA DEL CARMEN VELOZA acreditó la calidad de compañera permanente para ser considerada beneficiaria en manera proporcional a su tiempo de convivencia con el causante; se advierte que desde su integración al proceso afirmó que su convivencia fue parcial, alegando tener una relación sentimental con el señor POLENTINO incluso anterior a la de la cónyuge y que desde su perspectiva la pensión debía ser compartida.

De las pruebas aportadas se deriva que la señora VELOZA efectivamente tuvo dos hijas con el causante, de las cuáles sobrevive una, nacidas antes de los hijos que tuvo con su cónyuge y anteriores al matrimonio con la demandante; sin embargo, se reitera que la procreación de hijos no es indicativo de convivencia y menos para el caso de la compañera permanente que debe acreditar el tiempo inmediatamente anterior al fallecimiento, siendo en este caso los nacimientos más de 5 décadas previos a la muerte.

Documentalmente se aporta un oficio expedido por CAPRECOM aceptando a la señora VELOZA como sustituta de la pensión en calidad de compañera permanente y una declaración extraproceso del actor aceptando dicha calidad, ambos documentos del año 2005; sin embargo, se reitera que las declaraciones extraproceso, aún provenientes del causante, no son suficientes para acreditar la voluntad y real materialización de la convivencia. En todo caso, ninguno de estos documentos proviene del

período en que se debe acreditar la convivencia, siendo 12 años anteriores al fallecimiento.

Finalmente el testimonio rendido por FRANCELINA MORA relata de manera clara que el señor POLENTINO no convivía con ANA VELOZA; explicando que esta vivía en casa de su hermano, de donde es vecina, percibió que era regularmente visitada por el señor LUIS FELIPE y en su trato con ellos pudo ver que este respondía económicamente por ella y la hija en común. Pero específicamente sobre los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, confirma que no había cohabitación diferente a algunas visitas esporádicas y que fue su esposa e hija quien lo cuidó en sus últimos años, indicando una mala relación de estas con ANA VELOZA que impedía su contacto con el causante.

Acorde a estas evidencias, aunque es posible afirmar la existencia de una relación sentimental entre ANA DEL CARMEN VELOZA y el señor LUIS FELIPE POLENTINO, no se deriva que esta tuviera una vocación de permanencia que alcanzara los elementos de la convivencia legalmente exigida por la norma para ser beneficiaria de la sustitución pensional; careciendo el plenario de pruebas de un proyecto de vida en común, de lazos de acompañamiento y asistencia recíproca, menos aún en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en providencia SL5415 de 2021 que *“Es claro que existió una relación sentimental entre ellos, **sin embargo, se insiste, no se logró acreditar con las pruebas hábiles en casación la exigencia contenida en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 en los términos de una comunidad de vida permanente.** En este sentido, resulta importante distinguir entre la convivencia que puede predicarse en el caso de los compañeros y los novios, diferenciación que no es novedosa, pues esta misma Sala desde hace una década atrás reconoció que, **«Al juez no le compete sustituir a los miembros de la pareja dándoles la intención de ser una familia que ellos mismos se negaron a constituir; los noviazgos permanentes donde no hay un compromiso de constituir un proyecto de vida común no constituyen familia»** (CSJ, 27 de abril de 2010, radicado 38113).”*

Por lo anterior las pretensiones de la segunda reclamante no están llamadas a prosperar y se confirmará la decisión de primera instancia que negó sus pretensiones.

#### **e. CONCLUSIÓN**

Por lo anteriormente expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia que reconoció a MARÍA LEONILDE CÓRDOBA la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con el fallecimiento de LUIS FELIPE POLENTINO SUÁREZ, no asistiendo derecho a la demandada reclamante alegando calidad de compañera permanente.

Se advierte que no hay lugar a prescripción; excepción revisada por el grado jurisdiccional de consulta, dado que el fallecimiento ocurrió el 22 de julio de 2017, hubo un reconocimiento provisional suspendido el 25 de julio de 2018 y no transcurrieron 3 años desde entonces a la reclamación y la demanda, radicada el 19 de febrero de 2019.

En el caso bajo estudio, al constatar el acta de la audiencia y la sentencia dictada, cuya copia magnética obra en el expediente como parte integral del mismo, el juez *a quo* omitió establecer el valor del retroactivo causado a la fecha y conforme el artículo 283 del C.G.P., la condena en concreto es un principio general de toda providencia y la norma establece que *“El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de*

la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado”.

Para lo anterior, con la demanda se aportaron los desprendibles de pago expedidos por el FOPEP durante el período del reconocimiento provisional, demostrando los siguientes pagos:

Concepto	Valor	Folio
Agosto de 2018	\$1.745.919,27	PDF 03 – Página 3
Julio de 2018	\$1.745.919,27	PDF 03 – Página 5
Junio de 2018	\$3.491.838,54 (con mesada adicional)	PDF 03 – Página 7
Abril de 2018	\$1.745.919,27	PDF 03 – Página 9
Marzo de 2018	\$1.745.919,27	PDF 03 – Página 11
Febrero de 2018	\$6.777.870,27 (identifica como 1 mesada de \$1.745.919,27 y \$5.031.951 de retroactivo)*	PDF 03 – Página 13
Enero de 2018	\$1.745.919,27	PDF 03 – Página 15
Diciembre de 2017	\$1.677.317,09	PDF 03 – Página 17
Noviembre de 2017	\$3.354.634,18 (con mesada adicional)	PDF 03 – Página 19

\*En folio 35 del PDF03 se explica que las mesadas del 1 de agosto de 2017 a octubre 31 de 2017 se cancelaron con el pago de febrero de 2018

\*\*En los respectivos desprendibles se hacen los descuentos legales de salud y algunas libranzas.

Acorde a lo anterior, está demostrado el pago de la mesada provisional en su totalidad a la demandante hasta agosto de 2018, cuando el valor de la mesada era de \$1.745.919,27 y por lo tanto, acorde a la liquidación anexa se establece el retroactivo causado desde septiembre de 2018 a septiembre de 2022 en la suma de \$106.796.055,98.

Año	Mesada	IPC	No. mesadas	Total
2018	\$ 1.745.919,27	3,18%	5	\$ 8.729.596,35
2019	\$ 1.801.439,50	3,80%	14	\$ 25.220.153,04
2020	\$ 1.869.894,20	1,61%	14	\$ 26.178.518,85
2021	\$ 1.899.999,50	5,62%	14	\$ 26.599.993,01
2022	\$ 2.006.779,47		10	\$ 20.067.794,73
				\$ 106.796.055,98

Del retroactivo pensional se autorizará el descuento de las cotizaciones de la demandante, al sistema de seguridad social en salud, como disponen los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, 26 del Decreto 806 de 1998 y 2° del Decreto 4248 de 2007, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia –como la sentencia SL 7.061-2016.-.

Finalmente, sin costas en segunda instancia al cursar el grado jurisdiccional de consulta.

## 7. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia recurrida de fecha 8 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta.

**SEGUNDO: ADICIONAR** que la mesada pensional a favor de MARÍA LEONILDE CÓRDOBA para el año 2018 equivalía a la suma de \$1.745.919,27 mensuales y que acorde a la liquidación anexa, se CONDENA a U.G.P.P. al pago del retroactivo causado desde el 1 de septiembre de 2018 a septiembre de 2022, por la suma de \$106.796.055,98, por las razones anteriormente expuestas.

**TERCERO: AUTORIZAR** el descuento de las cotizaciones de la señora MARÍA LEONILDE CÓRDOBA al sistema de seguridad social en salud, como disponen los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993, 26 del Decreto 806 de 1998 y 2° del Decreto 4248 de 2007, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia *–como la sentencia SL 7.061-2016.–*.

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

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

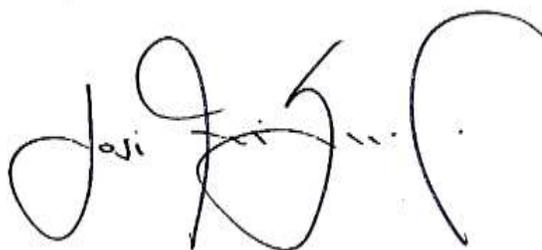


**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES**  
Magistrada Ponente



**ELVER NARANJO**

Magistrado



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 108, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54 001 31 05 001 2021 00178 00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.710
<b>DEMANDANTE:</b>	ANYI KATHERINE NAVARRO
<b>DEMANDADO:</b>	EXTRAS 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 la parte demandante contra la sentencia del 14 de febrero del 2.022 que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

**1. ANTECEDENTES**

La señora ANYI KATHERINE NAVARRO, interpuso demanda ordinaria laboral contra EXTRAS S.A., solicitando que se declare: que cuenta con estabilidad laboral reforzada, que la demandada no medió la respectiva autorización ante el Ministerio del Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, que la terminación del contrato de trabajo es ineficaz, que se encuentra en debilidad manifiesta por ser madre cabeza de hogar con 4 hijos menores de edad, que el juez constitucional actuó en razón al concederle amparo constitucional y que la demandada dio terminación al contrato laboral por la limitación que presenta al tener problemas de salud como consecuencia de accidente de trabajo.

Como consecuencia de lo anterior, solicita: que se confirme la decisión tomada por el juez constitucional en fallo del 16 de marzo de 2.021 que fue confirmado mediante sentencia del 14 de mayo del mismo año; se ordene a la demandada dejar sin efecto el despido realizado el 28 de enero de 2.021; se ordene a la pasiva reubicarla en un cargo igual o superior al que venía desempeñando y que cumpla con las recomendaciones emitidas por el médico tratante de la ARL SURA; se condene a la demandada al pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1.996 y a cancelar a su favor el resultado de las costas del proceso.

Expuso como fundamento fáctico de sus pretensiones:

- Que labora para la Sociedad EXTRAS S.A. desde el 09 de septiembre del 2.020 en el cargo de asesor comercial puerta a puerta, prestando servicios en la empresa MOVISTAR S.A. en horario de 08:00 a.m. a 12:00 p.m. y de 02:00 p.m. a 06:00 p.m. de lunes a sábado.
- Que el 07 de octubre de 2.020 estando en cumplimiento de sus labores sufrió un accidente de trabajo por caída desde su propia altura al descender un escalón, lo que trajo como consecuencia problemas de rodilla. Que al ser valorada por urgencias le concedieron incapacidad por 4 días hasta el 10 de octubre de 2.020.
- Que el 13 de octubre de 2.020 fue valorada en la IPS AGESO LTDA, donde le diagnosticaron *“contusión de la región lumbosacra y de la pelvis (s300),*

*esguinces y torceduras de otras partes y las no especificadas de la rodilla (s836)*”, y le dieron incapacidad por dos días. Que fue nuevamente valorada en esa entidad el 20 de octubre de 2.020, donde le dieron autorización para valoración por ortopedia y recomendaciones laborales, así como incapacidad medica por 4 días.

- Que el 12 de noviembre de 2.020 tuvo consulta de primera vez por medicina especializada con el ortopedista GIANCARLO BOTTA FERNANDEZ en la IPS CONTACTO S.A.S, donde le dieron reubicación laboral y 15 sesiones de terapia física en la rodilla derecha. Que en la misma fecha tuvo cita de control en la IPS AGESO LTDA, donde le dieron recomendaciones laborales por 30 días hasta terminar terapias físicas, valoración y concepto de ortopedia y/o medico laboral de ARL.
- Que el 10 de diciembre de 2.020 fue atendida en la IPS AGESO LTDA por interconsulta y le dieron incapacidad médica de 5 días por los diagnósticos de *“otras bursitis de rodilla (m705), esguinces y torceduras de otras partes y las no especificadas de la rodilla (s836)”*, y también le dieron valoración por fisiatría.
- Que el 07 de enero de 2.021 tuvo consulta de control o seguimiento por medicina especializada en la IPS CONTACTO SAS, donde fue vista por el ortopedista GIANCARLO BOTTA FERNANDEZ, quien bajo el diagnóstico de *“trastorno interno de la rodilla no especificado”* la remitió a valoración y manejo por artroscopia de la rodilla derecha, manifestando que debía tener reubicación laboral.
- Que el 08 de enero de 2.021 fue valorada por el fisiatra ALFREDO JOSÉ RODRIGUEZ GARCIA en la IPS VALEJA REHABILITACIÓN SAS, quien bajo los diagnósticos de *“bursitis de la rodilla derecha y lesión meniscos lateral y medial”*, le envió 12 sesiones de terapia física por 3 semanas y recomendaciones laborales por 3 meses.
- Que el 13 de enero de 2.021 acudió a consulta en la IPS CONTACTO SAS para allegar resultados de la RMN de rodilla derecha y fue vista por el ortopedista y/o traumatólogo OMAR PAEZ, quien evidenció *“lesión de menisco lateral, lesión condral pe patela y sinovitis”*, y solicitó *“artroscopia de la rodilla derecha para sutura de menisco medial condro pastia y sinovectomia ss suturas meniscales, ss cuchicha saber, ss bomba de irrigación, radiofrecuencia, ss laboratorios, ss valoración preanestesica y ss un par de muletas”*.
- Que el 26 de enero de 2.021 la ARL SURAMERICANA le brindó la toma de laboratorios ordenados.
- Que el 28 de enero de 2.021 la empresa demandada le comunicó por escrito la terminación del contrato a partir del viernes 29 de enero del mismo año, alegando justa causa y manifestando su condición de salud, al punto de saber si asistió o no a las terapias.
- Que la demandada le terminó el contrato por su condición de salud, pues después del accidente de trabajo que sufrió el 07 de octubre de 2.020 tuvo afectaciones en su salud y en sus actividades laborales. Que la entidad demandada no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo, estando obligada a hacerlo y que es clara la discriminación por su condición de salud, así como el motivo del despido. Que la demandada le ha vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, trabajo y estabilidad laboral reforzada, y que es madre cabeza de familia a cargo de 4 hijos menores de edad.
- Que el 01 de febrero de 2.021 la pasiva le comunicó que dentro de los 5 días siguientes debía acudir a la IPS PROGRESANDO EN ALUD para la realización del examen de retiro.

- Que el 03 de febrero de 2.021 acudió a la IPS CONTACTO SAS para solicitar todos los documentos e historias clínicas que la ARL requería para autorizar la cirugía de artroscopia de rodilla derecha.
- Que el 01 de marzo de 2.021 interpuso acción de tutela en contra de la demandada y el 16 de marzo de 2.021 el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Cúcuta le concedió el amparo solicitado ordenando su reintegro, el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, el pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1.997 y protección transitoria por 4 meses para acudir ante las autoridades judiciales competentes. Que la pasiva impugnó la anterior decisión, la cual fue confirmada parcialmente en sentencia del 14 de mayo de 2.021 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta. Que el 25 de marzo de 2.021 envió incidente de desacato por incumplimiento del fallo.
- Que el 31 de marzo de 2.021 en el CENTRO DE CIRUGIA AMBULATORIA MEDISAMANES SAS, el ortopedista OMAR BENITO PAEZ le realizó los procedimientos quirúrgicos: *“sutura de meisco- medial o lateral – concroplastia de hombro o rodilla- sinovectomia; cualquier articulación, excepto falanges”*, lo que le generó una incapacidad por 30 días.
- Que el 07 de abril acudió a la IPS CONTACTO SAS a cita de control posquirúrgica, donde le otorgaron nueva incapacidad por 30 días. Que el 08 de abril de 2.021 acudió a control a la misma entidad, donde le asignaron retiro de puntos en 15 días, 20 terapias físicas de recuperación de arcos en movimiento, fortalecimiento y cita de control.
- Que el 14 de mayo de 2.021 cuando se dirigía a cita de control de su cirugía, sufrió accidente de tránsito.
- Que el 20 de mayo de 2.021 asistió a cita de control y le realizaron la toma de RMN. Que el 03 de junio acudió a la IPS CONTACTO SS para la lectura de la resonancia magnética de rodilla derecha y según el radiólogo EULER FERNANDO HERRERA JURADO, se encontró: *“meniscopatia lateral grado 2 por desgarró horizontal en el asta posterior, meniscopatia grado 1 del asta posterior del menisco medial, lesión 1 esguince grado 1 de ligamento cruzado anterior, derrame articular leve y hoffitis”*, por lo que le manifestaron que debían realizar otra cirugía de *“atroscopia de rodilla derecha para reparación de meniscos, codroplastia y sinovectomia, ss super suturas, suturas meniscales, ss cuchilla, shaverm bomba de irigación*. Que de la anterior consulta le generaron nueva orden de valoración preanestésica y ss laboratorios, y también le prorrogaron la incapacidad médica.
- Que se encuentra en gestión con la ARL SURA para la programación de la otra cirugía ordenada por el ortopedista OMAR PAEZ, así como de las autorizaciones para laboratorio y preanestésica.
- Que por el fallo de segunda instancia la sociedad EXTRAS SA el 20 de mayo le requirió firmar la autorización de descuentos de nómina para la devolución que debe hacer por la suma de \$5.451.156, dinero que será descontado del salario, liquidación de nómina y /o prestaciones sociales.

La demandada EXTRAS S.A. a través de apoderado judicial contestó que se opone a las pretensiones formuladas en la demanda alegando lo siguiente:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha en que celebró contrato de trabajo con la demandante, así como la actividad a la que se dedica esa empresa y lo narrado sobre la acción de tutela interpuesta por la actora. Que la trabajadora se obligó a laborar en cualquiera de las jornadas de cuarenta y ocho horas establecidas por el empleador, distribuidas en máximo seis días con un día de descanso obligatorio y esa entidad acató las recomendaciones del médico tratante de la demandante e hizo los ajustes pertinentes para el adecuado desempeño ocupacional de la misma con el objeto de facilitar su adaptación laboral. Sobre los otros hechos manifestó que son parcialmente

ciertos los relacionados a las incapacidades otorgadas a la demandante y la práctica de terapias ordenadas, y que los demás no son ciertos o no le constan.

- Que en cumplimiento a lo ordenado en sentencia de tutela de primera instancia por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Cúcuta, reintegró a la trabajadora a la empresa y le pagó los emolumentos por concepto de salarios y prestaciones sociales desde el 01 de febrero de 2.021 hasta la fecha de reintegro, los aportes al Sistema General de Seguridad Social desde cuando se produjo la terminación del contrato hasta la fecha de reintegro y la indemnización equivalente a 180 días de salario según lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1.997. Que, con posterioridad, el 14 de mayo de 2.021, el Juzgado Tercero del Civil del Circuito de Cúcuta revocó la condena impuesta con ocasión al pago de dicha indemnización y esa entidad no ha realizado ningún descuento por este concepto a la actora, solo una petición en aras de evitar un enriquecimiento sin justa causa. Que al no ser el proceso laboral una tercera instancia del fallo de tutela, resulta improcedente cualquier pretensión respecto a la confirmación de amparo constitucional por la vía ordinaria.
- Que la terminación del contrato laboral tuvo origen en circunstancias objetivas y constitutivas de justas causas, pues la actora en un término de 10 días incurrió en faltas graves según el Reglamento Interno de Trabajo, tales como: ausentarse injustificadamente de la jornada laboral del día 26 de enero de 2021 sin contar con autorización previa por parte de su jefe inmediato; faltar a la verdad respecto a la asistencia de las terapias médicas programadas entre los días 14 al 26 de enero de 2021, pues pese a que se retiraba de su lugar de trabajo con tal propósito no asistió a ninguna de ellas; así como, retardarse una hora en la asistencia a la jornada laboral del día 27 de enero de 2021 sin justificación alguna, teniendo conocimiento de que el horario se había ajustado para garantizar su asistencia a las terapias ordenadas para el restablecimiento de su salud.
- Que la comunicación de la terminación del contrato de trabajo por justa causa fue puesta en conocimiento de la demandante el día 29 de enero de 2021, después de haberse agotado el procedimiento disciplinario establecido en el Reglamento Interno de Trabajo, el cual incluyó la práctica de una diligencia de descargos donde se garantizó el derecho al debido proceso, el derecho de contradicción y el derecho de defensa de la trabajadora. Aclaró que por error de digitación se colocó una fecha que no corresponde a la de terminación efectiva del contrato laboral.
- Que la terminación del contrato de trabajo no puede ser catalogada como discriminatoria, al no existir nexo de causalidad con la condición de salud de la demandante. Que la actora continuó vinculada a esa sociedad por el término de tres meses después del accidente y se le brindaron todas las garantías necesarias para el desempeño ocupacional.
- Que la sociedad EXTRAS S.A. no se encontraba obligada a solicitar autorización del Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo, al no haberse demostrado que a la fecha de terminación del vínculo laboral la actora contara con una discapacidad moderada o severa que hubiera sido comunicada al empleador, por lo que no se puede afirmar que la demandante se encuentre resguardada por las garantías de la estabilidad laboral reforzada, aunado a que no se reúnen los requisitos jurisprudenciales de conformidad con lo dicho en la Sentencia SL-5109 del 2020, pues dicha protección no procede frente a cualquier enfermedad que padezca el trabajador en el curso de la relación laboral y tampoco se cumplen los presupuestos axiológicos para la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1996.
- Propuso como excepciones de mérito: improcedencia de aplicación del artículo 26 de la Ley 391 de 1.996 en razón a que ANYI KATHERINE NAVARRO no acreditó haber sufrido discapacidad moderada o severa; inexistencia de la obligación de contar con autorización de Ministerio del Trabajo por existir una

causal objetiva de terminación del vínculo laboral; inexistencia del nexo causal entre el estado de salud de la demandante y la terminación del contrato laboral por la incursión en faltas graves en la ejecución de la relación laboral; inexistencia de obligación de EXTRAS S.A. de solicitar autorización del Ministerio de Trabajo para terminar el contrato de trabajo con la demandante; improcedencia de la indemnización por despido injusto a cargo de EXTRAS S.A. por cuanto existió justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo; la terminación del contrato de trabajo por justa causa estuvo precedida por el procedimiento para comprobación de faltas graves establecido en el reglamento interno del trabajo; cumplimiento de las obligaciones a cargo de EXTRAS S.A.; buena fe en la actuación de EXTRAS S.A.; compensación y la genérica o innominada.

## **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 14 de febrero del 2.022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

*“**PRIMERO: Declarar** que entre la demandante ANYI KATHERINE NAVARRO y su demandada EXTRAS DE COLOMBIA S.A., existe una relación laboral que se viene desarrollando a partir de septiembre 09 de 2.020 y que, en principio fuere terminada por la parte demandada el 29 de enero de 2021 conforme a lo expuesto en la parte motiva, y que se encuentra dicha relación laboral, activa o vigente en virtud a orden de juez constitucional, tal y como se expuso en las motivaciones que anteceden esta sentencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de terminación del contrato de trabajo por justa causa que estuvo precedida por el procedimiento para la comprobación de faltas graves establecido en el reglamento interno de trabajo, conforme a las motivaciones que anteceden, propuesta como medio de defensa por la parte demandada EXTRAS DE COLOMBIA S.A.*

***TERCERO: Absolver** a la demandada EXTRAS DE COLOMBIA S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora demandante ANYI KATHERINE NAVARRO, conforme a las motivaciones que anteceden esta sentencia.*

***CUARTO: Costas** a cargo de la parte actora.”*

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

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

- Señaló que la demandada aceptó el extremo inicial de la relación laboral alegada por la demandante, esto es el 09 de septiembre de 2.020, pero alegó que la terminación del contrato se comunicó a partir de viernes 29 de enero existiendo justa causa para ello, aunque la relación laboral se encuentra vigente en cumplimiento a lo ordenado en sentencia de juez constitucional que fue confirmada en parte en segunda instancia.

- Que, según la carta de terminación, el día 29 de enero de 2.021 terminó la relación laboral por justa causa, en cumplimiento al resultado de una investigación disciplinaria y una rendición de descargos por hechos presentados en el desarrollo de esa relación y por haberse violado el contenido de la normatividad legal vigente, así como el reglamento interno de trabajo de la empresa.

- Indicó que el artículo 26 de la Ley 361 establece las condiciones para que un trabajador se encuentre protegido laboralmente por una discapacidad. Que frente a la estabilidad laboral reforzada, la Corte Suprema de Justicia a través de su sala laboral ha sido reiterativa en establecer que esta es un derecho y un principio que protege la relación contractual a favor del trabajador, se da como la conservación del empleo, en el cual ha de permanecer por razones de vulnerabilidad mientras se configure una causal objetiva de desvinculación y procede cuando el contrato es

terminado por razón de la situación de discapacidad del trabajador sin contar con autorización del Ministerio de Trabajo, caso en el cual se entenderá que el despido es discriminatorio.

- Que los presupuestos de la estabilidad laboral reforzada requieren establecer que el trabajador presenta una limitación física, sensorial o psíquica, que el empleador tiene conocimiento de esa situación y que el despido se produce sin autorización del Ministerio.

- Expresó, que verificado el expediente es clara la ocurrencia del accidente de trabajo de la actora, su situación médica raíz de este y la atención prestada por parte de la ARL y la EPS. Que, si bien es cierto, la actora ha tenido varias incapacidades, a enero 29 del 2021 no se encontraba incapacitada medicamente para laborar ni estaba calificada su pérdida de capacidad laboral y la jurisprudencia de la Corte exige que al momento de la terminación el trabajador se encuentre en incapacidad medica y/o tenga calificada una pérdida de capacidad superior al 15%.

- Que está probado en el expediente y fue aceptado por la demandante al rendir los descargos, que efectivamente no asistió a las terapias programadas del 14 al 25 de enero y que no informó a su jefe, dando como razón para no seguir acudiendo a las citas, que el médico o la persona que la atendió pretendió abusar de ella, y que por miedo no volvió a asistir, pero sí siguió dejando de ir a la oficina, en donde era lógico que se pensara que estaba en las terapias físicas para la recuperación. Que la actora informa que le allegó unos comunicados de manera verbal y a través de WhatsApp al jefe inmediato, pero en el momento de rendir descargos al dársele oportunidad para que allegara prueba de esto como medio de defensa no lo hizo, por lo que ante esa falta disciplinaria le aplicaron el reglamento interno y la normatividad legal vigente y se dio por terminado su contrato de trabajo, encontrado el Despacho que la causa de terminación no fueron sus dolencias medicas ni las incapacidades que ha venido teniendo a través del desarrollo de su atención por el accidente de trabajo sufrido, y que no hay nexo causal entre la terminación y la situación médica de la trabajadora.

- Que la demandante infringió la normatividad del reglamento interno de trabajo y le dio a la demandada una causal para terminar del contrato de trabajo por hecho diferente a la situación medica que viene sufriendo. Que al no encontrarse que la terminación del contrato fue por el estado de salud de la actora, no estaba en obligación la parte demandada de pedir autorización ante el Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social.

- También indicó que la actora acepto sus errores: la falta de comunicación con sus jefes y con la empresa. Que no existe ninguna denuncia sobre la situación que alega la demandante como causal para no volver a asistir a terapias para su recuperación en cumplimiento del tratamiento médico que se venía prestando por parte de la ARL y la EPS.

- Respecto a la solicitud de confirmación de la decisión de tutela, manifestó que no es de recibo por ser esta independiente y no tener el juez autoridad o competencia para entrar a decidir sobre lo allí discutido.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

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

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que se da por cierta la justa causa de terminación del contrato de trabajo y lo manifestado para llegar a esa determinación, respecto a que la actora fue requerida por la empresa por no asistir a las terapias físicas establecidas por la ARL y que tampoco se presentó en el puesto de trabajo, sin tener en cuenta la declaración de parte rendida por la representante legal de la empresa y por las testigos, quienes manifestaron el cambio de horario que tuvo la demandante de 7 a 3 de la tarde de corrido, cumpliendo sus 8 horas de trabajo, por lo que no se ajusta a derecho la terminación del contrato de trabajo por no asistir a terapias ni a la empresa, porque

la actora no estaba obligada a presentarse pues había laborado sus 8 horas reglamentarias para lo cual fue contratada y no estaban autorizadas horas extras para que siguiera después de ese horario. Que a la actora no le dieron permiso para asistir a las terapias físicas, sino por el contrario lo que hicieron fue que le modificaron el horario.

- Que se determinó que no fue por causa del accidente sufrido y de la debilidad manifiesta que padece la actora, quien debe ir otra vez a cirugía, y le dieron por terminado su contrato de trabajo en enero de 2.021, que para esos días en la historia clínica reposa que estaba programada la cirugía de rodilla. Que alegaron que la demandante no se presentó a laborar el 26 de enero, cuando ese día se logró demostrar que la actora se estaba haciendo los exámenes de laboratorio y de diagnóstico por la correspondiente cirugía que venía después. Que es triste que se diga que la empresa no tenía conocimiento de la condición de salud en la contestación de la demanda, pero si le constó supuestamente que no haya asistido a terapias, cuando se allegó una certificación del mismo médico que si había asistido e investigaron la historia clínica siendo de reserva de la actora.

- Que la semana pasada le rindieron nuevamente otro disciplinario a su representada con el ánimo de que no estaba allegando las incapacidades, donde ni siquiera le han dicho donde se tiene que reintegrar o reincorporar para laborar.

- Que el Despacho de manera oficiosa pudo mandar a valorar en peritaje por parte de la Junta Regional que se determinara la fecha de las secuelas dejadas del accidente de trabajo, porque lo importante es que se vulneró el debido proceso de ese trabajo de calificación de su clienta cuando fue retirada antes de que se realizará la primera cirugía; alegando que, en casos anteriores, la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Cúcuta ha ordenado esa prueba de oficio.

- Que no se le corrió traslado del audio de la audiencia disciplinaria, lo que debió hacerse como lo establece el CGP y no tuvo conocimiento para llegar a controvertir esa prueba.

#### **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 demandante ANYI KATHERINE NAVARRO, solicita que se decrete de forma oficiosa la prueba de calificación de secuelas del accidente de trabajo sufrido por la actora y se revoque la decisión de primera instancia para que se concedan las condenas solicitadas en la demanda.

Manifiesta que el a quo se equivocó al determinar que el despido se dio con justa causa porque no tuvo en cuenta las pruebas aportadas con la demanda y no se probó por parte de la pasiva que la actora se haya ausentado de forma injustificada el 26 de enero de 2.021, fecha en la cual se encontraba tomando unos laboratorios. Que tampoco se probó que la demandante no asistiera a las terapias, pues al plenario se aportó certificación del profesional de rehabilitación que confirma la asistencia, aunado a que la demandada no le concedió permiso para asistir a dichas terapias, lo que hizo fue un cambio de horario el cual quedo de 8 am a 3 pm, lo que correspondía a jornada corrida sin tiempo de descanso para almorzar, como quedó demostrado con los testimonios allegados por la pasiva; con dicha jornada la actora cumplía con las horas para las que fue contratada y después se iba a las terapias. Que se manifestó ausencia en la jornada laboral del 7 de enero de 2.021 dada la inasistencia a las terapias, lo cual tampoco es cierto según certificación que no fue tachada por la pasiva.

Que se validó un video de la diligencia de descargos realizada a la actora, que fue allegado como prueba por la pasiva, respecto del cual no tuvo acceso por estar encriptado y no lo pudo debatir, vulnerándose de esta forma el artículo 29 de la Constitución Política relativo al debido proceso. Que la diligencia de descargos no cumplió con lo establecido en el artículo 115 del C.S.T. y S.S., pues la actora no estuvo acompañada de un profesional del derecho ni de dos compañeros de trabajo.

Que se desconoció que la verdadera justificación para dar por terminado el contrato de trabajo fue la debilidad manifiesta de la demandante dada por el accidente de trabajo, ya que no se esperó a que termine el proceso de recuperación por parte de la ARL, el cual no ha cerrado, lo que impide que se realice la calificación de pérdida de la capacidad laboral. Que se desconoció que la actora ha sido sometida a varios procedimientos quirúrgicos al no presentar mejoría, de lo cual tiene conocimiento el demandado como lo demuestra la diligencia de descargos del proceso disciplinario. Que en primera instancia se debió decretar de oficio el peritazgo de la Junta Regional de Calificación de Invalidez para que determinara la secuela del accidente de trabajo, con el fin de determinar el grado de limitación que ostenta la actora.

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

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

En el presente asunto no se observa 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:**

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

¿Si la demandante ANYI KATHERINE NAVARRO tiene derecho a ser reintegrada de manera definitiva a su trabajo por la demandada SOCIEDAD EXTRAS S.A., y en consecuencia a que se declare la ineficacia del despido y al reconocimiento de la indemnización de 180 días de salario de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por haber sido despedido injustamente en estado de debilidad manifiesta?.

## **7. CONSIDERACIONES:**

En este caso, el problema jurídico se enfoca en determinar si la demandante ANYI KATHERINE NAVARRO, tiene derecho a que la demandada SOCIEDAD EXTRAS S.A., la reintegre de manera definitiva, por haber sido despedida sin autorización del Ministerio del Trabajo pese a su estado de debilidad manifiesta, exponiendo que goza de reintegro transitorio por disposición de un juez constitucional; pretensiones que fueron negadas en primera instancia por el juez a quo, al evidenciar que la actora no acreditó una pérdida de capacidad laboral calificada ni disminución sustancial de su capacidad laboral regular, no siendo beneficiaria de la Ley 361 de 1997 y que en todo caso incurrió en la justa causa alegada infringiendo el reglamento de trabajo.

La parte actora presentó su apelación fundada en que la justa causa alegada no se configuró en la medida que las inasistencias de la actora estuvieron justificadas por las terapias para su tratamiento médico por el accidente laboral, asistiendo en el horario modificado que le concedieron o estaba demostrado que estuvo en exámenes médicos programados y conocidos por el empleador; que el despacho debió haber ordenado oficiosamente la calificación para conocer el estado de la accionante y que hubo irregularidades en la contradicción de las pruebas.

Conforme a lo anterior, se advierte que la controversia se limita a identificar si la actora es beneficiaria de la protección de estabilidad laboral reforzada para personas en condición de discapacidad de que trata la Ley 361 de 1997; no siendo objeto de discusión:

-Que entre las partes existe un contrato de trabajo por obra o labor suscrito el 9 de septiembre de 2020 para desarrollar labores en contrato suscrito por la empleadora con COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., en el cargo de Asesor PAP junior con un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente.

-Que acorde al Informe de Accidente de trabajo del 13 de octubre de 2020 reportado a A.R.L. SURA, la señora NAVARRO sufrió el 7 de octubre de ese año una caída sobre su parte derecha, por resbalar durante su labor mientras llovía y el piso estaba húmedo; por el cual fue atendida en la CLÍNICA NORTE, donde

expidieron incapacidad por 4 días, identificado el diagnóstico en ESGUINCE DE RODILLA DERECHA y CONTUSIÓN DE COLUMNA DORSAL por accidente laboral, indicando que en RX no hay evidencia de lesiones óseas.

-Que el 28 de enero de 2021 la empleadora comunicó a la demandante su decisión de terminar el contrato alegando justa causa por incumplimiento grave de sus obligaciones al evidenciar ausencias injustificadas, métodos incorrectos de trabajo, faltar a la verdad e incumplir tratamientos médicos.

-Que la actora interpuso previamente una acción de tutela, por la cual en fallo del 16 de marzo de 2021 el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Cúcuta le concedió amparo transitorio de sus derechos fundamentales y ordenó el reintegro a su cargo y en segunda instancia el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cúcuta confirmó dicha tutela, excepto en la orden de pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Por lo que actualmente la actora sigue vinculada a la empresa demandada, quien acepta mantener vigente el contrato de trabajo por la orden de tutela y le canceló lo allí ordenado, inclusive la indemnización revocada.

Ahora bien, la parte demandante pretende principalmente el reintegro por haber sido despedida por presentar una discapacidad producto de una enfermedad laboral y no haberse solicitado por parte de la empleadora, el permiso para realizar dicho despido a la autoridad correspondiente, con fundamento en el art. 26 de la Ley 361 de 1997; razón por la cual nos remitimos a ésta norma, la cual dispone *“ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”*, y en el inciso segundo señala que si se despide a una persona sin el cumplimiento de este requisito, se debe reconocer *“una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar (...)”*.

La normatividad reseñada (Ley 361 de 1997, artículo 26), consagra el principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, en virtud del cual estas no pueden ser despedidas por razones de su limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio del Trabajo; y a su vez integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

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

Ahora bien, sobre el correcto entendimiento del art. 26 de la ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Radicado No. 32532 expedida el 15 de Julio de 2008 con Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, fijó como parámetro de decisión que esa ley ampara a *“las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5” por lo que “aquellos que su minusvalía está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo”* y adoptando como precedentes los parámetros contenidos en decretos reglamentarios de dicha ley, recuerda que *“la limitación “moderada” es aquella en la que la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 15% y el 25%; “severa”, la que es mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral y “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%.”* Concluyendo que *“la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada”*.

Se desprende de lo expuesto, que el trabajador que busque protección en virtud de la estabilidad laboral reforzada, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe aportar una prueba que lo califique como limitado físico,

en los términos del artículo 5° arriba mencionado. En tanto, el fuero de estabilidad laboral, opera únicamente cuando el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral mayor al 15%, y que el empleador conozca tal situación y termine la relación laboral por esta causa, sin la respectiva autorización del Ministerio de la Protección Social.

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

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

Procederá la Sala a evaluar si, como consideró el juez a quo, la actora no está revestida de la estabilidad laboral reforzada contemplada en la Ley 361 de 1997, aplicando los requisitos jurisprudenciales referidos previamente; por ende, ante la naturaleza de la pretensión el juzgador debe identificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la ineficacia del despido por estabilidad laboral reforzada, siendo el primero de estos valorar si el interesado demostró padecer una enfermedad que le genere una discapacidad en grado moderado o superior, esto es calificada con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más. De manera que, si no se acredita este primer requisito, por técnica jurídica se hace irrelevante valorar los siguientes elementos que son el conocimiento del empleador y la existencia de la justa causa alegada.

Aclarado lo anterior, es un hecho aceptado por el apoderado apelante, que la demandante ANYI KATHERINE NAVARRO no ha sido calificada en ninguna instancia administrativa para valorar su pérdida de capacidad laboral y como medios de prueba referentes a su estado de salud y el alcance de sus diagnósticos, solo se aportan los diferentes documentos médicos que detallan atenciones, tratamientos, exámenes y similares. Alegando en sus alegatos de apelación, que el deber de calificar era oficioso por parte del Juez.

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...”*.

En esa medida, correspondía al interesado en demostrar los alcances de las patologías diagnosticadas, que estas alcanzaban el impacto para ser acreedor de la protección especial de la Ley 361 de 1997 y no se evidencia que desde la demanda se reclamara por el demandante la solicitud probatoria que plantea en la apelación; esto es, que dentro de la oportunidad procesal correspondiente no se planteó por el interesado que se remitiera a la demandante a valoración para establecer su pérdida de capacidad laboral. Tampoco se demuestra que la actora haya acudido a las instancias ordinarias consagradas en la Ley 100 de 1993 (Art. 41) y el Sistema de Riesgos Laborales (Decreto ley 1295 de 1994 y Ley 1562 de 2012), para que allí se expidieran las valoraciones correspondientes.

Se aclara, que esta Sala ha identificado anteriormente algunos casos con pretensiones similares, donde sí se solicitó oportunamente desde la demanda que el actor fuera calificado y en el debate probatorio se negaron dichas solicitudes, siendo apelado dicho auto y revocado en segunda instancia; así como se ha declarado la prueba oficiosamente, cuando se evidencia que se dejó de practicar por dilaciones

injustificadas de las juntas a donde se remite y el Juez precluye la prueba. No siendo este el caso, pues se reitera, la solicitud probatoria nunca fue interpuesta en la oportunidad debida por la interesada.

Esto significa, que no obra en el expediente, una calificación de pérdida de capacidad laboral sobre las patologías sufridas por la actora, lo que en principio daría lugar a una negativa sobre la protección reclamada; sin embargo, el apelante en sus argumentos refiere que el estado de salud acreditado por la actora es suficiente para ser merecedora del amparo de estabilidad reforzada, sin necesidad de un dictamen de calificación.

Frente a esta situación, esta Sala de Decisión había venido adoptando como postura la interpretación de la ley 361 de 1997 que la Sala de Casación Laboral expone en sentencias como la SL19506 del 22 de noviembre de 2017 (Rad. 54.309 y M.P. DOLLY CAGUASANGO), donde se arguye que se trata de *una garantía excepcional a la estabilidad* y que *no puede el juez extenderla de manera indebida para eventos no contemplados en la mencionada norma*, concluyendo así que **no existiendo la calificación de la pérdida de capacidad laboral para el momento del despido, ni tampoco el conocimiento del empleador de una situación de salud diferente a las incapacidades temporales, no era dable exigir la autorización del Ministerio del Trabajo exigida en la norma invocada por la parte demandante, previo a despedir a la trabajadora.**

No obstante, de otras decisiones como la Sentencia SL5451 de 2018, se desprende que los jueces deben evitar que se desborde por completo el espectro de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para reclamar al empleador las cargas legales correspondientes, lo que exige que este conozca y tenga presente que para el momento del despido el trabajador mantenía unas condiciones de funcionalidad diversa en el grado mínimo de moderado y que ello exige el pleno conocimiento de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, dado que no todo quebrantamiento en la salud del trabajador da lugar al amparo de estabilidad laboral reforzada.

Conclusión que ha sido reiterada recientemente en providencia SL761 de 2019, donde la Corte concluye que *“el Tribunal no incurrió en error jurídico al identificar los requisitos para acceder a la protección derivada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y concluir la improcedencia de aplicar el amparo contenido en esta norma al presente asunto, puesto que es un hecho no controvertido, que al término de la relación de trabajo el actor no contaba con una calificación del grado de discapacidad”* y agrega que *“la Corte no evidencia los errores jurídicos que acusa el recurrente, pues no es dable otorgar la garantía de estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 si al término de la relación laboral no existe calificación de la discapacidad o pérdida de capacidad laboral del trabajador”*.

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

Concluyendo sobre este último punto la Sala de Casación Laboral que *“para ser sujeto de especial protección no es necesario que exista una calificación de la junta de invalidez, dado que existe libertad probatoria pues, de acuerdo con lo adoctrinado por esta Sala, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera*

*que, en estos casos, el Juez del trabajo tiene libertad probatoria*"; conclusiones reiteradas posteriormente en providencia SL5181 de 2019, SL5056 de 2019 y otras.

De esta manera, efectivamente existe respaldo jurisprudencial sobre que la ausencia de un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral al momento de finalizar la relación laboral no conlleva necesariamente a desestimar las pretensiones de la actora, mientras el Juzgador encuentre que existe suficiente sustento para concluir que al momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo existía una condición de discapacidad o pérdida de capacidad en un grado equivalente al exigido por la norma y el referente jurisprudencial, debidamente conocida por el empleador de manera tal que le sea imputable objetivamente la necesidad de contar con permiso del Ministerio del Trabajo previo a la terminación unilateral pues de lo contrario se presumirá a favor del trabajador que la terminación del vínculo laboral obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud, teniendo entonces el empleador la carga probatoria de derruir tal presunción.

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

Pues bien, aplicando este precepto al caso concreto se tiene que las demás pruebas aportadas al plenario sobre el estado médico de la actora son:

- Atención médica de urgencias del 7 de octubre de 2020 por accidente laboral sufrido ese día, diagnosticando esguince de rodilla derecha y contusión de columna dorsal; no evidencia lesiones óseas y expide incapacidad de 4 días. Emite recomendación no hacer masajes, no estar de pie por 30 minutos ni subir o bajar escaleras.
- Certificado de incapacidad por dos días emitido por los mismos diagnósticos, para el 13 y 14 de octubre de 2020 expedido por AGESO LTDA.
- Historia clínica emitida por AGESO LTDA., de medicina general, del 20 de octubre de 2020 por dolor en rodilla derecha, posterior a caída desde su propia altura; emite 4 días de incapacidad, recomendaciones laborales por 10 días para posterior revisión de concepto de ortopedia y medicina laboral, ordena ecografía y medicamentos. El tratante emite recomendaciones laborales para no manipular cargas superiores a 10 kg, evitar posturas y tareas repetitivas, alternar posturas, evitar actividades de alto impacto, entre otras.
- Mapa de riesgos o peligros en la empresa para el cargo de ASESORA EN VENTAS DE PRODUCTOS, señalando que solo destaca como anormal el estado de la rodilla derecha evidenciando ingreso por propios medios, marcha antálgica, leve edema, dolor en palpación.
- Historia clínica emitida por AGESO LTDA., de medicina general, del 12 de noviembre de 2020 por control en enfermedad de la rodilla derecha, indicando que ortopedia recomienda reubicación laboral y se evidencia síndrome de hiperpresión lateral, distensión de ligamento colateral y ordena terapias físicas por 15 días para fortalecer el músculo. Reitera las mismas recomendaciones laborales.
- Atención médica del 7 de enero de 2021 en la CLÍNICA NORTE, consulta de control por medicina especializada en ortopedia, se indica que la marcha es normal, dolor en rodilla derecha, con sobrepeso y remite a valoración para manejo por artroscopia de rodilla derecha. Recomendación reubicación laboral para no subir o bajar escaleras.

- Historia clínica de fisioterapia del 8 de enero de 2021, por dolor severo al caminar, estar de pie, flexionar, no puede caminar largas distancias por dolor en la rodilla; diagnostica bursitis de la rodilla derecha y lesión de meniscos; se ordenan terapias por un mes, manejo con medicamentos desinflamatorios y expide recomendaciones laborales por 3 meses similares a la anterior.
- Atención médica del 13 de enero de 2021 con especialista en ortopedia, evidenciando lesión de menisco lateral, lesión contral y se solicita artroscopia de rodilla derecha para sutura de menisco y sinovectomía, para corregir el desgarro de meniscos.
- Atención médica del 3 de febrero de 2021 con especialista en ortopedia, reiterando a la ARL que debe autorizar la cirugía de artroscopia.
- Reporte de atención quirúrgica del 31 de marzo de 2021, por procedimiento ambulatorio de tipo terapéutico para sutura de menisco lateral, condroplastia y sinovectomía, explicando que se realizó la sutura, sin complicaciones y colocan vendaje. Da salida por buena evolución el mismo día, con indicaciones médicas y ordena cita de control en 15 días, expide incapacidad por 1 mes.
- Cita de control del 8 de abril de 2021, refiere buen estado general y marcha con muletas, retira puntos y ordena terapias para recuperación de movimiento y fortalecimiento muscular.
- Historia clínica del 14 de abril de 2021 por accidente de tránsito sufrido en motocicleta en calidad de conductora; sin embargo, la Sala se abstendrá de valorar los documentos médicos referentes a este accidente y posteriores, en la medida que debe identificarse el estado de discapacidad de la actora al momento del despido (28 de enero de 2021).
- Interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la demandada, MARIA FERNANDA HODGES POSADA, quien manifestó que la empresa que representa es de servicios temporales y tiene por finalidad contratar personal en misión a empresas usuarias, el cual no puede durar por ley mayor a un año. Que la demandante se contrató desde EXTRAS para que fuera en misión a la empresa usuaria COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, para la función de ofrecer productos de telefonía puerta a puerta, es decir era asesor puerta a puerta. Que la actora recibía órdenes de la empresa usuaria por la subordinación funcional. Sobre el estado de salud de la actora, refiere que al mes de estar vinculada con esa empresa la demandante se accidenta en función de las labores que estaba desempeñando porque se consolidó como accidente de trabajo. Que el contrato de trabajo se dio por terminado el 26 de enero de 2021 o días cercanos. Que en virtud del accidente que tuvo la actora no se le reacomodaron las funciones, pero se le ubicó en ventas en un punto específico que en la labor operativa se llama punto ancla. Que por una cirugía pendiente es que vía tutela reintegraron a la actora, cirugía que en el momento en que se desvinculó no había sido notificada a la empresa. Que no tienen conocimiento de otra cirugía que debía practicarse la actora después del reintegro porque no está dentro de sus funciones conocer eso, le corresponde es al área de seguridad y salud en el trabajo a menos que el colaborador cometa alguna falta y tengan que escalarlo al área jurídica, de resto por ser temas sensibles que datan de su historia clínica y demás, esa información se reserva al área correspondiente. Que la ARL manifestó que la demandante no había asistido a las terapias mediante correo electrónico.
- Interrogatorio de parte absuelto por la demandante ANYI KATHERINE NAVARRO, quien manifestó que entre el 14 y el 26 de enero de 2021 asistió a todas las terapias, que tiene el certificado de la IPS y del terapeuta; que en la diligencia de descargos manifestó que solamente había asistido a una primera terapia que consistía en la valoración porque en ese momento se encontraba en la Fiscalía con sus tres hijas por tener problemas con el papá de su hijo, quien intentó abusar de sus hijas; que tenía las terapias del 15 de enero a las 4 y 15 hasta el día 24 del mismo mes y que cada terapia duraba

más o menos 45 minutos. Que el día 26 de enero cuando faltó fue el día que se realizó los laboratorios para proceder a su cirugía, que pidió permiso a su jefe inmediato para asistir a los exámenes por WhatsApp, pero no tiene como comprobarlo porque le robaron el celular y la simcard corporativa de Movistar que le dieron quedó suspendida el día que le suspendieron el trabajo y no pudo volver a recuperar ese número; que los exámenes médicos se desarrollaron ese día desde las 08 cuando ella llegó y salió casi faltando un cuarto para las 12; que ella no se volvió a presentar en el trabajo el 26 de enero de 2.021 porque en las horas de la tarde iba a firmar el contrato de una venta de fibra óptica y su supervisor lo sabía, que para esto no se solicitaba permiso porque él llegaba a verificar si era cierto pero como era sábado no se presentó; que a ella se le perdió la cedula y el carnet del banco, por lo que le dijo a su jefe que por la documentación no le iban a sacar los exámenes y entonces él le dijo que si quería se tomara el tiempo y fuera a hacer eso pero tenía que hacer por lo menos una venta al día para que pudiera darle el permiso y fue el día que firmó el contrato de una venta de fibra óptica. Que no allegó pruebas a la diligencia de descargos porque en ese momento estaba mal y no sabe cómo pudo responder.

- Testimonio rendido por ANA MARIA BOLIVAR LEON quien manifestó tener el cargo de ejecutivo de gestión humana de EXTRAS para la empresa usuaria COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Que la demandante fue contratada para la labor de puerta a puerta, que es en calle en puntos asignados por la empresa usuaria, pero teniendo en cuenta las últimas recomendaciones y la solicitud a terapias de la colaboradora se hizo una formalización para quedar en un punto único ancla, el cual fue suministrado por la empresa usuaria. Que la colaboradora al inicio de su contrato laboral presentó un accidente de trabajo, sin embargo, la competencia frente al transcurrir del mismo le compete directamente al profesional del área de seguridad en el trabajo de la compañía demandada. Que la actora actualmente está en labor con la empresa demandada y no está ejerciendo ninguna función dado que se encontraba en un periodo de incapacidades según el último reporte recibido por el área de seguridad en el trabajo y están en el proceso correspondiente a la reubicación laboral. Que conoce que la actora tenía unas terapias agendadas del 14 al 25 de enero de 2.021, las cuales fueron reprogramadas del 26 de enero al 9 de febrero de 2.021, acordándose que la jornada seguiría igual para que pudiera acudir a las terapias, sin embargo, la colaboradora llegó tarde el 27 de enero, incumpliendo con su jornada laboral sin previo aviso y adicional se generó una validación del documento inicial que la actora reportó frente a las terapias del 14 al 25 de enero directamente con la ARL SURA, quien indicó que solo asistió el 13 de enero de 2.021 a la primera consulta de terapias y que la colaboradora solicitó la reprogramación de esas terapias hasta la fecha fin que es el 09 de febrero de 2.021.
- Testimonio rendido por DAYANA ANDREA GOMEZ ALARCON quien manifestó ser líder nacional de retorno al trabajo en la empresa demandada. Que conoce a la demandante de trato por medio de comunicación a partir del evento de accidente de trabajo ocurrido el 7 de octubre de 2020, donde se activa el equipo de SCTA y medicina del trabajo. Que la actora pertenece a la compañía EXTRAS y fue contratada para labor en misión en la ciudad de Cúcuta para prestar servicios con la compañía COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Que la colaboradora reportó el 07 de octubre un evento por accidente laboral, en donde manifestó que al encontrarse desempeñando sus labores puerta a puerta tuvo un falso movimiento que le acarreó una caída en la cual se golpeó su pierna y glúteos, que se levantó y siguió laborando sin notificar pero dos horas después percibió que su rodilla se inflamó y procedió a notificarlo al jefe inmediato, quien le llevó todo el conducto que era reportarlo ante la ARL y se activó el quipo interno para hacer dicha notificación; que la demandante asistió a urgencias donde fue atendida y le hicieron una radiografía y un diagnóstico determinado como esquinca, le otorgaron 4 días de incapacidad y con posterioridad un día adicional. Que en primera instancia ese evento fue calificado como baja categoría y después de allí la trabajadora podía seguir laborando en forma normal. Que la demandante no notificó al área de medicina ningún documento ni reporte médico, luego manifestó que tenía tratamiento médico por ortopedia fisiatría y médico general con quien asistía

a citas prioritarias. Que desde el área hacen un seguimiento en aras de buscar apoyar a los colaboradores en que las entidades que les corresponde prestar un servicio lo hagan con celeridad y con idoneidad. Que por medio del jefe inmediato la actora reportó unas terapias ocupacionales, procedieron a hablar con el líder y recomendaron hacer una ajuste del horario para que la demandante pudiese ir tanto a citas medicas como a terapias; que hicieron seguimiento y verificaron que el jefe inmediato había modificado el horario y tuvieron una alerta del equipo interno en campo donde les preguntaban desde medicina cuantas acciones ejecutadas llevaba la demandante, pero nunca recibieron un soporte por parte de ella donde certificara hacerse las terapias; Que en un proceso de rehabilitación es importante seguir la conducta que el médico tratante defina, que las terapias enviadas hacen parte del proceso de rehabilitación y de una posible evolución sea favorable o no, pero es una recuperación que debe llevar un paso importante y si la terapia se llevó a emisión es porque la colaboradora la necesitaba.

Conforme a las pruebas determinadas, se advierte en primer lugar que a partir del accidente laboral sufrido el 7 de octubre de 2020, la actora comenzó a padecer de dolencias recurrentes en su rodilla derecha, por las cuáles recibió tratamiento fisiatra y ortopédico con frecuencia mensual, sin que le expidieran incapacidades médicas por períodos extensos y acorde a las valoraciones de los especialistas, podía seguir laborando con algunas restricciones referentes al peso máximo de carga, tiempo de permanencia en pie o sentada y cuidado con movimientos repetitivos. Se evidencia también, que la evolución de la actora, derivó el diagnóstico inicial de esguince de rodilla a una lesión en los meniscos que fue diagnosticada en enero de 2021 y por el cual se ordenó la realización de una cirugía para corregir, de carácter ambulatorio, que fue materializada con posterioridad al despido.

Se resalta, que la labor de la actora era ser vendedora puerta a puerta de productos de una empresa de telecomunicaciones, usuaria de la proveedora de servicios temporales demandada; evidenciando los declarantes que, por su accidente, fue reubicada laboralmente en el mismo cargo, pero ejercido en un “puesto ancla”, esto es un lugar para ofrecer los servicios contratados y así dar cumplimiento a las restricciones de movimiento. Sin que se advierta como parte de su oficio el manejo de cargas pesadas o el uso de fuerza excesiva, dado que su ocupación fueron las ventas comerciales. Esto permite evidenciar que el impacto ocupacional de las secuelas del accidente no alcanzó una dimensión que afectara gravemente el desarrollo de las funciones, que fueron fácilmente adaptadas a su condición física. Igualmente se demostró que el empleador acomodó el horario laboral de la trabajadora, para que pudiera asistir a sus terapias y asistir en su recuperación.

Deviene de este análisis que no se probó por otro medio de prueba una incidencia en la capacidad laboral de la actora que permita inferir una calificación equivalente al 15% que jurisprudencialmente se ha delimitado como el límite para acceder a la garantía foral reclamada; nótese que los efectos del padecimiento deben demostrarse para el momento de la terminación (28 de enero de 2021) y no incide que en meses posteriores (mayo de 2021) hubiera sufrido un accidente de tránsito que repercutiera en su recuperación, pues se valora es la actitud del empleador cuando resuelve terminar la relación laboral y en este caso se advierte que para enero de 2021, la actora demostró estar en el tratamiento por las secuelas en su rodilla del accidente laboral de octubre de 2020, cuya incidencia esta Sala descarta tuviera efectos considerables atendiendo a su rol ocupacional y a la facilidad con que se adaptó el cargo y sus funciones a las recomendaciones expedidas por el médico tratante, que le permitían ejercer el rol de ventas acorde a las restricciones de movimiento e incluso facilidades de horario para acudir a las terapias; por lo que en este caso no se reúnen los requisitos indispensables para acceder a la garantía del artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Considera la Sala necesario señalar, que se reconoce la existencia de una tesis sustentada en el modelo biopsicosocial aplicada por la Corte Constitucional y que fue utilizada en la tutela para conceder el amparo transitorio, en donde el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada no depende de la acreditación de una situación de pérdida de capacidad laboral o de un porcentaje de calificación de PCL específico, sino a una afectación en la salud del trabajador que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares

(sentencia SU-049 de 2017). Sin embargo, estima también esta Sala de decisión que la tesis planteada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, esto es Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, brinda mayor seguridad jurídica en la medida que ha centrado la procedencia de la protección reforzada al dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, constituyendo un criterio objetivo para identificar la discapacidad.

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

En esa medida, como resaltó el juez a quo, teniendo en cuenta que no existe un dictamen de pérdida de capacidad laboral de la demandante, que deviene inclusive de la ausencia de incapacidades consecutivas para que la ARL tramitara el mismo, esta no tiene el porcentaje mínimo requerido para estar protegida por estabilidad laboral reforzada de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ni tampoco acreditó por otro medio de prueba que al momento de la desvinculación presentara alguna patología que amerite una calificación asimilable a la que exige el precedente jurisprudencial.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada de las pretensiones dirigidas a reclamar reintegro definitivo, pago de las prestaciones dejadas de percibir e indemnización señalada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997; sin que, por sustracción de materia, sea necesario valorar el conocimiento del empleador y la existencia de la justa causa.

Finalmente, al no prosperar el recurso de apelación se condenará en costas de segunda instancia a la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000 a favor de la 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 integridad la sentencia del catorce (14) de febrero de dos mil veintidós (2.022) proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandante. Fijar como agencias en derecho la suma de \$300.000 a favor 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. 108, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8  
a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



---

Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-001-2021-00400-01
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.987
<b>DEMANDANTE:</b>	ANTONIO ESTEBAN LIZCANO GARCIA y otros
<b>DEMANDADO:</b>	MINERALES JARR S.A.S.

Magistrada ponente:

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022, procede la Sala de Decisión Laboral en el proceso ordinario laboral referenciado, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra del auto del 02 de agosto de 2.022 proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por medio del cual se resolvió la nulidad propuesta por la pasiva.

### **1. ANTECEDENTES**

Los señores ANTONIO ESTEBAN LIZCANO GARCIA, BLANCA AURORA LIZCANO ALBARRACÍN, ANA MILENA LIZCANO ALBARRACÍN, WILLIAM ALEXANDER LIZCANO ALBARRACÍN y ANA BELEN ALBARRACIN GARCIA, quien actúa en nombre propio y en representación de la menor E. K. LIZCANO ALBARRACÍN, por medio de apoderado judicial instauraron demanda ordinaria laboral contra MINERALES JARR S.A.S., en aras de obtener como familiares del señor JAIRO ALONSO LIZCANO ALBARRACIN, la reparación plena de perjuicios derivados del accidente de trabajo que este sufrió el 15 de diciembre de 2.017, producto del cual falleció cuando laboraba como minero en la mina de carbón La Dinastía Uno, ubicada en la Vereda Garrapateros del Corregimiento San Pedro del Municipio de Los Patios (N. de S.), la cual es explotada por la pasiva.

Inicialmente se asignó el conocimiento de este asunto al JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, que mediante providencia del 08 de marzo de 2.021 ordenó devolver la demanda para que se subsanaran unas anomalías y al presentarse subsanación de la misma, procedió a admitirla por auto de fecha 22 de julio de 2.021, ordenando notificar a la sociedad demandada y correrle traslado de la demanda.

Mediante comunicación fechada a 31 de agosto de 2.021 (archivo denominado "17ContestacionDemanda20210901.pdf" del expediente digital), que fue remitida el día 01 de septiembre de 2.021 al correo institucional del juzgado previamente citado, el abogado RICARDO BERMUDEZ BONILLA alegando actuar como apoderado especial de la demandada MINERALES JARR S.A.S, presentó contestación de la demanda y excepciones de mérito, y adjuntó poder otorgado por JOSE ARMANDO RUBIO RINCON en calidad de representante legal de la pasiva.

Posteriormente, el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta mediante providencia de fecha 07 de diciembre de 2.021 se abstuvo de proveer respecto de la contestación de la demanda presentada, al declararse impedido para conocer del presente asunto argumentando que se configura el numeral 9. ° del artículo 141 del CGP respecto del abogado RICARDO BERMUDEZ BONILLA, por lo cual ordenó remitir la actuación al JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, lo cual se hizo a

través de oficio N ° 03295 de fecha 15 de diciembre de 2.021 que fue comunicado por correo institucional el 16 de diciembre del mismo año.

En el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA a través de providencia de fecha 19 de mayo de 2.022, se asumió el conocimiento del proceso, aceptándose el impedimento del Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta y se inadmitió la contestación de demanda realizada por MINERALES JARR S.A.S. a través de profesional del derecho, de conformidad con el artículo 31 del C. P. del T. y de la S.S., modificado por el artículo 18 de la Ley 712 de 2.001, parágrafo 3, indicándose en la parte motiva que el poder acompañado en los anexos de la contestación no reúne los requisitos establecidos en el artículo 5. ° del Decreto Legislativo 806 de 2.020, al no haber sido otorgado mediante mensaje de datos enviado directamente del correo electrónico para notificaciones judiciales que la persona jurídica demandada tiene registrado en la Cámara de Comercio o en el registro mercantil, debiendo incorporarse directamente en el cuerpo del mensaje de datos y no en documento anexo, así como, que dicho memorial poder tampoco se encuentra autenticado o con presentación personal ante notario. Por lo anterior, precisó que se debía adecuar el cuerpo del escrito de la contestación de la demanda y poder, ya que el anterior Juzgado no se había pronunciado respecto a la admisión.

Mediante providencia del 15 de junio de 2.022 el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA tuvo por no contestada la demanda al haberse guardado silencio por la parte demandada sin presentar subsanación de la misma. En el mismo auto se fijó fecha para la celebración de la audiencia establecida en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S.S.

El 1. ° de agosto de 2.022 a través de correo electrónico la apoderada de la parte demandante allegó sustitución de poder y en la misma fecha, usando el mismo canal, el abogado RICARDO ALBERTO BERMUDEZ BONILLA allegó la escritura pública N 1588 de fecha 16 de mayo de 2.022 emitida en la Notaría Séptima de Circulo de Cúcuta, por medio de la cual la sociedad MINERALES JARR SAS le otorga poder general, amplio y suficiente para que la represente.

En audiencia celebrada el 02 de agosto de 2.022 el abogado RICARDO ALBERTO BERMUDEZ BONILLA alega nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fecha 19 de mayo de 2.022, de acuerdo a lo consagrado en el parágrafo del artículo 133 del C.G.P., así como en los artículos 135 y ss. ibídem, teniendo en cuenta que se presentan irregularidades desde el control de legalidad realizado cuando se recibió el proceso de parte del Juez Cuarto Laboral de Circuito de Cúcuta, quien a su parecer en auto del 09 de diciembre de 2.021 reconoció su personería jurídica respecto de la demandada y en virtud a esto se declaró impedido. Así mismo indicó, que en la providencia de fecha 19 de mayo de 2.022 el Juez no hizo referencia al poder sino a la contestación de la demanda y allí ordenó la inadmisión de esta por no cumplir los requisitos del artículo 31 de del C. P. del T. y de la S.S., sin señalarlos. También expresó que, con la actuación del 15 de junio, con la cual se tuvo por no subsanada la demanda y se fijó la fecha de audiencia, debió aplicarse un control de legalidad y verificarse lo que se hizo.

El Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta no accedió a declarar la nulidad deprecada y el abogado RICARDO ALBERTO BERMUDEZ BONILLA interpuso recurso de apelación contra esta decisión.

## **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 abogado RICARDO ALBERTO BERMUDEZ BONILLA en contra del auto del 02 de agosto de 2.022 que fue proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por medio del cual se resolvió:

*“PRIMERO: El despacho no acepta la nulidad que propone el señor apoderado de la parte actora y dispone continuar con el trámite normal de esta audiencia.”*

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

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

- Que dentro del párrafo 1. ° del artículo 31 del C. P. del T. y de la S.S., la contestación de la demanda debe ir acompañada de los anexos entre los cuales se menciona el poder.

- Que en el expediente lo que se aportó fue un pantallazo del poder y se debieron interponer los recursos de ley contra el auto a través del cual se le estaba notificando y comunicando la inadmisión de demanda.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

El abogado RICARDO ALBERTO BERMUDEZ BONILLA presentó recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que la contestación de la demanda está sustentada en el archivo que se denomina dentro del expediente virtual como N° 17 contestación demanda 20210921 pdf, el cual está compuesto de 26 páginas. Que la página N° 14 no es un pantallazo, es otro documento cuyo contenido es el poder expedido por el representante legal de la demandada, JOSE ARMANDO RUBIO RINCON, el cual está dirigido al Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta y en el segundo párrafo dice que goza de la presunción de autenticidad de que trata el artículo 5. ° del Decreto 806 de 2.020, así como que confiere al apoderado todas las facultades legales consagradas en el artículo 74 y 77 del C.G.P., para que plenamente los represente y defienda sus derechos e intereses, que sirva reconocerle personería y hay dos firmas.

- Que insiste bajo el derecho al debido proceso y de igualdad, que se tengan pendiente las actuaciones que hizo el Juez Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta, pues no tiene sentido que vuelva a presentar un poder que ya fue reconocido por el Juez que se declaró impedido por razón de reconocerle personería.

- Que, si el Juez se concentró específicamente en el poder que él había presentado para tener por inadmitida la demanda, bajo el principio de legalidad también tuvo que haber revisado el poder que se le había otorgado en su época a la abogada que estaba representado a los demandantes y así mismo, el contenido del escrito de la demanda e igualmente si la notificación de la demanda cumplía con los requisitos del Decreto 806.

### **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 demandante solicita que se confirme el auto de fecha 15 de junio de 2.022, por medio del cual se tuvo por no contestada la demanda, pues lo que busca el apoderado de la parte demandada Dr. RICARDO BERMUDEZ BONILLA, es confundir al despacho pretendiendo distorsionar el curso del proceso debido a su descuido, con lo cual incurre en el comportamiento de deslealtad procesal.

Que es evidente que el recurso está destinado al fracaso, pues se observan en la contestación de la demanda varias falencias como: que no se describió traslado de la contestación de la demanda como reza el decreto 806 de 2020, artículos 3 y 6, hoy ley 2213 de 2022, ya sea en físico o en digital; el poder está dirigido al juzgado cuarto laboral del circuito y no al juzgado primero laboral del circuito; no se evidencia que en la notificación haya colocado los datos del representante legal de la mina JARR S.A.S, o en su defecto haya comunicado al despacho la carencia de correo electrónico del representante legal de la parte demandada; no se evidencia la firma de la contestación por parte del togado y el poder carece de autenticación.

#### **• Parte demandada:**

El apoderado de la demandada MINERALES JARR SAS presentó escrito comunicando que reiteraba plenamente las manifestaciones realizadas en la audiencia virtual surtida en el despacho del a quo y que dio origen al presente trámite.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

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

¿Resultaba procedente declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha 19 de mayo de 2.022, que fue alegada por el abogado RICARDO ALBERTO BERMUDEZ BONILLA por haberse inadmitido la contestación de la demanda y posteriormente tenerse por no contestada con sustento en que no se presentó poder que reuniera los requisitos establecidos en el artículo 5° del Decreto Legislativo 806 de 2020?

## **6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Teniendo en cuenta los antecedentes anteriores, es preciso concluir que la providencia apelada es susceptible de este 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 erró el a quo al negar la solicitud de nulidad invocada por inadmitir la contestación de la demanda y posteriormente tenerla por no contestada, por considerar que no se presentó como anexo a esta, poder que reuniera los requisitos establecidos en el artículo 5° del Decreto Legislativo 806 de 2020, desconociéndose de esta forma según lo expuesto por el abogado RICARDO ALBERTO BERMUDEZ BONILLA, que el primer Juez que conoció del asunto le había reconocido a él personería jurídica para actuar y fue con base en esto que se declaró impedido y remitió el expediente al JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA.

El juez de primera instancia resolvió no aceptar la nulidad propuesta dado que el parágrafo 1. ° del artículo 31 del C. P. del T. y de la S.S., señala que la contestación de la demanda debe ir acompañada de los anexos entre los cuales se menciona el poder y en el expediente lo que se aportó fue un pantallazo del poder. Así mismo indicó, que se debió interponer los recursos de ley contra el auto a través del cual se le estaba notificando y comunicando la inadmisión de demanda.

Procede entonces la Sala a establecer si asistió razón al juez *a quo* al negar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fecha 19 de mayo de 2.022, que fue solicitada por el abogado RICARDO ALBERTO BERMUDEZ BONILLA, quien expone que se debió tener por contestada la demanda pues se aportó el poder que le había sido otorgado y se le había reconocido personería jurídica para actuar con antelación a que el Juez Primero Laboral del Circuito tuviera conocimiento del expediente, por lo que no le era posible decidir sobre ese asunto.

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 primero 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, e igualmente, aportar y solicitar pruebas que pretenda hacer valer, aspectos que el Juez debe analizar al momento de presentarse la correspondiente solicitud de nulidad; además, en su último inciso señala que el juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en el capítulo relativo a nulidades procesales o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.

Observa la Sala, que al momento de formular la nulidad el apoderado del demandado no expresó que causal la configuraba y se limitó a invocar como hecho determinante que el Juez inadmitió la contestación alegando falta de poder para actuar pese a que ya estaba reconocido dentro del proceso; situación que no encuadra en las causales del artículo 133 del C.G.P., por lo que acorde a lo

establecido en el párrafo de ese artículo, la misma se entendería subsanada si no se impugna de forma oportuna utilizando los mecanismos dispuestos en dicho estatuto procesal, lo que a su vez implica, según lo consagrado en el inciso final del artículo 135 ibídem, que se rechace de plano la solicitud.

No obstante, se advierte que el reclamo gira en torno a la necesidad de tener como oportuna la contestación de la demanda y las pruebas solicitadas y aportadas con ella; por lo que se trata de una nulidad que invoca el parámetro constitucional del artículo 29 superior, por lo que, en aras de garantizar el debido proceso y derecho de defensa, esta Sala procederá a verificar si se demostró una irregularidad que alcance dicha dimensión constitucional, para con ello establecer los efectos y alcances de la misma en el trámite procesal; por lo que se advierte que las actuaciones fundamentadas para invocar la nulidad son las siguientes:

- Con comunicación fechada a 31 de agosto de 2.021 (archivo denominado “17ContestacionDemanda20210901.pdf” del expediente digital), que fue remitida el día 01 de septiembre de 2.021 al correo institucional del juzgado previamente citado, el abogado RICARDO BERMUDEZ BONILLA alegando actuar como apoderado especial de la demandada MINERALES JARR S.A.S, presentó contestación de la demanda y excepciones de mérito, y adjuntó poder otorgado por JOSE ARMANDO RUBIO RINCON en calidad de representante legal de la pasiva.
- El Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta mediante providencia de fecha 07 de diciembre de 2.021 se abstuvo de proveer respecto de la contestación de la demanda presentada, al declararse impedido para conocer del presente asunto argumentando que se configura el numeral 9. ° del artículo 141 del CGP respecto del abogado RICARDO BERMUDEZ BONILLA, por lo cual ordenó remitir la actuación al JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, lo cual se hizo a través de oficio N ° 03295 de fecha 15 de diciembre de 2.021 que fue comunicado por correo institucional el 16 de diciembre del mismo año.
- En el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA a través de providencia de fecha 19 de mayo de 2.022, se asumió el conocimiento del proceso, aceptándose el impedimento del Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta y se inadmitió la contestación de demanda realizada por MINERALES JARR S.A.S. a través de profesional del derecho, de conformidad con el artículo 31 del C. P. del T. y de la S.S., modificado por el artículo 18 de la Ley 712 de 2.001, párrafo 3, indicándose en la parte motiva que el poder acompañado en los anexos de la contestación no reúne los requisitos establecidos en el artículo 5. ° del Decreto Legislativo 806 de 2.020, al no haber sido otorgado mediante mensaje de datos enviado directamente del correo electrónico para notificaciones judiciales que la persona jurídica demandada tiene registrado en la Cámara de Comercio o en el registro mercantil, debiendo incorporarse directamente en el cuerpo del mensaje de datos y no en documento anexo, así como, que dicho memorial poder tampoco se encuentra autenticado o con presentación personal ante notario. Por lo anterior, precisó que se debía adecuar el cuerpo del escrito de la contestación de la demanda y poder, ya que el anterior Juzgado no se había pronunciado respecto a la admisión.
- Mediante providencia del 15 de junio de 2.022 el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA tuvo por no contestada la demanda al haberse guardado silencio por la parte demandada sin presentar subsanación de la misma. En el mismo auto se fijó fecha para la celebración de la audiencia establecida en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S.S.

Acorde con el material probatorio, se advierte de manera preliminar que el Juez Cuarto Laboral del Circuito en providencia de fecha 07 de diciembre de 2.021 se abstuvo de proveer respecto de la contestación de la demanda presentada, al declararse impedido para conocer del presente asunto argumentando enemistad grave respecto del abogado RICARDO BERMUDEZ BONILLA. Esto, debido a que se advirtió por parte del Juez la existencia de una causal de recusación, lo cual es acorde a lo consagrado en el artículo 140 del C.G.P., y fue el motivo por el que pasó al Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, para que asumiera el conocimiento.

Lo anterior, no implica *per se* que se haya reconocido personería jurídica al abogado RICARDO BERMUDEZ BONILLA para actuar como apoderado de la demandada, pues la misma no fue declarada en la providencia de fecha 07 de diciembre de 2.021, y pese a que dicho reconocimiento no es constitutivo del apoderamiento, pues este se perfecciona con la presentación de escritura pública o del escrito privado en debida forma, como lo recordó la Corte Constitucional en Sentencia T-348/98, al no haberse efectuado el acto de reconocimiento de personería por parte del Juez que conoció inicialmente del asunto, el a quo estaba facultado para decidir sobre el mismo. Inclusive, se advierte que, bajo el régimen de impedimentos, el Juez debe declararlo y abstenerse de tomar cualquier decisión procesal o sustancial diferente a remitirlo al siguiente en turno, por lo que mal podría imputarse un reconocimiento diferente a la declaratoria de impedimento.

Aclarado esto, se analizará el poder presentado con la contestación de la demanda, el cual se encuentra en la página 14 del archivo denominado “17ContestacionDemanda20210901.pdf” que hace parte del expediente digital. Lo primero a indicarse es que dicho documento fue remitido a través de mensaje electrónico al correo institucional del JUZGADO CUARTO LABORAL DE CIRCUITO DE CÚCUTA, el día 01 de septiembre de 2.021, al cual se adjuntó un archivo llamado “CONTESTACION\_DDA\_FLIA LIZCANO ALBARRACIN.pdf”, que contiene la contestación de la demanda, las excepciones de mérito formuladas y el poder.

Al observar el poder adjuntado en la contestación de la demanda, se encuentra que este hace parte del archivo pdf “CONTESTACION\_DDA\_FLIA LIZCANO ALBARRACIN.pdf”, que está numerado como la página 14 de 14 y dentro de su contenido menciona que el señor JOSE ARMANDO RUBIO RINCON obrando en calidad de representante legal de la empresa MINERALES JARR SAS, otorga poder especial, amplio y suficiente al abogado RICARDO BERMUDEZ BONILLA, para que asuma su plena representación y defensa, y a su vez se indica que dicho poder goza de la presunción de autenticidad de que trata el artículo 5.º del Decreto 806 de 2.020.

Teniendo en cuenta que, para la fecha de presentación del poder, esto es 01 de septiembre de 2.021, se encontraba vigente el Decreto 806 de 2.020, el cual era aplicable a la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral, se traerá a colación lo indicado en su artículo 5.º respecto a los poderes:

**“Artículo 5. Poderes.** *Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento.*

*En el poder se indicará expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados.*

*Los poderes otorgados por personas inscritas en el registro mercantil, deberán ser remitidos desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales.”*

Con base en la disposición legal previamente expuesta, al ser la pasiva MINERALES JARR S.A.S., una persona jurídica inscrita en el registro mercantil, según consta en el certificado de existencia y representación legal o de inscripción de documentos que fue aportado con la demanda, el poder otorgado debía ser remitido desde la dirección de correo electrónica inscrita para recibir notificaciones judiciales, es decir, desde el correo electrónico: [mineralesjarr@hotmail.com](mailto:mineralesjarr@hotmail.com), de lo cual no existe soporte en el expediente.

Por lo hasta aquí mencionado, encuentra la Sala que el juez a quo decidió de forma acertada en providencia del 19 de mayo de 2.022, al inadmitir la contestación de demanda realizada por MINERALES JARR S.A.S. a través de profesional del derecho, de conformidad con lo estipulado en parágrafo 3.º del artículo 31 del C. P. del T. y de la S.S., pues indicó en la parte motiva de la misma, que el poder acompañado en los anexos de la contestación no reunía los requisitos establecidos en el artículo 5.º del Decreto Legislativo 806 de 2.020, precisando que se debía adecuar el cuerpo del escrito de la contestación de la demanda y poder, otorgando para ello el término de 5 días. Término durante el cual no se realizó pronunciamiento por parte de la pasiva. Y si bien es cierto contra el auto que

inadmite la contestación de la demanda no procede recurso alguno según lo estipulado en el artículo 65 del C. P. del T. y de la S.S., la parte demandada contaba con el término de 5 días ya mencionado.

Ahora bien, el no haber subsanado las falencias indicadas respecto a los anexos de la contestación de la demanda trae como consecuencia que la misma se tenga por no contestada, lo que a su vez se tendrá como indicio grave en contra del demandado, de acuerdo a lo consagrado en el parágrafo 3. ° del artículo 31 del C. P. del T. y de la S.S.: *“Cuando la contestación de la demanda no reúna los requisitos de este artículo o no esté acompañada de los anexos, el juez le señalará los defectos de que ella adolezca para que el demandado los subsane en el término de cinco (5) días, si no lo hiciera se tendrá por no contestada en los términos del parágrafo anterior”*. Por lo que esta Sala encuentra acertada también la decisión adoptada por el a quo en providencia del 15 de junio de 2.022, la cual podía ser recurrida por la pasiva, sin que esto sucediera.

Así las cosas, no son de recibo por parte de esta Sala las argumentaciones expuestas por el abogado RICARDO BERMUDEZ BONILLA para que se declare la nulidad de lo actuado a partir de lo decidido en auto del 19 de mayo de 2.022, en aras de que se tenga por contestada la demanda por considerar que ya se le había reconocido personería jurídica para actuar por parte del primer Juez que conoció del asunto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, pese a que el reconocimiento de la personería jurídica que hace el Juez no es constitutivo del apoderamiento, pues este se perfecciona con la presentación del escrito privado en debida forma, para el caso en concreto, el poder no cumplía con lo establecido en el artículo 5. ° del Decreto 806 de 2.020, lo que derivó en la inadmisión de la contestación de la demanda y que posteriormente fuera tenida por no contestada, sin que la pasiva se pronunciara al respecto o interpusiera los recursos de ley y da como resultado la preclusión de la oportunidad de defensa, por lo que debe rechazarse la solicitud de nulidad según lo indicado en el último inciso del artículo 135 del C.G.P.

Se precisa que al revisar el expediente en su totalidad se encontró que a través de mensaje remitido el 01 de agosto de 2.022 al correo electrónico institucional del JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO, se allegó la escritura pública N 1588 de fecha 16 de mayo de 2.022 emitida en la Notaria Séptima de Circulo de Cúcuta, por medio de la cual la sociedad MINERALES JARR SAS le otorga poder general, amplio y suficiente para que la represente. Si bien es cierto, el apoderamiento se perfecciona con la presentación de escritura pública o del escrito privado en debida forma, como se expuso previamente, lo cual puede suceder en cualquier etapa procesal, esto no implica la potestad de actuar por fuera de plazo respecto de una etapa ya clausurada, como sería la del traslado de la demanda, que en el presente proceso ya feneció.

En consecuencia, no son admisibles los argumentos del apelante y habrá de confirmarse en su totalidad la decisión de primera instancia por medio de la cual no se aceptó la nulidad propuesta.

Finalmente, al no prosperar el recurso, se condenará en costas de segunda instancia al apelante, fijando como agencias en derecho la suma de \$150.000 a favor de la parte demandante.

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 dos (02) de agosto de dos mil veintidós (2.022) por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones explicadas.

**Segundo: CONDENAR** en costas a la parte demandada por ser desfavorable el recurso de apelación. Fijar como agencias en derecho a favor de la parte demandante la suma de \$150.000.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Nidia Belen Quintero G.*

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ  
MAGISTRADA**

*José Andrés Serrano M.*

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA  
MAGISTRADO**

*Elver Naranjo*

**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 108, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.

*[Signature]*

---

Secretario

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

---

---

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

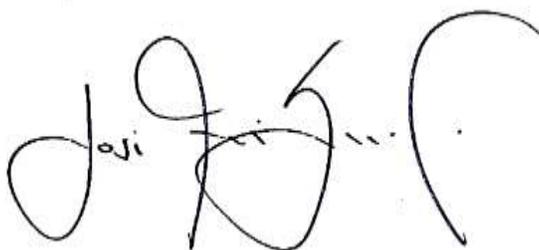
**PROCESO** : **ORDINARIO EN APELACIÓN Y CONSULTA**  
**RAD. ÚNICO** : **54-001-31-05-001-2022-00011-01**  
**P.T.** : **20019**  
**DEMANDANTE** : **MARIA ELSY PINEDA PINEDA**  
**DEMANDADA** : **COLPENSIONES y PORVENIRS.A.**

**MAGISTRADO PONENTE:**  
**DR. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

Realizado el examen preliminar, se ordena dar trámite al grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha veinticinco (25 ) de agosto de 2022 en cuanto fue adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones , conforme a lo dispuesto por la honorable Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en providencia de fecha 23 de julio de 2014, radicación AL40800-2014 (60.884), siendo Magistrado Ponente el Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Se admite también el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. respecto de la misma sentencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
**MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 108, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.  
Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de Septiembre de Dos Mil Veintidós (2022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	<b>54-001-31-05-002-2014-00584-00</b>
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.826
<b>DEMANDANTE:</b>	MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ GÓMEZ
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES
<b>VINCULADO:</b>	DAVID FABIAN JAIMES RUIZ Y LILIA RUIZ MARTINEZ

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

Procede la Sala a resolver dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ GÓMEZ, contra COLPENSIONES, DAVID FABIAN JAIMES RUIZ Y LILIA RUIZ MARTINEZ Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2014-00584-00, y Radicación Interna No 19.826 de este Tribunal Superior, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y una vinculada contra la sentencia del 5 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito.

**1. ANTECEDENTES**

La señora MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ GÓMEZ, mediante apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES para que se le ordene reconocer y pagar la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de su cónyuge señor JORGE DAVID JAIMES, desde su muerte ocurrida el día 27 de agosto de 2003, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios y la indexación correspondiente.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que el señor JORGE DAVID JAIMES nació el 18 de abril de 1946 y contrajo matrimonio católico con MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ GÓMEZ el 22 de marzo de 1970, en la Parroquia San Martín de Porres de Bogotá; el señor JAIMES falleció el 27 de agosto de 2003 en Bogotá y para ese momento había cotizado 749.29 semanas, siendo beneficiario del régimen de transición. Que presentó reclamación administrativa pero el I.S.S. negó el derecho en Resolución No. 004605 de 2004 y nuevamente COLPENSIONES en Resolución GNR176126 del 29 de mayo de 2014.

COLPENSIONES contestó a la demanda aceptando los hechos documentados y señalando que efectivamente en 2004 se negó la pensión por cuanto el causante dejó cotizadas 648 semanas en su vida pero ninguna en los 3 años anteriores al momento del fallecimiento; se opone a las pretensiones por encontrar que el señor JAIMES falleció en vigencia de la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos para dejar causada la prestación. Propone como excepciones PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, CARENCIA DE DERECHO RECLAMADO, COBRO DE LO NO DEBIDO, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA, BUENA FE, COMPENSACIÓN CON LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA.

En audiencia del 13 de abril de 2016 se dispuso vincular a DAVID FABIAN JAIMES RUIZ como litisconsorcio necesario por pasiva, quien no pudo ser notificado y por ello se emplazó, designándole curador ad litem quien contestó la demanda señalando que no le constan los hechos y que no se opone a las pretensiones por no tener fundamento.

En audiencia del 31 de mayo de 2019 se determinó acorde a las pruebas recepcionadas, que la señora LILIAN RUIZ MARTÍN también se presentó como reclamante de la pensión de sobrevivientes y se dispuso integrarla al contradictorio; al respecto el apoderado de la demandante aportó una declaración extrajuicio rendida por esta en Bogotá dirigida al Juzgado, indicando que no estaba interesada en reclamar derechos pensionales del causante JORGE DAVID JAIMES. Sin embargo, en audiencia del 10 de febrero de 2022 se corrige la actuación por cuanto la vinculada aporta poder conferido a apoderado judicial, dándose su notificación por conducta concluyente y en su oportunidad legal se opone a las pretensiones por entender que raíz del auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, mi poderdante, la señora LILIA RUIZ MARTIN tiene más derechos que la demandante, de manera que solicita le sea reconocida con el retroactivo, intereses moratorios e indexación correspondiente;

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

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

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación presentado por la parte demandante y demandada contra la sentencia del 5 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió lo siguiente:

**“PRIMERO: DECLARAR,** probadas las excepciones de mérito, planteadas por la Administradora Colombiana de Pensiones. Colpensiones, que denomino inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, carencia del derecho reclamado. En consecuencia absolver a esta entidad de todas las pretensiones incoadas en su contra.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS,** a la parte demandante, fijando como Agencias en Derecho, a favor de la parte demandada Colpensiones, la suma de \$300.000,00 pesos.”

### **2.2. Fundamentos de la Decisión de Primera Instancia**

El Juez *a quo* fundamentó su decisión en lo siguiente:

- Que en el presente caso está en discusión si el señor José David Jaimes, al momento de su fallecimiento, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes para alguno de sus beneficiarios y en consecuencia se determine si la demandante o alguno de los vinculados es beneficiario de la prestación económica que pudo haber dejado causada el señor José David Jaimes; exponiendo como tesis del despacho que el causante no dejó generado el derecho a la pensión de sobreviviente conforme las leyes 797 de 2003 ni 100 de 1993, no siendo aplicable el Acuerdo 049 de 1990.

- Explica respecto de los requisitos para acceder a pensión de sobrevivientes, recuerda que la normatividad aplicable para su estudio es la vigente al momento del fallecimiento del causante y al suscitarse en agosto de 2003, aplicando así la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993,

la cual exige la cotización de 50 semanas en los 3 años anteriores a la muerte y verificada la historia laboral, se tiene que el señor JAIMES cotizó 749,29 semanas al sistema entre el 22 de mayo de 1967 al 31 de octubre de 1994, por lo que no cumple los requisitos señalados.

- Advierte, que la demandante reclama la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para analizar la prestación acorde al Acuerdo 049 de 1990; este precepto rige en los cambios normativos para garantizar los derechos generados en virtud de la norma anterior con expectativas legítimas, cuando se han dejado causadas las semanas en el régimen reemplazado y eso implica que solo es posible acudir al régimen anterior; conforme se explica en reiterada jurisprudencia como SL1938 de 2020, donde se analizaron los efectos de los cambios de régimen y el manejo de las expectativas legítimas.

- Refiere, que la Corte Constitucional en SU005 de 2018 expuso sobre el principio de la condición más beneficiosa aunque consideró que sí era posible aplicar la aplicación plusultraactiva del Acuerdo 049 de 1990, siguiendo unos requisitos de cumplimiento de semanas y advirtiendo que procedía la tutela cuando el reclamante era sujeto de especial protección constitucional; no obstante la Sala de Casación Laboral en SL1938 de 2020 se apartó de este pronunciamiento por considerar que estas reglas eran contrarias a las legales, que desconocen los principios de sostenibilidad, eficacia y protección de los requisitos consagrados para acceder a prestaciones de la seguridad social, lo que ha sido reiterado en otra decisiones.

- Acoge la postura de la Sala de Casación Laboral y se aporta de la decisión de la Corte Constitucional, acorde a los parámetros dictados por la Corte Suprema y agregando que si bien debe optarse por las normas más favorables, esto no debe servir para desconocer el principio de legalidad que exige aplicar la ley vigente o en su defecto la anterior cuando hay expectativas legítimas, para no aplicar cualquier norma anterior que desconozca la seguridad jurídica.

- Aclarado lo anterior, no hay lugar a aplicar el acuerdo 049 de 1990 sino la redacción original de la Ley 100 de 1993, que son 26 semanas cotizadas en el año anterior y haber fallecido antes del año 2006, pero como se indicó no hubo cotizaciones en este período tampoco y por ende no hay lugar a acceder a las pretensiones, pues el causante no dejó causado el derecho a pensión de sobrevivientes para ninguno de sus beneficiarios.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandante.**

El apoderado de la parte actora interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que reitera inicialmente la calidad de legítima beneficiaria de la actora por la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su cónyuge, con quien tuvo 9 hijos y aunque no desconoce que luego se enteró de la existencia de un hijo extramatrimonial que ya es mayor de edad, la señora LILIAN RUIZ no tiene el derecho por no haber tenido convivencia y máxime por la declaración que ella misma realizó ante Notaría.

- Que respecto de la favorabilidad o la condición más beneficiosa, señala que la pretensión tiene sustento en el artículo 53 de la Constitución Política para que se aplique el Acuerdo 049 de 1990, para lo que considera pertinente acudir a lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia T-017 de 2022 donde expone su tesis sobre la aplicación retrospectiva de

las normas en esta materia y señala que cuando subsistan interpretaciones o precedentes jurisprudenciales contrarios, siempre debe optarse por aquel que más se ajuste a la Constitución y proteja de manera más eficaz los derechos de los ciudadanos, como exige el principio de favorabilidad. Por eso, concluye que en ese caso hubo violación al derecho fundamental al debido proceso al no aplicar esa tesis, pues si bien es cierto se acogió a la postura de la Corte Suprema de Justicia, también existe un precedente constitucional aplicable.

### **3.2 De la parte demandada LILIA RUIZ MARTÍN**

El apoderado de la vinculada, se presentó recurso de apelación argumentando:

- Que está inconforme con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, pues si bien se debe establecer la norma vigente, existe una excepción cuando el causante ha logrado consolidar su derecho bajo la normatividad anterior por constituirse un derecho adquirido en la medida que el causante era beneficiario del régimen de transición conforme a la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez, por cuanto tenía la edad y el tiempo de servicios.

- Agrega que su prohijada al momento de fallecimiento tenía 35 años cuando comenzaron su relación, convivieron por 15 años y procrearon un hijo, manteniendo sus lazos de apoyo mutuo hasta el momento del fallecimiento.

## **4. ALEGATOS**

Las partes en la oportunidad conferida presentaron los siguientes alegatos:

- **Parte Demandante:** No presentó alegatos.

- **Parte Demandada:** La apoderada de COLPENSIONES reitera que no está obligada a reconocer la pensión de sobreviviente demandada, por cuanto no hay elementos de juicio claro y concreto que establezca una vez revisada la historia laboral del causante pueda cumplir las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al fallecimiento para dejar causado el derecho pensional; que en todo caso no proceden los intereses moratorios y debe valorarse la prescripción.

## **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. DEL PROBLEMA JURÍDICO**

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

Determinar si las señoras MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ GÓMEZ o LILIA RUIZ MARTÍNEZ tienen o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento del señor JORGE DAVID JAIMES, a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en virtud de la aplicación del principio de la norma más favorable y condición más beneficiosa

## **6. CONSIDERACIONES**

El eje central del presente litigio radica en determinar si la demandante MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ como cónyuge supérstite o LILIA RUIZ MARTÍNEZ como compañera permanente, tienen derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, causada por el fallecimiento de JORGE DAVID JAIMES, quien acumuló un total de 749.29 semanas cotizadas casi todas en su totalidad antes de la vigencia de la Ley 100, acreditando los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del principio de favorabilidad y de la condición más beneficiosa.

El juez A Quo resolvió denegar las pretensiones alegando que analizada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, el precepto más adecuado para resolver es aplicar la norma vigente al momento del fallecimiento y por condición más beneficiosa la inmediatamente anterior, esto son la Ley 797 de 2003 y la Ley 100 de 1993 más no el Acuerdo 049 de 1990; sin que el causante cumpliera requisitos en las dos normas correspondientes. Conclusiones que controvierten la demandante y la compañera vinculada, alegando el apoderado de la primera que debió seguirse era el Constitucional por ser más acorde a los principios superiores que protegen a los trabajadores y el segundo que el causante dejó causada la pensión de vejez conforme el régimen de transición.

Sea lo primero advertir que como quiera que el señor JORGE DAVID JAIMES, falleció el día 27 de agosto de 2003, la norma aplicable al caso es el numeral 2° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 de 2003, el cual dispone que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

*“Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)”*

Del texto normativo citado se concluye, que para que un afiliado que fallece deje causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, debe haber cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento; y en este caso, según se advierte de los tiempos de servicio acreditados en folio 31, el señor JAIMES, laboró un tiempo equivalente a 749 semanas de cotización, finalizando su último período de servicios el 31 de octubre de 1994, por lo que se concluye que cero (0) semanas fueron cotizadas en el periodo que exige la norma, esto es, desde el 27 de agosto de 2000 al 27 de agosto de 2003, fecha de su fallecimiento.

Abordando la posibilidad de aplicar el principio de la condición más beneficiosa, se debe recordar que este es un principio constitucional desarrollado jurisprudencialmente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en virtud del cual se puede aplicar la norma inmediatamente anterior en aquellos casos en los cuales, de no haberse dado el cambio normativo, quien pretende el derecho lo habría obtenido.

Tratándose de la pensión de sobrevivientes el principio de la condición más beneficiosa, operaría de la siguiente forma:

1. Si el afiliado alcanzó la densidad de semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión de sobrevivientes, pero falleció en vigencia del artículo 46 de la Ley 100 de 1993; en virtud del principio de la condición más beneficiosa y con el fin de proteger su expectativa legítima, se le da aplicación a la norma anterior, que según los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, para acceder a la pensión de sobrevivientes se requiere acreditar 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores a la muerte o 300 semanas

en cualquier tiempo.

2. Si el afiliado alcanzó la densidad de semanas exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de sobrevivientes, pero falleció en vigencia del artículo 12 de la Ley 797 de 2003; en virtud del principio de la condición más beneficiosa y con el fin de proteger su expectativa legítima, se le da aplicación a la norma anterior, la cual exigía el cumplimiento de 20 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la muerte.

Conforme estas reglas, asiste razón al juez *a quo* cuando determina que la situación encaja en el segundo escenario donde el causante fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003 y solo puede aspirar por condición más beneficiosa a que se revise si causó derecho con la Ley 100 de 1993.

Sobre la pretensión del apelante para que se tenga en cuenta el Acuerdo 049 de 1990 por acreditar las semanas allí exigidas para acceder a la pensión de sobreviviente y ser la norma más favorable, el criterio imperante en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral quedó claramente delimitado en la sentencia SL4650 del 25 de enero de 2017 y ha sido recientemente reiterado en Sentencia SL104 del 30 de enero de 2019 enunciando lo siguiente:

*“en aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la luz del actual criterio de esta Sala de Casación Laboral, debe decirse que no es posible que el intérprete de la norma acuda a cánones legales distantes, sin limitación alguna. Como lo ha señalado con claridad la jurisprudencia del Trabajo (CSJ SL4650-2017), tal figura se caracteriza por operar en tránsitos legislativos, con el fin de habilitar la aplicación de disposiciones inmediatamente anteriores al que se encuentra vigente al momento del evento o supuesto de hecho que da lugar a la prestación que se reclama.*

*(...) al verificar la situación objeto de estudio, en razón a que el afiliado falleció en pleno rigor de la Ley 797 de 2003, y la Sala de Casación Laboral ha entendido que la norma anterior es la Ley 100 de 1993, en su versión original.”*

Ahora bien, esta aplicación tampoco es absoluta, en la medida que la misma jurisprudencia ha establecido un límite temporal para su aplicación, entendiendo que se trata de una interpretación por vía de excepción y restrictiva, para garantizar las expectativas legítimas de los afiliados; sentando desde la providencia SL765 de 2018 y reiterando recientemente en sentencia SL264 de 2019 que *“según el actual criterio de esta Corporación, la condición más beneficiosa si tiene aplicación en relación con el cambio normativo de la Ley 100 de 1993 a la Ley 797 de 2003; sin embargo, no lo es de manera indefinida, sino que debe atenderse el requisito de temporalidad igualmente definido por la Corte, esto es, que opera siempre que el deceso del asegurado haya ocurrido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006”*.

En ese mismo sentido, la sentencia SL013 del 23 de enero de 2019 señaló que la Sala de Casación Laboral *“tiene adoctrinado que, por regla general, la norma llamada a regular la pensión de sobrevivientes es la vigente para la fecha del fallecimiento del pensionado o afiliado, pues no fue intención del legislador establecer regímenes de transición para esta clase de prestación. Del mismo modo, ha reiterado la jurisprudencia que en estos casos no es procedente la plusultractividad de la ley, por cuanto el principio de la condición más beneficiosa no habilita a quien no cumple los requisitos del ordenamiento jurídico que le es aplicable, a efectuar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores para ver cuál se ajusta de mejor manera a las circunstancias personales de cada asegurado.”*

Criterio que no ha sido modificado en el presente año, como puede verse en providencia SL379 del 12 de febrero de 2020 donde la Sala de Casación Laboral indica: *“respecto de la aplicación al principio de la condición más beneficiosa, acorde a los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, que es lo pretendido por el recurrente, basta reiterar el criterio consolidado de la Sala a este respecto, según el cual, resulta improcedente acudir a dicha normatividad en los casos en que el causante fallece en vigencia de la Ley 797 de 2003, toda vez que la preceptiva bajo la cual debe desarrollarse la contención, es la vigente al momento del fallecimiento, y en tal medida, no es dable realizar un recuento histórico de la norma”*.

Por lo tanto, no resulta jurídicamente admisible que causada la muerte en vigencia de una determinada normatividad, se aplique el principio de la condición más beneficiosa, para efectos de aplicar normas que no son las inmediatamente anteriores a la que por regla general rige la concesión del derecho; lo que en este caso pretende la parte demandante, pues como está demostrado la muerte del señor JORGE DAVID JAIMES, se dio en vigencia de la Ley 797 de 2003, pero no solicita la aplicación de la norma inmediatamente anterior, que sería la Ley 100 de 1993, sino las contenidas en el Acuerdo 049 de 1990.

Así, teniendo en cuenta que en el caso bajo estudio la norma aplicable es la Ley 797 de 2003, en la medida en que la muerte del afiliado ocurrió el 27 de agosto de 2003, se debe analizar su derecho conforme a los criterios esquematizados que la Sala de Casación Laboral reseñó en las sentencias citadas previamente, para la aplicación de condición más beneficiosa en el cambio normativo para verificar si cumplió requisitos conforme la redacción original de la ley 100 de 1993, que son

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.*
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.*
- d) Que al momento del fallecimiento estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso”*.

Según se observa en los tiempos de servicio acreditados, el señor NIÑO RIVEROS, prestó labores por última vez el 30 de octubre de 1994; es decir, que dentro del año inmediatamente anterior a su muerte, del periodo que va del 27 de agosto de 2002 al 27 de agosto de 2003, no cotizó ninguna semana, por lo que tampoco, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en virtud del principio de la condición más beneficiosa, según la cual resulta aplicable el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

En consideración a lo anterior, y al no satisfacer el requisito de semanas exigido por la norma para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y no ser aplicable el principio de la condición más beneficiosa, solo resta verificar si el afiliado fallecido dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, como reclama la parte vinculada en su apelación y que en efecto fue omitido por el *a quo* en su valoración; para lo cual, se tiene que si bien el actor tenía 47 años a la entrada vigencia de la ley 100 de 1993 y es beneficiario del régimen de transición, en los 20 años anteriores a su fallecimiento apenas cotizó 342.86 semanas y en toda su vida 749.29, las que resultan insuficientes para acceder a pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990 que exige 500 semanas en los 20 años anteriores a la edad o 1000 en todos los

tiempos.

Finalmente, sobre la aplicabilidad del precedente jurisprudencial de la condición más beneficiosa de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto del criterio imperante en las decisiones de la Corte Constitucional, se debe en primer lugar aclarar que no se trata en manera alguna de que existan dos precedentes contradictorios y excluyentes, sino que se corresponden al resultado de análisis e interpretaciones de las características propias de cada jurisdicción.

Sobre la vinculatoriedad de su precedente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia SL16967 del 18 de octubre de 2017 que *“la intelección dada por la Sala de Casación Laboral a las normas jurídicas, a través de sus sentencias, es la concreción de la principal función del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en la especialidad laboral, cual es la unificación de la jurisprudencia nacional; por tanto, corresponde a los jueces de instancia observar el precedente vertical, como garantía de decisiones coherentes frente a problemáticas jurídicas ya analizadas, en aras de preservar, no solo la solidez del ordenamiento jurídico, sino los derechos de los sujetos procesales, bajo el entendido de que los pronunciamientos de esta Corporación están orientados por los principios que rigen el derecho laboral y de la seguridad social.”*

Ante ello, conforme se expuso previamente, en materia de principio de la condición más beneficiosa en pensiones de sobreviviente la Sala de Casación Laboral aplica un estricto criterio que tiene en cuenta la intención del legislador al modificar los requisitos para acceder a una prestación que garantice la integridad del sistema general de seguridad social en pensiones, y que mantiene regímenes de transición o períodos de gracia para garantizar las expectativas legítimas sin perpetuarlas en el tiempo para no desnaturalizar el sentido de los cambios normativos.

Conclusiones que han sido reiteradas recientemente por la Sala de Casación Laboral en providencia SL2673 de 2022 que expuso:

*“es criterio reiterado de esta Corporación que la regla general es la de que la contingencia está cobijada por la norma de seguridad social vigente al momento de la ocurrencia del evento según la prestación pensional correspondiente, esto es, para la pensión de sobrevivientes, la que esté en vigor a la calenda de la muerte del afiliado o pensionado.*

*Cumple a ese propósito memorar que la Corte en sentencia CSJ SL, 11 jun. 2014, rad. 46780, sostuvo que «tal como lo tiene señalado la jurisprudencia de esta Sala, la regla general es que el derecho a la pensión de sobrevivientes debe ser dirimido a la luz de la normatividad vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado. (CSJ SL 10 Jun 2009, Rad. 36135; 1° Feb 2011, Rad. 42828; 23 Mar 2011, Rad. 39887; y 3 de May 2011, Rad. 37799, entre otras)».*

*Es claro que, además de ampararse el instituto jurídico del derecho adquirido, esta premisa respeta tanto el amplio margen de configuración que tiene sobre el sistema el Congreso de la República como las razones de necesidad, oportunidad y equidad que motivan la necesidad de un cambio legislativo.*

*Para atenuar de alguna manera los efectos de un cambio abrupto en las reglas de juego, dada una reforma legal, se estila en las leyes sociales implementar regímenes de transición. Ello, por cuanto los cambios legislativos en materia de derecho social, obedecen a la necesidad de ajustar los parámetros de acceso y en algunas ocasiones de reevaluar el alcance de los elementos esenciales del derecho en respuesta a los cambios económicos, sociales y aún culturales, de manera que, establecen requisitos más exigentes de acceso a las prestaciones. De esta manera, surge la justificación de establecer un régimen de transición, para lograr un tránsito armónico y pacífico que minimice las consecuencias que pudieran resultar*

tanto en la población que tenía una expectativa legítima, frente al acceso al derecho, como en el proveedor del derecho, en este caso el Estado, por ejemplo, en su necesidad de hacer sostenible financiera y económicamente el sistema de derechos prestacionales.

No obstante, lo anterior, en algunas ocasiones escapan al legislador ciertas consecuencias indeseables, por injustas e inequitativas, derivadas del tránsito legislativo, que ameritan, tanto desde el punto de vista constitucional como legal, la aplicación de los principios con vengero en el orden jurídico, como el de la condición más beneficiosa, para resolver el problema social que se ocasiona por la implementación del nuevo ordenamiento.

Esta Corporación ha estimado que el postulado de la condición más beneficiosa tiene las siguientes características:

- a) Es una excepción al principio de la retrospectividad.
- b) Opera en la sucesión o tránsito legislativo.
- c) Procede cuando se predica la aplicación de la normatividad inmediatamente anterior a la vigente al momento del siniestro.
- d) Entra en vigor solamente a falta de un régimen de transición, porque de existir tal régimen no habría controversia alguna originada por el cambio normativo, dado el mantenimiento de la ley antigua, total o parcialmente, y su coexistencia en el tiempo con la nueva.
- e) **Entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que, si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia – expectativas legítimas- habida cuenta que poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias que consagraba le ley derogada.**
- f) Respeto la confianza legítima de los destinatarios de la norma.

Entonces, la condición más beneficiosa es un mecanismo que: (i) busca minimizar la rigurosidad propia del principio de la aplicación general e inmediata de la ley; (ii) protege a un grupo poblacional con expectativa legítima, no con derecho adquirido, que goza de una situación jurídica concreta, cual es, la satisfacción de las semanas mínimas que exige la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubre la contingencia de la muerte, y (iii) al ser excepcional, su aplicación, necesariamente, es restringida y temporal.”

No obstante, esta apreciación ha sido estudiada por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación, SU-005 del 13 de febrero de 2018, y se ha señalado que “la interpretación adoptada por la Corte Suprema de Justicia no diferencia los sujetos, sino que hace una aplicación idéntica en todos los casos”, ante lo cual “debe existir una interpretación ponderada del principio de la condición más beneficiosa en los casos de pensión de sobrevivientes, para dar una mayor protección a aquellas personas que se encuentran en una situación de afectación intensa a sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, derivada de sus específicas condiciones”, proponiendo para ello un test de procedencia que permita identificar a los sujetos de esta protección especial, siempre desde la órbita de la subjetividad propia del control abstracto en sede de revisión.

Al respecto de la aplicabilidad de este precedente constitucional, la citada providencia SL2673 de 2022 expone:

“Ahora bien, sobre la fuerza vinculante del precedente constitucional, puntualmente la sentencia CC SU-005-2018, debe reiterarse la doctrina de esta Corporación, expuesta en sentencia CSJ SL184-2021, así:

### **1. La fuerza vinculante del precedente constitucional**

La Corte Constitucional ha definido el precedente judicial como aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico

*constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada al momento de resolver el asunto de su competencia.*

*Asimismo, ha precisado que un precedente tiene fuerza vinculante, puesto que, sin duda, la jurisprudencia es una fuente formal del derecho y la hermenéutica que elaboran las autoridades judiciales que poseen la facultad de unificarla y otorgarle comprensión a normas superiores, precisamente contribuye a determinar el alcance de disposiciones normativas y a desarrollar principios básicos del Estado constitucional, como el de seguridad jurídica; además, permite materializar el respeto de los principios de igualdad, supremacía de la Carta Política, debido proceso y confianza legítima (C-539-2011).*

*No obstante, también ha diferenciado entre las decisiones derivadas del control abstracto de constitucionalidad; es decir, aquellos fallos que determinan el contenido y alcance de la normativa superior y el precedente en vigor; esto es, el que deriva de las providencias de acciones de tutela.*

*El primero, tiene fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos erga omnes y su desconocimiento significa una trasgresión a la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335-2008 y C-539-2011); mientras que el segundo, aunque también tiene fuerza vinculante, le permite al juez apartarse de sus postulados siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU-611-2017).*

*En ese contexto, teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y su aplicación debe ser proporcional -a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos Superiores importantes para los individuos y la sociedad-, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, frente a los efectos inter partes y a la ratio decidendi de la sentencia SU-05-2018, se aparta de su contenido -deber de transparencia-, por las razones que se expone a continuación -deber de argumentación suficiente- (C-621-2015 y SU-354-2017).*

*A juicio de esta Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Así mismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y de retrospectividad.*

*Por otra parte, la aplicación ultractiva de normativas derogadas en una sucesión de tránsitos legislativos, afecta el principio de seguridad jurídica, pues genera incertidumbre sobre la disposición aplicable, en la medida en que el juez podría hacer un ejercicio histórico para definir la concesión del derecho pensional, con aquella que más se ajuste a los intereses del reclamante, en detrimento de los de carácter general, lo cual, según el criterio de la Sala, no es posible (...)*

*En síntesis, es preciso indicar, conforme al precedente citado que, no se trata de desconocer el principio de la condición más beneficiosa sino de delinear correctamente su campo de aplicación y actualizarlo conceptualmente bajo la égida del modelo constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad y la garantía de efectividad de los derechos fundamentales sociales.”*

Para resolver esta cuestión, esta Sala de Decisión ha venido manteniendo en aplicación el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto más allá de la obligatoriedad para el acatamiento del precedente vertical del órgano de cierre jurisdiccional por parte del juez a quo y esta Sala, al tiempo existe el deber de materializar los principios de orden constitucional que rigen el ordenamiento jurídico, lo que incluye imponer un criterio objetivo en la jurisdicción ordinaria que garantice la igualdad de condiciones para todos los sujetos y la resolución de casos similares bajo un mismo parámetro, que no puede ser otro al del

acatamiento de la legislación vigente al momento del fallecimiento y la garantía de un sistema general de pensiones con requisitos claramente determinados para sus afiliados, siendo en este caso que la muerte del causante ocurrió 10 años después de la anterior reforma legislativa en pensión de sobrevivientes, así como 9 años después de su última cotización, y mal podría considerarse que se le impuso a él y sus beneficiarios, un cambio abrupto que afectara sus expectativas legítimas o vulnerara sus derechos fundamentales pues durante ese lapso ya estaba vigente y era ampliamente conocida la reforma de la Ley 797 de 2003 que exigía 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento y tenía 10 años vigente la Ley 100 de 1993 que exigía 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, lo que descarta que exista una expectativa o confianza legítima que sea necesaria proteger.

De acuerdo con el análisis precedente la respuesta al problema jurídico es, que no les asiste a las demandantes, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada; por lo cual se CONFIRMARÁ, la sentencia apelada y se les condenará en costas de segunda instancia, a favor de COLPENSIONES, fijando como agencias en derecho el equivalente por cada una a medio salario mínimo mensual legal vigente.

#### **7. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:**

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 5 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a las apelantes. Fijar como agencias en derecho el equivalente por cada una a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de COLPENSIONES

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

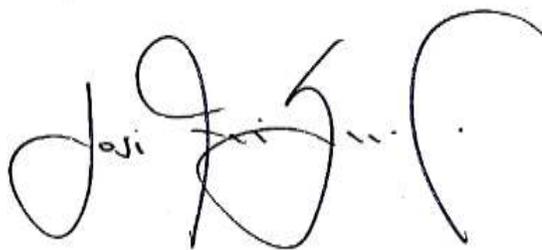
*Nidia Belen Quintero G.*

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES**  
Magistrada Ponente



**ELVER NARANJO**

Magistrado



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 108, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



---

Secretario



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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-002-2019-00440-01
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.888
<b>DEMANDANTE:</b>	MARTHA LUCÍA CORREA CÁCERES
<b>DEMANDADO:</b>	PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y 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, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 10 de mayo de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta.

**1. ANTECEDENTES**

La señora MARTHA LUCÍA CORREA CÁCERES interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A, solicitando que se declare la nulidad absoluta e ineficacia de la afiliación y traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por no habersele suministrado la información en debida forma y se disponga el retorno de sus aportes, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos e intereses con rendimientos que se hubieren causado de PROTECCIÓN S.A. hacia COLPENSIONES.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que nació el 3 de febrero de 1964 y se afilió al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL el 18 de abril de 1983; pero en marzo de 1993 mantuvo una charla informal y rápida con un asesor del fondo privado COLPATRIA, quien le vendió la idea de que el I.S.S. se iba a liquidar y debía trasladarse a un privado donde se podía pensionar a cualquier edad con una mayor mesada o la devolución de todo el dinero.

- Que por la inoportuna e insuficiente asesoría de COLPATRIA S.A., fue inducida a error por el promotor y efectuó el cambio de afiliación del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; sin conocer la determinación de condiciones para el disfrute de la pensión o proyecciones sobre el monto en cada régimen.

- Que el 1 de julio de 199 se trasladó al fondo HORIZONTE S.A., donde nuevamente fue persuadida con argumentos insuficientes sobre beneficios y prebendas inexistentes en el régimen de prima media, incurriendo en engaños y falta de instrucción para inducir a error, lo que sucedió nuevamente al trasladarse a PROTECCIÓN.

- Que ha solicitado a las entidades la nulidad de traslado, pero ha sido negada.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación inicial al I.S.S. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan ya que son circunstancias que deben ser probadas por cuanto no tuvo intervención alguna en la información que pudo haber suministrado otra administradora a la actora .

- Que se atiene a las resultas 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 de la actora 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 en virtud de que la actora se encuentra a menos de 10 años para pensionarse.

- 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 las que mujeres de 42 años o más y los hombres de 47 años o mas 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 2016 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.

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

- Que los hechos manifestados no le constan, deben probarse y las pretensiones de la demanda deben negarse, advirtiendo que la Administradora realiza exhaustivos procesos de capacitación y formación a sus funcionarios en relación con el funcionamiento del Sistema General de Pensiones y las prestaciones que el mismo otorga, para que se atienda de manera eficiente y oportuna a los afiliados actuales y potenciales.

- Que el traslado del régimen del RPM al RAIS, se realizó conforme a derecho 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; advirtiendo que en todo caso se debe aplicar el artículo 1746 del código civil, para que se restituyan las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; y en el caso de las restituciones mutuas que hayan de hacerse, cada cual será responsable de las pérdidas, intereses y abonos correspondientes. Solicitando que conforme a providencia S062 de 2010 debe existir *equivalencia* entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente.

- Que al existir un traslado entre fondos del RAIS, se suscitaron actos son de relacionamiento que dejan claro que el afiliado desea continuar en dicho régimen, pues 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 al momento de realizarse la afiliación o traslado a PORVENIR. NO existía disposición en la ley 100 de 1993, que regulara expresamente la forma en que se debía dar asesoría para el cambio de régimen. Asunto que vino a ser regulado con la expedición de la Ley 1328/2009, que en su artículo 48 modificatorio de la Ley 100 de 1993 estableció que *“la Administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permita la adopción de decisiones informadas”*.

- Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, buena fe, pago, prescripción e innominada.

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

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora y que se negó solicitud de nulidad interpuesta. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan, por tratarse algunos de hechos ajenos a PROTECCIÓN y que en todo caso la entidad previo a realizar cualquier afiliación, ofrece una asesoría profesional y transparente, con ejecutivos comerciales capacitados profundamente en el sistema general de pensiones.

- Que se opone a las pretensiones y esa AFP para proceder al reconocimiento del traslado está sometida al imperio de la ley y solo puede reconocer prestaciones respaldadas por los presupuestos legales. Que la afiliación a esa 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. Resaltó que no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen del demandante; advirtiendo que este tomó una decisión informada y consciente, por lo que suscribió el formulario de vinculación con pleno conocimiento y consentimiento.

- 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 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 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 10 de mayo 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 Martha Lucia Correa Cacaré, a la Administradora de Fondos de Pensiones Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., suscrita, el día 18 de enero de 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar, que para, todos los efectos legales, el traslado, al régimen de ahorro individual, con solidaridad, no surtió efecto.*

***SEGUNDO: ORDENAR,** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a devolver, al régimen de prima media, todos los valores, que hubiera recibido, con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, de la aseguradora, con todos sus frutos, e intereses, como lo dispone el artículo 1746, del Código Civil. Esto es, con los rendimientos, que se hubieren causado, a partir 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 Martha Lucia Correa Cáceres, del régimen de ahorro individual, al régimen de prima media con prestación definida.*

***CUARTO: CONDENAR,** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a asumir, los deterioros sufridos, por el bien administrado, en caso que se hubieren causado, esto es las mermas sufridas, en el capital destinado, a la financiación de la pensión, 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 por su propio patrimonio, siguiendo las reglas del artículo 963 del Código Civil.*

***QUINTO: CONDENAR,** en costas, a la parte demandada Protección S.A., fijando como Agencias en Derecho, en favor de la parte demandante, la suma de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.*

***SEXTO:** Remitir el expediente a la oficina judicial para que se surta el grado jurisdiccional de consulto teniendo en cuenta que se emite una decisión en contra de los intereses de Colpensiones SA de conformidad con el artículo 69 del C.P.L Y S.S.”*

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

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

- Que se relevó del debate probatorio el hecho de que el demandante se afilió inicialmente al Instituto de Seguro Social a partir del mes de abril de 1983, al cual

se encontró afiliado hasta febrero de 1999, momento en que se dio su traslado de régimen pensional a través de la Administradora de Fondos de Pensiones COLPATRIA S.A., hoy PROVENIR S.A., e igualmente, que la actora al interior del RAIS solicitó su traslado a PROTECCIÓN S.A. en el mes de diciembre de 1999, en donde se encuentra afiliado.

- 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 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 para que el demandante pudiera escoger las mejores opciones del Sistema General de Seguridad Social en pensiones, por lo que resuelve dejar sin efectos las afiliaciones al RAIS y las subsiguientes que se hayan efectuado.

- 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, 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 una indebida información al momento de una afiliación o de un 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.

- 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.

- 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 febrero de 1999, 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 de la actora a través de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLPATRIA, del día 18 de enero de 1999, el cual aceptan las partes fue suscrito dejándose plasmado que el traslado de régimen era de manera voluntaria, lo que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio allegado y se tiene que PORVENIR 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 PORVENIR S.A. únicamente allegó pruebas documentales que dan cuenta de los aportes efectuados por el demandante durante el tiempo que duró afiliado a esa entidad previo a su traslado a PROTECCIÓN S.A., y del movimiento de su cuenta de ahorro individual, sin embargo, con estas documentales no se demuestra que PORVENIR S.A., antes COLPATRIA S.A., suministró 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 respecto al cambio de régimen pensional, y el interrogatorio de parte absuelto por el demandante no logró el cometido de la confesión, pues de allí se sustrae que a la actora solamente se le suministró información relacionada con las ventajas del RAIS y no se le informó sobre las desventajas para que pudiera tomar la mejor opción para sus intereses, por lo que en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba, como de la negación indefinida realizada por el no suministro de información, le correspondía a la entidad a la que se le indilga, en este caso PORVENIR S.A., acreditar en juicio el cumplimiento de los requisitos impuestos por 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. También expresó que las providencias citadas por PORVENIR S.A. para advertir la validez del traslado respecto a los actos de relacionamiento han sido proferidas por la Sala de Descongestión de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y con posterioridad han perdido vigencia y se ha decretado su nulidad por ir en contra del precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- 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 del 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 y de acuerdo a la sentencia SL5686 del año 2.021 en donde se ha advertido que inclusive estos valores deberán reconocerse de manera indexada.

- Que de acuerdo con la jurisprudencia citada el traslado del régimen es uno solo y si resulta nula o ineficaz la primera afiliación que marca el traslado de régimen, las afiliaciones posteriores no convalidan la actuación viciada, ni ratifican el cambio de régimen que ocurrió por el engaño o la desinformación y quedarán sin valor.

- 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, porque al momento de admitirse la demanda ya había cumplido la edad requerida para pensionarse.

- 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 a la actora.

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

- Reiteró la excepción de prescripción y la buena fe con que ha actuado permanentemente COLPENSIONES.

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

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

- Que se revoque la sentencia teniendo en cuenta que no es procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más no los rendimientos financieros generados porque son producto de la buena fe y gestión de su representada.

- Que no es procedente trasladar lo concerniente a lo descontado 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, por lo que esa entidad está imposibilitada para recobrarlo y se da la inexistencia de la obligación de devolver esos conceptos.

- Que solo sea ordenada la devolución de los aportes mas no los rendimientos, por lo que no puede desconocerse que todo lo que ganó la cuenta de ahorro

individual fue producto de esos rendimientos, el buen trabajo y las buenas gestiones de su representada.

### **3.3 De la parte demandada PORVENIR**

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

- Que la sentencia se debe revocar haciendo énfasis a las condenas del numeral 4 y 5, señalando que de acuerdo al inciso final del artículo 964 del Código Civil, como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración, así como las 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 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 ya prestó su servicio, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

- 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 frente 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 el patrimonio de su representada y se aumentaría de forma injusta el patrimonio de COLPENSIONES, y es deber de la judicatura velar por la protección patrimonial de las instituciones que conforman el sistema de seguridad social.

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

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

## **5. ALEGATOS**

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

- **PARTE DEMANDANTE:** El apoderado de la parte demandante solicita que acorde a las pruebas recaudadas se confirme el fallo de primera instancia que ordenó la nulidad e ineficacia del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual; en la medida que está viciado por no haberse suministrado la doble asesoría o un suficiente consentimiento informado; acorde a las diferentes sentencias que se han proferido en esta materia.

- **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.

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada, manifestando que la afiliación se efectuó libre de presiones, de manera voluntaria y espontánea, acorde con los principios de libertad de la Ley 100 de 1.993, como lo afirma el texto del formulario de afiliación.

Que cuando se realizó el traslado del RPMP al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2.008, que para esa época se encontraban vigentes las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 97 del Decreto 663 de 1.993 literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1.993 en su versión original y el artículo 1. ° del Decreto 1161 de 1.994, disposiciones que establecían obligaciones de dar información acerca de los traslados, pero eran unas obligaciones de carácter genéricas o abstractas, que no establecían unos mínimos o unos máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se había producido el traslado en debida forma. Que el artículo 11 del Decreto 692 del 94 estableció como prueba única la suscripción de un formulario de afiliación y ese mismo decreto determinó su contenido, el cual era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

## **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 MARTHA LUCÍA CORREA CÁCERES del RPMPD al RAIS realizado a través de la A.F.P. COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿si esto a su vez deja sin efecto las subsiguientes afiliaciones que la actora hizo dentro del RAIS a administradoras de fondos de pensiones y ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?.

## **8. CONSIDERACIONES**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora MARTHA LUCÍA CORREA CÁCERES 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 COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR 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 la actora hizo al RAIS, con sus frutos e intereses, debiendo asumir PORVENIR S.A. 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 al momento de admitirse la demanda ya había cumplido la edad requerida para pensionarse y que 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 la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más todos los rendimientos financieros generados y tampoco lo descontado por seguro previsional, porque los rendimientos son producto de la buena fe y gestión de su representada, y el porcentaje de seguro previsional fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio quien es un tercero de buena fe.

Por su parte PORVENIR S.A. alego que la sentencia se debe revocar pues se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones, 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., antes COLPATRIA S.A.; pues argumenta el demandante que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, 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 RPMPD el 18 de abril de 1985 y que se trasladó del régimen mencionado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 1 de febrero de 1999, mediante afiliación a COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., y posteriormente, en razón a la engañosa, ineficiente y no verídica asesoría que lo indujo a error. También expresó que el 1 de agosto de 2019 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando traslado y cambio de régimen. Así mismo, que el 21 de mayo de 2019 presentó reclamación ante PROTECCIÓN S.A., solicitando la entrega de la totalidad de pruebas obrantes en su carpeta pensional, incluyendo la documental relacionada con el traslado a ese fondo.

Del expediente se puede evidenciar que la actora estuvo inicialmente afiliado al RPMPD desde el 18 de abril de 1985; que mediante formulario 0185337 del 18 de enero de 1999 se trasladó de régimen pensional a través de su afiliación a la A.F.P. COLPATRIA S.A. y posteriormente dentro del RAIS realizó traslado entre Administradoras de Fondos de Pensiones a PROTECCIÓN según formularios de solicitud de vinculación, afiliación o traslado que reposan en el expediente,

encontrándose con afiliación activa en la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. al momento de presentar la demanda.

Lo primero a destacar, es que la administradora de fondo de pensiones COLPATRIA S.A. conforma hoy la A.F.P. PORVENIR S.A.<sup>1</sup>; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva en cuanto a esta entidad.

Se resalta que en el expediente reposa el formulario de solicitud de afiliación y traslado al Fondo de Pensiones COLPATRIA con fecha de radicación 18 de enero de 1999 que fue suscrito por el demandante y 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 MARTHA LUCÍA CORREA CÁCERES, 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, 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.

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si COLPATRIA, 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 enero de 1999 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 anterior, en su momento COLPATRIA, 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, 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 MARTHA LUCÍA CORREA CÁCERES, 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*

---

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

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961>;

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

*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 de los recursos de apelación de las demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a PORVENIR S.A., 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 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 de la actora, se ha concluido que COLPATRIA, hoy PORVENIR 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 1.999, 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 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...”.

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, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán 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.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A., 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).**»*

Respecto de lo señalado en la parte resolutive sobre que corresponde “a Porvenir S.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”; la jurisprudencia citada ha sido enfática al indicar que estos deben ser asumidos por **todas** las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora.

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a las AFP demandadas, les 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 la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

En consecuencia, se modificará lo resuelto en el numeral cuarto de la providencia apelada y se condenará a las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliada la actora a cada una de estas.

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 por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, las AFP están llamadas a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior, además, 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 1.999 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 a los actos de relacionamiento, teniendo en cuenta que en el presente caso la actora dentro del RAIS realizó varios traslados a diferentes fondos de pensiones, es importante traer a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2877 de 2.020 a través de la cual cita el pronunciamiento realizado por

esa misma corporación en el rad. 31989 del 09 sep. 2.008, en el que precisó: “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”.

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Descongestión Laboral, en sentencia SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, MP. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en donde se precisó lo siguiente:

*“Ahora, cabe puntualizar, que en este juicio la voluntad del demandante de cambiarse de régimen, no se ratifica con los cambios que el actor posteriormente hubiese efectuado en el RAIS con diferentes Fondos, ni siquiera si la última AFP Porvenir S.A. le brindó alguna información, dado que lo que produce la ineficacia del traslado es la actuación de la primera AFP Colfondos, que implica que deben «retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido», incluyendo lo referente a cualquier traslado entre Fondos, tal como se expuso en las decisiones CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.*

*Ineficacia que, conforme a la aludida decisión CSJ SL1689-2019, implica que «desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis».*

*Es decir, que la ineficacia envuelve o consiste en estimar que el acto no se celebró y, por consiguiente, no puede producir efectos, en la medida que fue realizado en contravención a los mandatos legales y obviando los requisitos y presupuestos establecidos.*

*En ese orden de ideas, la falta de información no se subsana por los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.”*

Al declararse para el presente caso la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, esta Sala acoge la postura adoptada en las sentencias SL 2877 de 2.020 y SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, por lo tanto, las cosas deben volver a su estado anterior y no se reconocen los distintos traslados entre fondos de pensiones que la actora realizó al interior del RAIS como actos de relacionamiento.

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 en primera instancia se condenó a PORVENIR S.A., quien 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 modificará el numeral cuarto de la decisión recurrida y deberá confirmar en los demás aspectos la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 10 de mayo 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: Modificar** el numeral cuarto de la providencia apelada, en el sentido de condenar a las A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por

gastos de administración y demás conceptos establecidos en la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliado la actora a cada una de estas.

**SEGUNDO: Confirmar** en los demás aspectos la sentencia de fecha del 10 de mayo 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.

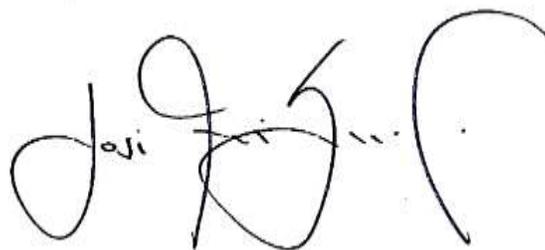
**TERCERO: Condenar en costas** de segunda instancia a la parte demandada PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

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. 108, fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8  
a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-002-2020-00335-01
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.909
<b>DEMANDANTE:</b>	SANDRA REYES PARADA
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
<b>LLAMADO GARANTÍA:</b>	<b>EN</b> MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS 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 la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así como del grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 27 de mayo de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

**1. ANTECEDENTES**

La señora SANDRA REYES PARADA interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., solicitando que se declare la nulidad absoluta e ineficacia del traslado y afiliación al RAIS y como consecuencia se ordene su retorno al RPMPD, así como el traslado a COLPENSIONES por parte de la AFP PORVENIR S.A., de todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que afilió a la Administradora de Régimen de Prima Media con prestación definida a través de la entidad **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES** el día 11 de diciembre de 1985.

- Que el de abril de 1996 un promotor del Fondo de pensiones PORVENIR con argumentos de la inminente liquidación del ISS presentó la afiliación al **FONDO DE PENSIONES PORVENIR** como la mejor opción para pensionarse a cualquier edad, ganando dividendos y rendimientos que no ofrecía el ISS, sin explicar las realidades del cambio de fondo, de manera que fue captada en el nuevo sistema pensional inducida a error por parte del promotor que no verificó una comprensión suficiente y real de su consentimiento pues no le brindó asesoría sobre las características de ambos regímenes, ni proyectó la mesada y equivalencia entre ambos sistemas.

- Que entonces el traslado de régimen no estuvo precedido por explicaciones y proyecciones claras y precisas de lo que significaba tal traslado, ni de las ventajas y

desventajas que el traslado generaba, por lo que el consentimiento no estuvo conformado por explicación e información suficiente, solicitando ahora el traslado al RPM pero este le ha sido negado.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, su edad, las semanas cotizadas y que solicitó a esa entidad el traslado de régimen y le fue negado. Sobre los demás hechos manifestó que no le constan y que hay circunstancias susceptibles de la fijación del litigio, por cuanto son circunstancias fáctica y jurídicas ajenas.

- Que se opone a las pretensiones por cuanto la actora no puede desconocer su traslado voluntario y sin presiones al RAIS desde abril de 1996, pues la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, debe ser un acto libre, consciente y voluntario del trabajador, de manera que si existió algún vicio del consentimiento debe demostrarse como sería la inducción a error por insuficiencia de información. Que la carga de la prueba radica en cabeza de la actora y que su firma obra en el formulario de afiliación como constancia de su voluntad.

- Que la eventual afiliación de la demandante al RPMPD y el traslado de aportes a este régimen depende de la decisión judicial favorable que previamente obtenga respecto a la declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS y que la demanda impetrada se debe a hechos ajenos a esa entidad, por lo tanto, no puede ser acreedora a costas procesales.

- Que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia **sin atender las situaciones particulares de cada caso**, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento, lo que desconoce el principio general de la carga de la prueba.

- Que esa entidad se ajusta plenamente a la Ley en todas las actuaciones administrativas y no es dable desconocer por vía de jurisprudencia reglas legales claras sobre prestaciones y obligaciones de las entidades de seguridad social.

- Propuso las excepciones de mérito: buena fe, inexistencia de la obligación demandada, falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido, legalidad de los actos administrativos, inoponibilidad de responsabilidad, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de condena en costas, prescripción y genérica.

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

- Que no le constan los hechos pues deben probarse, alegando que el formulario de afiliación o traslado suscrito por la demandante, deja constancia de que el traslado se realizó conforme a las normas vigentes para época de celebración de este acto jurídico y que la demandante se le dio una debida asesoría conforme con las normas vigentes para la época del traslado, las cuales no preveía la obligación de realizar proyecciones.

- Que los vicios del consentimiento reglados en el código civil deben demostrarse, pero la parte demandante no realizada esfuerzo argumentativo y probatorio alguno para establecer qué clase de error se alega, ni la entidad del mismo, para poder determinar si tiene la virtualidad de anular el consentimiento y las documentales por el contrario evidencian la actora suscribió el formulario bajo gravedad de juramento dejando constancia de una decisión libre, espontánea y sin presiones.

- Que al momento de realizarse la afiliación o traslado a esa entidad, 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.

- Que debe considerar el despacho que la demandante después de muchos años demanda la nulidad de su traslado, cuando durante ese lapso, ya existía información decantada y accesible al público en general acerca de las diferencias e implicaciones

de los regímenes pensionales de la Ley 100 de 1993, y dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y además, se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen, del art. 2 de la ley 797/2003, pues se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, lo que evidencia conformismo o en el peor de los casos, desidia sobre el asunto, no puede ahora alegar su propia torpeza.

- Que la 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 les 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 y esto no es aplicable a la actora.

- 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 evento de acceder a las suplicas de la demanda debe considerarse que de conformidad con la sentencia SU62/2010 y el Decreto 3995/2008, 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, prescripción y la innominada o genérica.

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

- Que no le consta ningún hecho porque no existe en los archivos de la entidad..

- Que se opone a las pretensiones y esa AFP para proceder al reconocimiento del traslado está sometida al imperio de la ley y solo puede reconocer prestaciones respaldadas por los presupuestos legales. Que la afiliación a esa 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 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 la afiliación 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.

La demandada AFP SKANDIA al contestar la demanda, a través de apoderada judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos no atribuibles a esa entidad, indicando que la señora SANDRA REYES PRADA estuvo afiliada a SKANDIA S.A. dentro del periodo comprendido entre 01 de mayo de 2015 y el 31 de mayo de 2017, en virtud de la libre y voluntaria suscripción de formulario de afiliación el día 19 de marzo de 2015, tras haber sido debidamente asesorada e informada sobre todas las características,

condiciones particulares y prerrogativas del régimen y la administradora, pero luego se trasladó en mayo de 2017 a PORVENIR S.A.

- Que no se opone ni allana a las pretensiones porque están dirigidas a PORVENIR y no tiene participación alguna, advirtiendo que desde el 11 de julio de 2017 trasladó los aportes de la actora a esa entidad y no hay lugar a condenas en su contra.

- Que los asesores comerciales son debidamente capacitados, en aras de que puedan otorgar a posibles clientes un completa asesoría acerca de los servicios que ofrece, las condiciones, ventajas, desventajas y las modalidades pensionales existentes en el RAIS, brindando información clara y completa a quienes deseen pertenecer al mismo, sin valerse de información engañosa y ventajosa con la que pueda verse afectado la afiliada;

- Que la afiliación es única y voluntaria, además es deber legal de las empresas administradoras de pensiones afiliar y admitir a quién de manera voluntaria lo solicite, por lo tanto, no se puede hablar de error de falta de información, ni vulneración a la libre escogencia de régimen, cuando realizó múltiples traslados entre AFP. Que, si la decisión de la demandante varió y encuentra motivaciones distintas para tratar de cambiar de régimen, no se puede invocar y desconocer su propia decisión, para solicitar la ineficacia de un acto jurídico que realizó con pleno conocimiento.

- Que la actora ha estado vinculada por más de 26 años al régimen de ahorro individual, con movilidad entre diferentes administradoras y ello denota una cierta conformidad o convencimiento de sus características; igualmente, no hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación manifestando por escrito su decisión en ese sentido dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de su vinculación según el Decreto 1161 de 1994.

- Propuso como excepciones de mérito: falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la pretensión del traslado de aportes, cumplimiento de sus obligaciones propias, validez de la afiliación, inviabilidad de traslado al régimen de prima media, inexistencia de la obligación, falta de presupuestos de la ineficacia, falta de título y causa, inexistencia de la obligación de devolver seguro previsional, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe e innominada..

La demandada SKANDIA S.A. solicitó citar al proceso mediante llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., que a través de apoderada judicial manifestó:

- Que no le constan los hechos de la demanda y señala sobre las pretensiones que sus efectos y gestiones no están dirigidas o se extienden a esa entidad por lo que no es posible oponerse, advirtiendo que la actora ya no está afiliada a la AFP que los convoca en garantía.

- Propuso como excepciones de mérito a la demanda: inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción y la innominada

- Se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía porque los actos contrarios a derecho ejecutados por un tercero sin los requisitos establecidos por ley, no pueden ser trasladados a esa entidad recibió de buena fe el pago de la prima.

- Propuso como excepciones de mérito ante el llamamiento en garantía: inexistencia de cobertura, inexistencia de siniestro y de obligación indicando que las pólizas solo están llamadas a completar el capital necesario para cubrir el monto de la pensión de sobrevivientes o invalidez, contingencias que no son invocadas en este asunto. Así mismo que no es susceptible ordenarle devolución de primas devengadas.

## **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 demandante, las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., y la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contra la Sentencia del 27 de mayo 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 Sandra Reyes Parada, a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., suscrita, el 6 de abril del año 1996, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que, para todos los efectos legales, el traslado del régimen de ahorro individual, con solidaridad, no surte efecto..*

*SEGUNDO: **CONDENAR**, a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., a devolver al sistema del régimen de prima media, con prestación definida, todos los valores, que hubiera recibido, con motivo de la afiliación, de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, de la aseguradora, 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, del régimen de prima media, con prestación definida, administrado por Colpensiones.*

*TERCERO: **ORDENAR**, a la Administradora Colombiana de Pensiones. Colpensiones, una vez, la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir s.a., de cumplimiento, a lo aquí ordenado, proceda a aceptar, el traslado de la señora Sandra Reyes Parada, del régimen de ahorro individual, al régimen de prima media, con prestación definida.*

*CUARTO: **CONDENAR**, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a, asumir, los deterioros, sufridos, por el bien administrado, en caso que se hubiere causado. Esto es las mermas sufridas, en el capital destinado, a la administradora de vejez, por los gastos de administración, y demás conceptos, establecidos en el artículo 2017 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.*

*QUINTO: **DECLARAR**, probadas, las excepciones de mérito, de falta de legitimación, por pasiva y buena fe, planteadas por las entidades demandadas Protección S.A., Skandia S.A., En consecuencia, absolver a estas entidades, de las pretensiones incoadas, en su contra. Así mismo absolver a Mapfre Colombia Seguros de Vida S.A. Del llamamiento en garantía, efectuado al interior del presente proceso.*

*SEXTO: **CONDENAR**, en costas, a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., fijando como Agencia en Derecho, en favor de la parte demandante, la suma de Un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.*

*SEPTIMO: Remitir el expediente a la oficina judicial para que se surta el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.L Y S.S.”*

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

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

- Que se relevó del debate probatorio el hecho de que la demandante inicialmente se afilió al ISS a partir de diciembre de 1985; que en abril de 1996 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A.; que al interior de dicho régimen efectuó múltiples traslados entre administradoras de fondos de pensiones: en septiembre de 2007 a PROTECCIÓN, en octubre de 2009 a PORVENIR, en abril de 2015 a SKANDIA y en mayo de 2017 a PORVENIR, en la cual se encuentra actualmente afiliada.

- Que el litigio se fijó en determinar si a la demandante le asiste el derecho al retorno del RAIS administrado por PORVENIR S.A., al RPMPD administrado por COLPENSIONES, para lo que se entra a determinar si el traslado que se produjo entre regímenes surtió efecto o por el contrario debe ser declarado ineficaz, inexistente o nulo, y de ser procedente, determinar cuál es la entidad obligada a responder respecto a la pretensiones de la demanda y si corresponde a SKANDIA S.A. hay lugar a analizar el llamamiento en garantía.

- Indicó que ese despacho sostiene una tesis positiva de 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 para que la 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, 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 jurídica por existir un vicio en el consentimiento, o la indebida información o ausencia de esta al momento de una afiliación o de un traslado entre regímenes pensionales, es la ineficacia, como se señala en la sentencia SL 4360 de 2.019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

- 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 de carácter previsional, a partir del cual los afiliados al Sistema de Seguridad Social 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 de Casación 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 entre regímenes pensionales se efectuó por la demandante en el mes de octubre de 1.994, se analiza 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 a PORVENIR de fecha de abril de 1996, suscrito por la demandante, el cual aceptan las partes fue suscrito dejándose plasmado que el traslado de régimen era de manera libre y voluntaria; lo que no se encuentra debidamente acreditado con el acervo probatorio allegado es que PORVENIR S.A. suministrara 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 PORVENIR S.A. únicamente allegó pruebas documentales que dan cuenta de los aportes efectuados por la demandante y el movimiento individual de los mismos, sin embargo, con estas documentales no se demuestra que suministró 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 respecto al traslado. Que en virtud de la carga dinámica de la prueba según lo reglado en el artículo 167 del CGP y la jurisprudencia, correspondía a PORVENIR S.A. acreditar que brindó la información necesaria en el momento del traslado a la demandante.

- 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.

- Que de acuerdo con la jurisprudencia citada el traslado del régimen es uno solo y si resulta nula o ineficaz la primera afiliación que marca el traslado de régimen, las afiliaciones posteriores no convalidan la actuación viciada, ni ratificación el cambio de régimen que ocurrió por el engaño o la desinformación y quedarán sin valor.

- 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 del accionante al RPMPD en su estado original, se emiten las ordenes correspondientes para la devolución de todos los aportes que hubiere recibido PORVENIR S.A. 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 por los gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la Ley 100 de 1.993, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del artículo 963 del C.C., inclusive de manera indexada, conforme a la sentencia SL5686 del año 2.021 que complementa la línea jurisprudencial establecida a partir de la sentencia hito 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 demandada COLPENSIONES:**

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

- Que los hechos alegados en la demanda no son atribuibles a la entidad y debieron ser demostrados para poder acceder a las pretensiones de ineficacia y nulidad del traslado de régimen de la actora.

- 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 a la actora.

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

- Reiteró la excepción de prescripción.

### **3.3 De la demandada PORVENIR:**

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

- Que reitera lo expresado en los alegatos frente a la ineficacia y que la sentencia se debe revocar haciendo énfasis a las condenas del numeral 2 y 4, señalando que de acuerdo al inciso final del artículo 964 del Código Civil, como fondo, por su actividad generó los rendimientos o frutos que se ordenan restituir y se le deben reconocer los gastos de administración, así como las 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 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 ya prestó su servicio, lo que no se puede retrotraer, máxime cuando son terceros ajenos al proceso.

- 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, esa AFP 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 frente 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 el patrimonio de su representada y se aumentaría de forma injusta el patrimonio de COLPENSIONES, y es deber de la judicatura velar por la protección patrimonial de las instituciones que conforman el sistema de seguridad social.

## **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 demandante SANDRA REYES PRADA solicita que se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia, manifestando que guarda sustento legal por estar conforme al precedente jurisprudencial que insisten en desatender las demandadas a pesar de no haber demostrado el cumplimiento de sus obligaciones.

• **PARTE DEMANDADA**

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a esa entidad de las pretensiones de la demandante, manifestando que no está llamada a aceptar el traslado de la actora, teniendo en cuenta que esa entidad ha actuado conforme a las normas legales vigentes y por vía administrativa no lo pudo reconocer en virtud de la falta de requisitos legales, por cuanto el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez.

Que le corresponde a la AFP PORVENIR S.A, probar que la información que brindó a la actora al momento de afiliarla y del cambio de régimen, fue idónea y suficiente para que la decisión de traslado fuera libre de vicios. Que esa administradora no intervino en el momento en que se brindó información a la demandante, quien, de manera libre, voluntaria y reiterativa, tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión.

Que la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe, como lo es esa entidad, figura que constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que para el caso se consolida por el tiempo en que los afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, lo que tiene alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

También solicita que en el evento que se considere que existieron las causales para la ineficacia o nulidad del traslado, se revise el estado actual del demandante y si se encuentra en condición de pensionado, toda vez que ya supero la edad establecida para obtener la pensión de jubilación, puesto que no se puede retrotraer el estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, esto en virtud a la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en exposición de la Magistrada Ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Reiteró que se tenga en cuenta la excepción de prescripción e indicó que se opone a la condena en costas, ya que la entidad actuó siempre con la creencia de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas.

El apoderado de la demandada **PORVENIR** solicita que 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, el cual no tiene carácter de gratuidad. Que la condena en costas no se ajusta a derecho pues esa entidad no incurrió en falta alguna.

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada, manifestando que la afiliación se efectuó libre de presiones, de manera voluntaria y espontánea, acorde con los principios de libertad de la Ley 100 de 1.993, como lo afirma el texto del formulario de afiliación.

Que el funcionamiento del RAIS esta reglado en la ley y no puede alegarse desconocimiento según el artículo 9. ° del Código Civil, para afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información.

Que cuando se realizó el traslado del RPMP al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige desde el año 2.008, que para esa época se encontraban vigentes las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 97 del Decreto 663 de 1.993 literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1.993 en su versión original y el artículo 1. ° del Decreto 1161 de 1.994, disposiciones que establecían obligaciones de dar información acerca de los traslados, pero eran unas obligaciones de carácter genéricas o abstractas, que no establecían unos mínimos o unos máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se había producido el traslado en debida forma. Que el artículo 11 del Decreto 692 del 94 estableció como prueba única la suscripción de un formulario de afiliación y ese mismo decreto determinó su contenido, el cual era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

El apoderado judicial de **SKANDIA** solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia y no se impongan condenas adicionales a su mandante. Manifestó que no es factible desconocer que la actora válidamente suscribió formulario de afiliación con su representada haciendo uso del derecho a la libre elección de régimen, bajo su mera liberalidad y voluntad, exenta de cualquier apremio o engaño que pudiera ser inducido por el personal de SKANDIA S.A., contrario a ello, lo que se evidencia es la falta de diligencia y auto información de cara a su expectativa pensional.

Que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL3752-2020 del 15 de septiembre de 2.020 y SL4934-2020 del 07 de diciembre de 2.020, sentaron una nueva postura respecto a los medios y/o elementos de convencimiento con los que cuenta en Juzgador para decidir sobre la pretensión de ineficacia de afiliación, denominados por el Tribunal de cierre como “actos de relacionamiento” y “traslado horizontal”, circunstancias que dan cuenta de la voluntad de permanencia, y que en el caso en concreto se ven inmersas.

## **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 SANDRA REYES PARADA del RPMPD al RAIS realizado a través de la A.F.P. PORVENIR S.A.?, de ser procedente, ¿si esto a su vez deja sin efecto las subsiguientes afiliaciones que la actora hizo dentro del RAIS a administradoras de fondos de pensiones? y ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

## **8. CONSIDERACIONES**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora SANDRA REYES PARADA 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., 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 PORVENIR S.A. las mermas que haya sufrido dicho capital y es la entidad que se condena en costas.

Conclusión a la que se opone COLPENSIONES se opone por estimar que la actora tenía capacidad para decidir su traslado, ya cumplió la edad requerida para pensionarse y no es posible imponer esta consecuencia porque se genera una descapitalización del RPMPD.

Por otra parte, PORVENIR S.A. advierte que no es procedente devolver la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más todos los rendimientos financieros generados y tampoco lo descontado por seguro previsional, porque los rendimientos son producto de la buena fe y gestión de su representada, y el porcentaje de seguro previsional fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio quien 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 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 al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, 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 cotizó al RPMPD desde diciembre de 1985 y en mayo de 1.994 se trasladó a PORVENIR S.A., lo que hizo firmando el formulario de afiliación a esa entidad, sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia. Que posteriormente se trasladó dentro del RAIS a otros fondos de pensiones y nunca le brindaron asesoría.

Del expediente se puede evidenciar que la actora estuvo inicialmente afiliada al RPMPD desde el 11 de diciembre de 1985 al antiguo I.S.S.; que desde mayo de 1.994 se trasladó de régimen pensional a través de su afiliación a la A.F.P. PORVENIR S.A. y posteriormente dentro del RAIS realizó varios traslados entre Administradoras de Fondos de Pensiones (SKANDIA, PROTECCIÓN y PORVENIR) según formularios de solicitud de vinculación, afiliación o traslado, así como consulta del SIAFP que reposan en el expediente, encontrándose con afiliación activa en la A.F.P. PORVENIR al momento de presentar la demanda.

Se resalta que en el expediente reposa el formulario de solicitud de afiliación y traslado No. 013495 al Fondo de Pensiones PORVENIR con fecha de radicación 6 de abril de 1994 que fue suscrito por la demandante y no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento en que la 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, la señora SANDRA REYES PARADA, 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, 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.

Como se explicó, no obra prueba alguna que dé cuenta si COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A, brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para abril de 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 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 anterior, 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, 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 SANDRA REYES PARADA, 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 de los recursos de apelación de las demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a PORVENIR S.A., 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 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 que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el año 1.994, 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 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...».

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, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA S.A., deberán 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.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada PORVENIR S.A., 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).**”*

Respecto de lo señalado en el numeral cuarto de la parte resolutive de la providencia de primera instancia sobre que corresponde “PORVENIR S.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 hubieren incurrido, los cuales **serán asumidos de su propio patrimonio**, siguiendo las reglas del artículo 963 del código civil, inclusive de manera indexada”; la jurisprudencia citada ha sido enfática al indicar que estos deben ser asumidos por **todas** las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculada la actora.

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a las AFP demandas, les 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, es claro para esta Sala de Decisión a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas

en el momento que duró cada afiliación. Lo que da lugar a descartar la necesidad de estudiar el llamamiento en garantía, dado que la jurisprudencia es clara al señalar que SKANDIA debe asumir estas devoluciones (incluyendo el descuento de seguro previsional), de su propio patrimonio y por ende no se entrará a valorar si se activa la garantía de aseguramiento.

En consecuencia, se modificará lo resuelto en el numeral cuarto de la providencia apelada y se condenará a las A.F.P. PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA, a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en la Ley 100 de 1993, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliado el actor a cada una de estas.

Como consecuencia de lo anterior se modificará igualmente los numerales quinto y sexto de la sentencia apelada, declarándose como no probada la excepción de mérito de inexistencia de la obligación que fue formulada por PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.

Ahora bien, 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 por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, las AFP están llamadas a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

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 a los actos de relacionamiento, teniendo en cuenta que en el presente caso el actor dentro del RAIS realizó varios traslados a diferentes fondos de pensiones, es importante traer a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2877 de 2.020 a través de la cual cita el pronunciamiento realizado por esa misma corporación en el rad. 31989 del 09 sep. 2.008, en el que precisó: *“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”*.

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Descongestión Laboral, en sentencia SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, MP. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en donde se precisó lo siguiente:

*“Ahora, cabe puntualizar, que en este juicio la voluntad del demandante de cambiarse de régimen, no se ratifica con los cambios que el actor posteriormente hubiese efectuado en el RAIS con diferentes Fondos, ni siquiera si la última AFP Porvenir S.A. le brindó alguna información, dado que lo que produce la ineficacia del traslado es la actuación de la primera AFP Colfondos, que implica que deben «retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido», incluyendo lo referente a cualquier traslado entre Fondos, tal como se expuso en las decisiones CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.*

*Ineficacia que, conforme a la aludida decisión CSJ SL1689-2019, implica que «desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis».*

*Es decir, que la ineficacia envuelve o consiste en estimar que el acto no se celebró y, por consiguiente, no puede producir efectos, en la medida que fue realizado en contravención a los mandatos legales y obviando los requisitos y presupuestos establecidos.*

*En ese orden de ideas, la falta de información no se subsana por los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.”*

Al declararse para el presente caso la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, esta Sala acoge la postura adoptada en las sentencias SL 2877 de 2.020 y SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, por lo tanto, las cosas deben volver a su estado anterior y no se reconocen los distintos traslados entre fondos de pensiones que el actor realizó al interior del RAIS como actos de relacionamiento.

Conforme a lo anterior, la Sala modificará los numerales cuarto, quinto y sexto de la decisión recurrida y deberá confirmar en los demás aspectos la decisión adoptada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 27 de mayo de 2.022. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. 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 \$500.000 a cargo de cada una de entidades previamente mencionadas.

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

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: Modificar** el numeral cuarto de la providencia apelada, en el sentido de condenar a las A.F.P. PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA, a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre de la demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliada la actora a cada una de estas.

**SEGUNDO: Modificar** el numeral quinto de la providencia apelada, en el sentido de declarar como no probada la excepción de mérito de inexistencia de la obligación que fue formulada por PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.

**TERCERO: Confirmar** en los demás aspectos la sentencia de fecha del 27 de mayo 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.

**CUARTO: Condenar en costas** de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

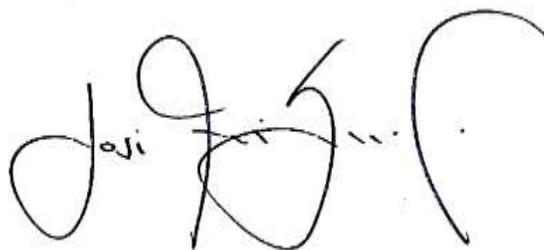


**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ  
MAGISTRADA**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA  
MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 108, fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8  
a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-003-2020-00302-01
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.820
<b>DEMANDANTE:</b>	MARÍA CONCEPCIÓN MALDONADO DE DELGADO
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada respecto de la sentencia del 2 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

**1. ANTECEDENTES**

La señora MARÍA CONCEPCIÓN MALDONADO DE DELGADO interpone demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, para que se declare su calidad de beneficiaria de la pensión de sobreviviente derivada por el fallecimiento de su hijo WILLIAM HUMBERTO DELGADO MALDONADO, ocurrido el 2 de julio de 2020, por cuanto dependía económicamente de él para su supervivencia y que se declare que él dejó causada la pensión de invalidez por su pérdida de capacidad laboral; solicita se reconozca el retroactivo causado, con intereses de mora y los reajustes legales correspondientes.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones manifestó:

- Que WILLIAM HUMBERTO DELGADO MALDONADO, es hijo de la señora MARIA CONCEPCION MALDONADO DE DELGADO y del señor LUIS EDUARDO DELGADO, encontrándose afiliado al I.S.S. desde 1988.

- Que el señor DELGADO MALDONADO fue calificado mediante Dictamen DML -2653 del 25 de marzo de 2020, en el cual se le dio como fecha de estructuración de la invalidez, el día 28 de junio de 2019, y un porcentaje de invalidez del 57.2% de origen común, pero falleció el 2 de julio de 2020 sin que se le reconociera la pensión de invalidez.

- Que la señora MARIA CONCEPCION MALDONADO DE DELGADO solicitó el derecho a la sustitución pensional de la pensión de Invalidez de su hijo, toda vez que su esposo y padre del causante ya había fallecido; pero en su lugar la demanda mediante Resolución SUB179422 del 21 de agosto de 2020, negó la pensión de invalidez post mortem y la pensión de sobreviviente, reconociendo la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez; afirmando que el afiliado dejó acreditados 9038 días laborados (1291

semanas), aunque no dejó 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento y tampoco a la fecha de estructuración.

- Que interpuso los recursos administrativos correspondientes, pero se confirmó la negativa.

- Que existen diferentes inconsistencias en la historia laboral del demandante, como que apenas se afilió en mayo de 1998, que se apliquen pagos a períodos declarados y se deriven deudas presuntas.

La entidad demandada a través de apoderado judicial contestó la demanda indicando, que se opone a las pretensiones por cuanto el causante no dejó causado derecho pensional conforme a la normativa vigente, al no contar con derecho a pensión de vejez ni invalidez; sobre los hechos acepta los que constan en actos administrativos y aclara que verificada la información consignada en la historia laboral de WILLIAM HUMBERTO DELGADO MALDONADO de 199511 hasta 199701 registra una deuda presunta, según las observaciones del reporte de Colpensiones.. Propuso como excepciones de mérito: Inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción e innominada.

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

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

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 2 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción propuesta por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer y pagarle a la demandante MARIA CONCEPCION MALDONADO DE DELGADO, la pensión de sobreviviente a partir del 2 de julio del 2020, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1 del art 12 de la ley 797 del 2003, que modificó el Art 44 de la ley 100 de 1993, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente para esa época, con base a 13 mesadas anuales y reconociendo el reajuste anual consagrado en el Art 14 de esa normatividad; así mismo se dispondrá la indexación de las mesadas causadas, desde el momento de su causación, hasta el momento que se haga efectivo el pago.

**TERCERO: AUTORIZAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de descontar del retroactivo pensional reconocido a la demandante, la suma reconocida por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, mediante la resolución SUB 179422 del 21 de agosto del 2020, en cuantía de \$23.651.426 y lo correspondiente a los aportes del sistema seguridad social en salud.

**CUARTO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, del reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del causante WILLIAM HUMBERTO MALDONADO DELGADO y de los intereses moratorios del Art 141 de la ley 100 de 1993, de conformidad con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.”

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

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

- Que el litigio a resolver es si el señor William Humberto Delgado Maldonado, dejó causado el derecho a la pensión de invalidez con

anterioridad, su fallecimiento, ocurrido el 2 de julio del 2020; en caso afirmativo, si la señora María Concepción Maldonado Delgado, dependía económicamente de su hijo para tener la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de este, si es del caso verificar la procedencia de los intereses moratorios y la prescripción

- Respecto del primer problema jurídico, los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 regula el acceso a la pensión de invalidez contemplando el número de semanas mínimo en 50 dentro los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad o accidente que generó el estado de invalidez; conforme a la historia laboral, se observa que entre el 28 de junio de 2016 al 28 de junio de 2019 el causante solo cotizó 21.43 semanas y no cumple con el supuesto del párrafo 2° de la norma en cita, dado que si bien tenía más del 75% de semanas necesarias para la pensión de vejez no alcanzó las 25 cotizaciones en los 3 años anteriores allí exigidas. Por lo que no dejó causada la pensión de invalidez.

- Advierte, que el demandante reclama que la demandada COLPENSIONES omitió que el último período laborado por el actor a cargo de la empleadora NUBIA GALINDO GÓMEZ no tiene reporte de novedad de retiro y que por ende existe mora patronal respecto de los aportes causados desde su última cotización, diciembre de 2016, a julio de 2020; pero en este caso debe entenderse que esa ausencia de reporte da lugar a entender una desafiliación tácita, máxime cuando no se encuentra indicación alguna de mora o prueba alguna de prestación de servicios ni de que existiera esa relación laboral para que COLPENSIONES ejerciera acciones de cobro.

- De otra parte, también se alegó una aplicación indebida de pagos tardíos de cotizaciones de los empleadores y que esto conllevó a un cómputo incompleto de las semanas efectivamente cotizadas, así puede verse en el período de febrero de 1997 a enero de 1998 corresponderían a 51.48 semanas se realizó la observación de pago aplicado a períodos anteriores y se registró el tiempo de cotización en cero; no obstante, el artículo 53 del decreto 1406 de 1999 modificado por el art. 9 del decreto 510 de 2010, señalan que los pagos realizados al sistema de pensiones se someten a unas reglas de aplicación y solo hasta cubrir los rubros previos, por ello si existió mora por parte del empleador acorde a la jurisprudencia (SL47649 DE 2014) son las entidades que no ejecutan el cobro de los períodos en mora impone asumir las consecuencias de esos pagos incompletos, debiendo tener como cotizados a menos que declare la imposibilidad de pago para no trasladar la responsabilidad al trabajador

- Aplicado así el período en mora a cargo de COLPENSIONES por no ejercer el cobro al empleador moros, el causante tendría un total de 1343 semanas cotizadas al sistema y por ello, dejó causada la pensión de vejez a favor de sus beneficiarios conforme al párrafo primero del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

- Sobre la calidad de beneficiaria de la demandante, refiere que está acreditado el parentesco mediante el registro civil de nacimiento correspondiente y respecto de la dependencia económica, esta fue aceptada por COLPENSIONES en resolución SUB179422 de 2020, para entregarle a esta la indemnización sustitutiva previamente reconocida y allí indicó que estaba corroborada la dependencia económica de la actora frente a su hijo, lo que en todo caso corroboró la testigo SILVINA BELTRÁN PINEDA, quien de manera coherente y espontánea reiteró esa dependencia.

- Concluye así que la actora tiene derecho a la pensión de sobreviviente, a partir del 2 de julio de 2020 en cuantía equivalente a salario mínimo

mensual legal vigente y en 13 mesadas anuales, disponiendo descontar la suma reconocida por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, mediante la resolución SUB179422 del 21 de agosto del 2020, en cuantía de \$23.651.426 y lo correspondiente a los aportes del sistema seguridad social en salud, sin que proceda el término prescriptivo. Niega los intereses moratorios por cuanto el reconocimiento fue producto de la interpretación jurisprudencial de imputación de mora del empleador y en su lugar se ordena la indexación.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

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

El apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación para que se revoque la sentencia desfavorable, argumentando lo siguiente:

- Que si bien hubo reconocimiento de la pensión a favor de la actora, esta tenía derecho a esa prestación conforme una norma más favorable como lo es el parágrafo 2° del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, pues la actora cumplía con este precepto y ello implica que el derecho debería reconocerse desde la fecha de estructuración de la invalidez, julio de 2019. Resaltando que no se tuvo en cuenta las 4 semanas no cotizadas por el empleador en julio de 2016, lo que generarían las 25 semanas de los 3 años anteriores a la estructuración.

- Que se debieron reconocer los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues quedó evidenciada la negligencia en la actividad de COLPENSIONES para garantizar la idoneidad de la historia laboral utilizada y esto porque omitió el deber de cobro al empleador moroso.

#### **3.2 De la parte demandada**

La apoderada de la parte demandada interpone recurso de apelación para que se revoque la sentencia desfavorable, argumentando lo siguiente:

- Que el causante no contaba con las 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de fallecimiento, conforme la historia laboral y por tanto no dejó causada la pensión de sobreviviente; igualmente ya fue reconocida la indemnización sustitutiva a favor de la demandante y por lo tanto conforme a la Ley 4ª de 1992 no es compatible con la reclamación de esta pensión por los mismos recursos, provenientes del sistema universal de seguridad social.

### **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 refirió que en el plenario se encuentra efectivamente probada la dependencia económica que la hoy demandante tuvo respecto de su hijo fallecido LUIS EDUARDO DELGADO MALDONADO, tanto con el testimonio de la señora SILVINA

BELTRAN PINEDA asomado al proceso, como por la Investigación Administrativa COLCO 252277 del 24 de julio de 2020, contratada por COLPENSIONES; que respecto de la procedibilidad de pensión de invalidez o de sobreviviente, refiere sobre la primera que el actor por haber cotizado más del 75% de semanas necesarias para pensión de vejez tiene derecho con menos semanas en los 3 años anteriores, que analizada su historia laboral existen pero con mora del empleador y por lo tanto son imputables a la administradora de pensiones. Reiterando que erró la *a quo* al ordenar una serie de períodos pero no los de 2016 que permitirían un mejor reconocimiento y que se demuestra están respaldadas por mora del empleador.

• **PARTE DEMANDADA:** La apoderada de COLPENSIONES expuso que ha resuelto debidamente las solicitudes de la parte demandante con el número de 1291 semanas cotizadas y validadas por la entidad; por ello, aunque acepta la dependencia económica alegada por la madre del causante, no acredita las 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento para pensión de invalidez o de sobreviviente; que en todo caso ya se reconoció la indemnización sustitutiva por \$23.651.426.

## **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 siguientes:

¿El señor WILLIAM HUMBERTO DELGADO MALDONADO dejó causada la pensión de invalidez o de vejez a cargo de COLPENSIONES para que se reconozca la sustitución pensional a favor de su madre, la señora MARÍA CONCEPCIÓN MALDONADO DE DELGADO? De ser así, se verificará si proceden los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 solicitados por la parte actora.

## **7. CONSIDERACIONES**

En el presente caso, la señora MARÍA CONCEPCIÓN MALDONADO DE DELGADO, solicita que COLPENSIONES les reconozca y pague la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento de su hijo WILLIAM HUMBERTO DELGADO MALDONADO, el 2 de julio de 2020, para condenar al pago de las mesadas causadas desde la fecha en cita hasta el pago efectivo de la mesada, alegando, que el causante dejó causado el derecho a pensión de invalidez para que le sea sustituido y que además existen períodos no contabilizados debidamente que están impidiendo el reconocimiento para sustitución pensional.

La jueza *a quo*, concluyó que si bien el causante no había dejado causado el derecho a pensión de invalidez por ninguno de los supuestos legales al carecer de las semanas suficientes antes de la fecha de estructuración, si existían una serie de períodos con mora del empleador descontados indebidamente por COLPENSIONES que sumados generan el derecho a pensión de sobreviviente por haber dejado cotizadas las semanas suficientes para pensión de vejez, a lo que tiene derecho la beneficiaria ya reconocida de indemnización sustitutiva. Por ello reconoció la prestación bajo el supuesto

legal del párrafo primero del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pero absolvió por concepto de intereses moratorios.

Ambas partes presentaron recurso de apelación, el demandante al estimar que sí era procedente el reconocimiento más favorable por sustitución de pensión de invalidez pues hubo otros períodos en mora más recientes no contabilizados, por lo que además procedían los intereses moratorios a cargo de la negligencia de COLPENSIONES; y la demandada por considerar que no era procedente ningún reconocimiento pensional por no acreditar la densidad de semanas necesaria para pensión de vejez, invalidez o sobreviviente, así como por existir incompatibilidad frente a la indemnización sustitutiva ya recibida. Igualmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se revisará la decisión en su integridad.

De acuerdo a lo anterior, no es objeto de controversia en el presente asunto, lo siguiente:

(i) Que la demandante MARÍA CONCEPCIÓN MALDONADO es la madre de WILLIAM HUMBERTO DELGADO MALDONADO, nacido el 31 de julio de 1962, según registro civil de nacimiento visto a página 12 del PDF 01 del expediente digitalizado;

(ii) Que WILLIAM HUMBERTO DELGADO MALDONADO falleció el 2 de julio de 2020 acorde a registro civil de defunción No. 10073341;

(iii) Que el señor DELGADO MALDONADO se encontraba en trámite para acceder a pensión de invalidez ante COLPENSIONES, por el cual se expidió dictamen No. DML2653 el 25 de marzo de 2020, que determinó una pérdida de capacidad laboral de 57,2% estructurada el 28 de junio de 2019 por diagnósticos de tumor maligno de recto y virus de inmunodeficiencia humana.

(iv) Que mediante Resolución SUB179422 del 21 de agosto de 2020, COLPENSIONES negó solicitud de pensión de sobreviviente a favor de la actora, indicando que el señor DELGADO MALDONADO acredita 9038 días laborados (1291 semanas), que si bien la madre acreditó el requisito de dependencia económica sobre su hijo, el causante no tiene 50 semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración ni de su fallecimiento, por lo que dispone reconocer la indemnización sustitutiva por valor de \$23.561.426; lo cual fue confirmado en sede de reposición en Resolución SUB202406 del 22 de septiembre de 2020 y en apelación con Resolución DPE13962 del 14 de octubre de 2020.

Fluye de lo anterior, que no existe discusión sobre la calidad de beneficiaria de la demandante MARÍA CONCEPCIÓN DELGADO respecto de las prestaciones del sistema derivadas del fallecimiento de su hijo WILLIAM DELGADO, por cuanto ya COLPENSIONES administrativamente aceptó su dependencia económica para asignarle la indemnización sustitutiva; centrándose ahora la discusión en si el causante cuando falleció como afiliado al sistema general de pensiones, dejó causada pensión de invalidez para ser sustituida a favor de su madre dependiente o de sobreviviente como consideró la jueza *a quo*.

Ahora bien, como el debate planteado desde la demanda es que la historia laboral del causante contiene algunas inconsistencias, estima la Sala que por técnica jurídica es primordial identificar la totalidad de semanas efectivamente cotizadas que deben ser contabilizadas para verificar si el afiliado dejó causada alguna prestación a su beneficiaria.

## **a. Semanas no contabilizadas por COLPENSIONES**

La parte demandante reclama en los hechos 15 a 23 de la demanda, que el historial de cotizaciones del señor DELGADO MALDONADO contiene algunos errores por lo que COLPENSIONES no ha sumado todas las semanas efectivamente laboradas por el causante; principalmente que en el detalle de pagos efectuados a partir de 1995, aparece un lapso con observación “deuda presunta pago aplicado de períodos posteriores” y “pago aplicado a períodos anteriores”, por lo cual el lapso de febrero de 1997 a enero de 1998 no se contabiliza y por 1997 solo reporta 4 semanas cotizadas, pese a que su empleador reportó todo el año laborado. Agregó en la apelación, que del año 2016 tampoco se contabilizó el mes de julio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 34270 de 22 de julio de 2008, señaló lo siguiente sobre este asunto:

*“(…) Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.*

*El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.*

*Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto, no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.*

*Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado”.*

De tal manera, que si las administradoras de pensiones incumplieron con su deber de ejercer las acciones de cobro ante el empleador moroso no es posible imputársele al Trabajador la responsabilidad frente a esta situación, por lo que en estos casos al no ejercerse las acciones de cobro ante el empleador moroso se entiende que hubo un allanamiento a la mora, y la consecuencia es que deben computarse la totalidad de semanas reportadas y no validadas.

De lo anterior, se advierte que compete al demandante demostrar que en el presente caso efectivamente existen períodos de cotizaciones no tenidas en cuenta por COLPENSIONES donde estuvo validada su afiliación como trabajador dependiente para que se presente la teoría de la mora del patrono en el pago de los aportes pensionales.

De la historia laboral se evidencia que el causante tuvo solo 3 empleadores en el curso de su vida activa, LUIS EDUARDO DELGADO del 2 de mayo de 1988 al 28 de febrero de 1999, NUBIA GALINDO GÓMEZ del 1 de julio de 1999 al 1 de marzo de 2015, del 1 de enero al 30 de junio de 2016 y del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2016, y TENTAPOLLO del 1 de abril al 31 de diciembre de 2015.

Al respecto, se advierte que efectivamente existen una serie de períodos con inconsistencias en el conteo de cotización, pues aunque reporta el vínculo laboral el empleador LUIS EDUARDO DELGADO, existió mora en los aportes de noviembre de 1995 a enero de 1997 que fueron contabilizados pero por aplicación en su lugar de los pagos realizados de febrero de 1997 a enero de 1998, descontando estos últimos.

1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199511		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199512		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199601		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199602		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199603		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199604		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199605		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199606		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199607		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199608		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199609		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199610		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199611		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199612		\$ 0	\$ 0	\$ 0	30	30	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199701		\$ 0	\$ 0	-8 23.221	30	28	Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores	
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199702	07/03/1997	54276805001180	\$ 172.005	\$ 23.220	-8 1	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199703	08/04/1997	54276805001458	\$ 172.005	\$ 23.220	-8 1	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199704	08/05/1997	54276805001668	\$ 172.005	\$ 23.220	-8 1	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199705	10/06/1997	54276805001891	\$ 172.005	\$ 23.220	-8 1	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199706	09/07/1997	26001710009751	\$ 172.005	\$ 23.220	8 8	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199707	09/08/1997	54276805002021	\$ 172.005	\$ 23.220	8 8	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199708	03/09/1997	54276805002255	\$ 172.005	\$ 23.220	8 8	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199709	08/10/1997	25001710009603	\$ 172.005	\$ 23.220	8 8	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199710	11/11/1997	54276805002798	\$ 172.005	\$ 22.907	-8 754	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199711	09/12/1997	54276805003035	\$ 172.005	\$ 23.220	8 8	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199712	09/01/1998	54276805003185	\$ 172.005	\$ 23.220	8 8	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores
1915905	DELGADO LUIS EDUARDO	SI	199801	10/03/1998	91006001010914	\$ 204.000	\$ 27.600	-8 40	30	0	Pago aplicado a períodos anteriores

Respecto del período apelado, julio de 2016, se advierte que dicho ciclo no tiene registro alguno en el historial y ello implica que fue un espacio no registrado por el empleador; por ende, si la parte actora pretendía reclamar de este su deber u obligación de reportar todos los períodos trabajados debió incorporarla al litigio oportunamente o en su defecto, aportar pruebas que evidenciaron la existencia de la relación laboral y que COLPENSIONES conociera de la misma, pero que se hubiera abstraído de su deber de ejecutar el período en mora.

El demandante demostró entonces, que estando reportada la existencia de una relación laboral continua a cargo de LUIS EDUARDO DELGADO como empleador, este incumplió con su deber de aportar cumplidamente de noviembre de 1995 a enero de 1997, pero estos períodos fueron contabilizados al aplicar los pagos que hizo de febrero de 1997 a enero de 1998, los cuáles sí fueron descontados de la historia total del trabajador. Sobre esta clase de situaciones, la Sala de Casación Laboral en providencia SL4597 de 2018 señaló:

*“Pues bien, la existencia de pagos extemporáneos o de períodos en mora por parte del empleador, no es óbice para el reconocimiento de una prestación, pues la extemporaneidad no invalida los pagos y la mora no puede ser oponible al trabajador, máxime que la entidad cuenta con las acciones de cobro con que la ley la ha investido y está en la obligación de cobrar aquellos períodos no pagos.*

*Y es que la mora en el pago de cotizaciones no debe dar lugar a descontar las semanas cotizadas, tal como se plasmó en la CSJ SL3354-2018, en donde se argumentó que:*

*[...] la Sala asume como semanas válidas todas las reportadas en la historia laboral, es decir, sin efectuar algún descuento por causa de la mora del empleador, como lo entendió el Tribunal válidamente, a partir de la jurisprudencia desarrollada por esta corporación en torno al tema, según la cual “...la validez de las semanas cotizadas,*

*por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.» (CSJ SL6030-2017).*

*En ese orden de ideas, como no advirtió el juzgador de segundo grado, que en la historia laboral no se reflejaban la totalidad de los períodos, pues **los detalles de pago dedujeron días o meses en el que fue extemporáneo o no hubo pago y se cobraron intereses moratorios derivados de la conducta omisiva del empleador y ello resultó en una disminución del número de semanas cotizadas por la recurrente.** Por lo tanto, erró el Juez de alzada al incluir solo los períodos reportados en cero, sin realizar una exploración de la historia laboral, a fin de establecer el número real de semanas cotizadas en favor de la recurrente, por cada una de las empleadoras, así sea extemporáneamente o en mora.”*

Conforme a la jurisprudencia en cita, para los períodos en que el empleador realizó tardíamente los aportes no es posible imputar al trabajador la consecuencia de descontar días o semanas del total de tiempo de servicios que contabilizan para la pensión de vejez, pues era un deber de COLPENSIONES realizar el cobro total del aporte incluyendo intereses al aportante y no afectar el acceso del trabajador a la prestación fundamental resultado de su vida laboral.

En consecuencia, asistió razón a la jueza *a quo* cuando determinó que para todo efecto pensional debían sumarse los períodos trabajados por el actor con mora del patrono no ejecutada debidamente por COLPENSIONES, que del 1 de febrero de 1997 al 30 de enero de 1998 por total de 12 meses que equivaldrían a 51.43 semanas.

#### **b. De la pensión de invalidez**

Aclarado lo anterior, procede la Sala a establecer si asiste razón al demandante también en su reclamo de que el causante cumplió con los requisitos de la pensión de invalidez antes de fallecer para dejarla sustituida a su beneficiaria; al respecto, debe señalarse que el criterio general sobre aplicación normativa es que rige la vigente para la fecha de la estructuración de la invalidez y para el presente caso, como se determinó que dicha fecha era el 28 de junio de 2019, la norma aplicable al caso es el art. 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 que reza:

*“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

*a. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

*b. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma. (...)*

**PARÁGRAFO 2o.** *Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”*

Conforme a la historia laboral aportada al plenario, el actor contaba fue declarado en estado de invalidez por enfermedad y en los 3 años anteriores a la estructuración, del 28 de junio de 2016 al 28 de junio de 2019 alcanzó a cotizar un total de 21,5 semanas correspondientes a los ciclos de 28-30 de junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016, cuando fue su última cotización. Sin que se demostrara la prestación de servicios alegada por el apelante en julio de ese año, según se concluyó anteriormente.

Así las cosas, no cumplió con el precepto del literal a) y pese a tener más del 75% de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, no alcanzó tampoco a tener 25 semanas conforme permite el párrafo segundo; por lo que habrá de confirmarse la decisión de primera instancia que negó este derecho.

### **c. De la pensión de sobreviviente**

Acorde al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por remisión del artículo 73, tendrán derecho a pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento; lo que como se explicó previamente no acredita el causante.

No obstante, el párrafo primero de esa norma agrega:

*“**PARÁGRAFO 1o.** Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.*

*El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.”*

Para este caso, COLPENSIONES reporta en la historia laboral un total de 1.291,86 semanas cotizadas y sumadas las 51,43 declaradas anteriormente por mora patronal no ejecutada debidamente por la administradora, alcanza un total de 1.343,29 que superan las mínimas exigidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de pensión de vejez en el régimen de prima media, por lo que procede a favor de sus beneficiarios la pensión de sobrevivientes. Evidenciado que en vida el causante no tramitó o recibió la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, pues falleció con 57 años de edad.

Sobre la calidad de beneficiaria de la madre dependiente, como se indicó esta fue aceptada por la demandada en el acto administrativo que subsidiariamente concedió indemnización sustitutiva y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que dicho reconocimiento administrativo es irreversible en sede judicial; reiterando en SL1427 de 2022 que en sentencia CSJ SL, 24 jun. 2009, rad. 35866, dijo:

*“No hay duda que se confirmó entonces, ante el ISS, la calidad de beneficiaria de la demandante, tal como se establece del texto transcrito, de manera que no podía pasar inadvertido esa calidad, para negar la pensión, pues el conflicto planteado tanto por la demandante, como por el Seguro Social, se cifró en el requisito del número de semanas cotizadas, conforme con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y no en torno a la condición de beneficiaria que ya estaba reconocida por el ISS.*

*Se demuestra el dislate del Tribunal pues su deber era fijar su pronunciamiento sobre lo que fue materia de controversia, bajo el supuesto indiscutido de ser la accionante beneficiaria del causante, al habersele reconocido –como dice la censura- la reseñada indemnización sustitutiva (...).*

*Resta agregar que un supuesto fáctico que evidenció el ISS, al reconocer la indemnización sustitutiva, no puede luego ser desconocido, ni puesto en duda por el sentenciador, porque su función parte de fijar cuáles hechos resultan incontrovertidos, con la finalidad de no buscar una prueba que no necesita para definir el asunto sometido a su consideración; de allí que, incluso, debe decirse que no se requería la solicitud de una probanza, en la demanda inicial, acerca de las tantas veces citada calidad de beneficiaria de la actora, porque no se la objetó el ISS, por el contrario, se la reconoció expresamente en la resolución que ya se copió.”*

En cuanto al argumento de la demandada en su apelación, de que sería incompatible acceder a la pensión de sobrevivientes pues ya se accedió a reconocer la indemnización sustitutiva de pensión de invalidez a la beneficiaria, se advierte que esta prestación subsidiaria no puede servir de excusa para desconocer un derecho cierto e irrenunciable de mejor calidad para la demandante y que jurisprudencialmente se ha reconocido como viable, declarar probada la excepción de pago o de compensación para que se aplique el valor cancelado al retroactivo. Como se indica en SL1021 de 2022 al explicar:

*“En cuanto a la pregonada incompatibilidad de la indemnización sustitutiva con la pensión de sobrevivientes, la Sala ha sostenido que el hecho de recibir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no impide reclamar esta prestación si se logra demostrar que se tenía derecho a la pensión, que debe ser concedida (CSJ SL, 14 jul. 2009, rad. 34015) como ocurre en el presente caso, con lo cual este ataque formulado en el cargo segundo tampoco tiene ninguna vocación de prosperidad. En efecto, reiteró la Sala, entre otras, en sentencia CSJ SL1624-2018:*

*Para responder esta acusación, basta señalar que la circunstancia de haber recibido los beneficiarios, los saldos de la cuenta individual del causante, en virtud de la devolución efectuada por la administradora demandada, no los priva de la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, tanto la devolución de saldos como la indemnización sustitutiva son prestaciones que tienen el carácter de provisionales, y que no se constituyen en obstáculo para el disfrute de la prestación periódica cuando se demuestra que existe el derecho a ella, por ser la pensión la garantía máxima de la seguridad social y un beneficio irrenunciable en los términos del artículo 48 superior.”*

Respecto de la cuantía se evidencia que el actor siempre cotizó por el mínimo legal a lo que equivaldrá la mesada pensional y en cuanto a la prescripción, se evidencia que el causante falleció el 2 de julio de 2020 y la actor elevó su reclamación en agosto de 2020, la cual fue resuelta en sede definitiva de apelación en Resolución DPE13962 del 14 de octubre de 2020 notificada el 15 de octubre de ese año, siendo interpuesta la demanda el 27 de octubre de 2020, por lo que no se configuran los supuestos de esta excepción.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 2 de noviembre de 2021 que declaró el derecho a la pensión de sobrevivientes de la demandante, al acreditar los requisitos para su causación. Sin embargo, como no se indicó nada sobre la condena en concreto, se procede a adicionar el retroactivo causado entre el 2 de julio de 2020 a septiembre de 2022 que equivale a la suma de \$27.798.149,88 y sobre este se autoriza a descontar **si fue percibida efectivamente** la indemnización sustitutiva y los aportes en salud, conforme el artículo 143 de la Ley 100 de 1993. Suma cuyo saldo insoluto tras descuentos, debe indexarse a la fecha efectiva de pago.

<b>Año</b>	<b>Mesada</b>	<b>No. mesadas</b>	<b>Total</b>
2020	\$ 877.803,00	7,96	\$ 6.987.311,88
2021	\$ 908.526,00	13	\$ 11.810.838,00
2022	\$ 1.000.000,00	9	\$ 9.000.000,00
			\$ 27.798.149,88

Respecto de la apelación destinada a revocar los intereses moratorios conforme al artículo 141 de la ley 100 de 1993, se ha indicado jurisprudencialmente que “*se han distinguido casos excepcionales para no imponer la condena por los mencionados intereses, «en los que las administradoras de pensiones niegan administrativamente un determinado derecho pensional con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la prestación se reconoce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas [...]» (sentencia CSJ SL3112-2020) o cuando existe controversia entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL. 21 sep. 2010, rad. 33399 y CSJ SL14528-2014)*”; estimando la Sala que en este caso la condena surge luego de una interpretación vía jurisprudencial de la aplicación de la mora del patrono y las cargas coactivas de la administradora de pensiones; por lo que se confirmará la absolución al respecto.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a COLPENSIONES y se fijarán como agencias en derecho un salario mínimo mensual legal vigente en segunda instancia.

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

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia impugnada del 2 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: ADICIONAR** a los numerales segundo y tercero, que el retroactivo causado entre el 2 de julio de 2020 a septiembre de 2022 que equivale a la suma de \$27.798.149,88 y sobre este se autoriza a descontar **si fue percibida efectivamente** la indemnización sustitutiva y los aportes en salud, conforme el artículo 143 de la Ley 100 de 1993. Suma cuyo saldo insoluto tras descuentos, debe indexarse a la fecha efectiva de pago.

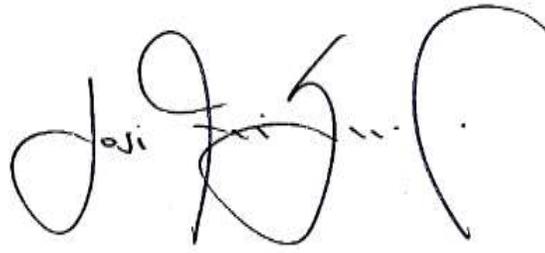
**TERCERO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho dos salarios mínimos mensuales legales vigentes en segunda instancia a favor de la activa.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES**  
Magistrada Ponente



**JOSÉ ANDRES SERRANO MENDOZA**  
Magistrado



**ELVER NARANJO**

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 108, fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8  
a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



---

Secretario



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

---

---

Treinta (30) de Septiembre de Dos Mil Veintidós (2022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-003-2020-00346-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.904
<b>DEMANDANTE:</b>	ISAAC IBARRA CASTRO
<b>DEMANDADO:</b>	PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ISAAC IBARRA CASTRO contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2020-00346-00, y Radicación interna N° 19.904 de este Tribunal Superior, para conocer el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada contra la Sentencia del 27 de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

**1. ANTECEDENTES**

El señor ISAAC IBARRA CASTRO, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A., para que cancelara en su favor la devolución de saldos incluyendo la totalidad de cotizaciones realizadas al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL (COLPENSIONES) por la suma de \$101.837.241, incluyendo los intereses de mora generados sobre la suma adeudada desde el 17 de mayo de 2020

Como fundamento fáctico refiere, que durante su vida laboral cotizó inicialmente al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL por un total de 599 semanas, trasladándose posteriormente a PORVENIR S.A. donde cotizó otras 30 semanas para un total de 629; que cumplió 64 años y no alcanzó a reunir las semanas exigidas en la ley para acceder a pensión de vejez, estando en imposibilidad de seguir cotizando por lo que solicitó la devolución de aportes. Que el 23 de enero de 2020 le informaron sobre el trámite de reconstrucción de historia laboral y en mayo le devolvieron apenas \$2.588.950 por las semanas cotizadas a la AFP pero no tuvo en cuenta los aportes previos.

La demandada PORVENIR, contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones al indicar que la entidad ya canceló la totalidad de los saldos a favor del actor por \$102.420.095 en su cuenta de ahorros del Banco Caja Social en 4 pagos realizados así: \$2.588.9550 el 17 de mayo de 2020, \$584.621 y \$11.844 el 14 de julio de 2020, \$17.752.316 el 7 de diciembre de 2020 y \$81.482.364 el 4 de enero de 2021; señala que no hay lugar a intereses de mora por cuanto la entidad gestionó en debida forma la devolución de saldos y canceló a medida que recuperó los bonos respectivos; señala sobre los hechos que acorde a la historia laboral el actor cotizó un total de 606 semanas confirmadas y 22.4 pendientes de validación. Propuso

como excepciones FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO POR PASIVA por COLPENSIONES, PAGO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

En auto del 9 de febrero de 2022 se ordenó integrar el litisconsorcio necesario por pasiva con COLPENSIONES; que contestó a la demanda sin oponerse a las pretensiones por advertir que se atiene a lo probado en el proceso pues las solicitudes no se dirigen en su contra. Propone como excepción INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA, FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, INEXISTENCIA DE SANCIÓN MORATORIA, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA.

Durante la etapa de fijación del litigio, en audiencia del 27 de mayo de 2022 se estableció que quedaba excluido del litigio el derecho a la devolución de saldos consagrada en el artículo 66 de la ley 100 de 1993, debido a que ya se comprobó que por parte de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR SA se cumplió con dicha obligación y se canceló la devolución de saldos, incluyendo lo ahorrado por el demandante en la cuenta de ahorro individual y el bono pensional que fue emitido como consecuencia del traslado de los aportes realizados al demandante mientras estuvo vinculado al I.S.S.; por lo que se resolverá exclusivamente si la mora en el pago del derecho a la devolución de saldos genera el derecho al afiliado al reconocimiento y pago de intereses moratorios este aspecto será definido en la correspondiente sentencia.

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

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

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la Sentencia del 27 de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

*“**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación por **PORVENIR S.A.**, respecto al pago de los intereses moratorios sobre la devolución de saldos y en consecuencia absolver a esta entidad de las pretensiones incoadas por la parte demandante.*

***SEGUNDO: DECLARAR** probada de manera oficiosa la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de **COLPENSIONES**, por lo tanto se le absolver de las pretensiones de la demanda.*

***TERCERO: SIN** costas a cargo de la parte demandante por no aparecer causadas.”*

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

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

- Que el objeto del litigio es determinar si al actor le asiste derecho a que PORVENIR S.A. le reconozca intereses de mora sobre los conceptos cancelados por devolución de saldos ante el retardo en el pago efectivo de los valores con bono pensional proveniente de COLPENSIONES; estando demostrado y aceptado por las partes que el actor validó 606 semanas cotizadas, que estando imposibilitado para seguir cotizando solicitó su devolución de saldos.

- Establece que está igualmente demostrado y aceptado que PORVENIR ya realizó el pago total de la devolución de saldos, incluyendo los aportes realizados directamente a esa entidad y los provenientes de su afiliación

anterior al I.S.S.; por lo que en la etapa de fijación del litigio se excluyó esta pretensión.

- Advierte que el valor del bono pensional al momento de su redención, el artículo 3° del Decreto 1299 de 1994 dispone que “El bono pensional será expedido por su valor base, actualizado con la tasa de interés equivalente al DTF pensional definido en el artículo 10 del presente decreto, desde la fecha del traslado, hasta la fecha de su expedición.”; por lo que en el mismo, ya se incluye el valor de los intereses a la tasa de interés liquidada al momento del reconocimiento del bono en los 4 pagos parciales realizados progresivamente.

- Señala que la devolución de saldos del artículo 66 de la Ley 100 de 1993, no contempla el reconocimiento de intereses moratorios, los cuales están dispuestos en el artículo 141 de esa normatividad únicamente por la mora en el pago de las mesadas pensionales y no se ha determinado que sea procedente un reajuste de intereses o indexación adicional, como se deriva también de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

### **3. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

### **4. ALEGATOS**

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

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

- PARTE DEMANDADA:** La apoderada de la demandada COLPENSIONES, solicita que se confirme en su totalidad la sentencia de primera instancia y se absuelva a esa entidad de los cargos formulados en su contra, manifestando que el demandante cuenta con 65 años y como trabajador en el sector privado cotizó 629 semanas al ISS, lo que corresponde al total de semanas cotizadas, por lo cual, no cumple con los requisitos planteados en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez. Que el demandante elevó solicitud de devolución de aportes a Porvenir S.A. e indica que solo le entregaron por ese concepto \$2.588.950.

En cuanto al reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, deprecados por la parte demandante, indicó que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, en la SL 704 de 2013, que establece que la jurisprudencia al definir derechos pensionales en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras al momento de definir las prestaciones reclamadas debieron aplicar, por lo que no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios. También solicitó que se tenga en cuenta lo estipulado en las sentencias T-588-2003, C-1024- 2004 y SU-065-2018.

Que existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad, pues es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien determina la procedencia o no de expedir bono pensional Tipo A de los aportes efectuados en el régimen de prima media por cotizaciones del demandante.

El apoderado de la demandada PORVENIR, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, aclarando que para este caso en particular, se encontraban disponibles en la cuenta de ahorro individual los aportes y rendimientos, los cuales fueron girados al demandante, previa verificación de su procedencia y que se adelantaran las gestiones pertinentes para verificar y lograr la información correspondiente a bono pensional Tipo A de COLPENSIONES, así como su giro ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y a PORVENIR S.A, encontrándose la cuenta de ahorro individual en cero.

Que existen comunicaciones cruzadas entre PORVENIR S.A. y el Ministerio de Defensa Nacional, sobre las gestiones orientadas a garantizar el trámite administrativo respecto del reconocimiento y pago del bono pensional a favor del afiliado y se puede evidenciar la presión ejercida por esa AFP.

Que se realizaron unos abonos a la cuenta bancaria reportada por el afiliado del Banco Caja Social que fue tomada del formulario de solicitud por devolución de saldos de vejez normal, radicado en esa entidad. Que el valor era de \$101.837.241, oo, el cual es menor al abonado a la cuenta de ahorros del actor, ya que se debe tener en cuenta los rendimientos generados.

En cuanto los intereses moratorios indicó que esa AFP ha actuado de buena fe, gestionando la solicitud de devolución de saldos ante el Ministerio de Defensa Nacional, y que el artículo 66 de la ley 100 del 1993, no contempla el reconocimiento de dichos intereses, los cuales están dispuestos en el artículo 141 ibídem, atribuidos a la mora en el pago de mesadas pensionales, y se debe tener en cuenta como se determina el valor del bono pensional al momento de su redención según el artículo 3 del Decreto 1299 de 1994, por lo que en el mismo ya se incluye el valor de los intereses.

## **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 señor ISAAC IBARRA CASTRO tiene derecho a que PORVENIR le reconozca intereses de mora por el retardo en el pago de la devolución de saldos consagrada en el régimen de ahorro individual que ya fue percibida?

## **7. CONSIDERACIONES:**

En atención a la controversia que se plantea en el presente caso, le corresponde a la Sala de Decisión Laboral determinar, dado el grado jurisdiccional de consulta, si ante el retraso en el pago de la devolución de saldos consagrada en el régimen de ahorro individual es posible ordenar a PORVENIR S.A. reconocer intereses de mora a favor del señor IBARRA CASTRO.

El Juez *a quo* refirió que acorde a lo demostrado en el curso del proceso, la A.F.P. PORVENIR demostró haber reconocido progresivamente al actor el total de la devolución de saldos por aportes realizados directamente a esa entidad y previamente al régimen de prima media, sin que proceda el pago de intereses moratorios por cuanto la norma no contempla los mismos para esa prestación y en todo caso están incluidos en la liquidación del bono pensional

como parte de la actualización del saldo aportado. Conclusiones que serán analizadas en función del grado de consulta y los recursos de apelación interpuestos.

Al respecto, acorde a la fijación en litigio decretada en primera instancia, se tiene como hecho demostrado que la entidad ya canceló la totalidad de los saldos a devolver en favor del actor por \$102.420.095 en 4 pagos realizados así: \$2.588.9550 el 17 de mayo de 2020, \$584.621 y \$11.844 el 14 de julio de 2020, \$17.752.316 el 7 de diciembre de 2020 y \$81.482.364 el 4 de enero de 2021, acorde a la siguiente captura de pantalla:

Cédula del Pensionado	13338992	Nombre del Pensionado	ISAAC IBARRA CASTRO	Expediente	DV 283690
Cédula del Causante	13338992	Nombre del Causante	ISAAC IBARRA CASTRO	Correo electrónico	
Dirección Beneficiario	MZ J6 LT 23 1RA ET ATALAYA	Ciudad	CUCUTA	Fecha Expedición Informe	27-MAY-22
Teléfono Celular	3232484960	Teléfono 1			

Fecha Movimiento	Periodo Pago	Concepto Pago	Nit Pago	Razón social	Medio Pago	Entidad Financiera	Tipo cuenta Bancaria	Cuenta Bancaria	Valor	Estado pago
05/05/2020	202005	Devolución de saldos	13338992	ISAAC IBARRA CASTRO	BANCO	Caja Social	AHORROS	24100781623	2,588,950	PAGADO BANCO
06/07/2020	202007	Devolución de saldos	13338992	ISAAC IBARRA CASTRO	BANCO	Caja Social	AHORROS	24100781623	11,844	PAGADO BANCO
09/07/2020	202007	Devolución de saldos	13338992	ISAAC IBARRA CASTRO	BANCO	Caja Social	AHORROS	24100781623	584,621	PAGADO BANCO
07/12/2020	202012	Devolución de saldos	13338992	ISAAC IBARRA CASTRO	BANCO	Caja Social	AHORROS	24100781623	17,752,316	PAGADO BANCO
04/01/2021	202101	Devolución de saldos	13338992	ISAAC IBARRA CASTRO	BANCO	Caja Social	AHORROS	24100781623	81,482,364	PAGADO BANCO

Demostrado el pago de la devolución de saldos pretendida inicialmente, el litigio se centró en establecer si dado que el actor solicitó la misma desde el 4 de mayo de 2020 y solo percibió la totalidad del valor hasta el 4 de enero de 2021, por esta mora depende el pago de intereses moratorios.

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

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

Es del caso recordar que el artículo 66 de la ley 100 de 1993 contempla como parte del régimen de ahorro individual con solidaridad, que *“quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho”*.

De esta manera, ha resumido la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL1059 del 11 de abril de 2018, que *“para que haya lugar a la devolución de saldos se requiere que el afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con edad para pensionarse, no pueda reunir los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez”* y sobre su finalidad, la Corte

Constitucional en Sentencia T-445A de 2015 señaló que *“la devolución de saldos encierra criterios estrechamente ligados a la equidad. Así, el sentido de la prestación, asociado a un mínimo de justicia material, es que una persona que, en su etapa laboral, constituyó un ahorro para afrontar sus necesidades durante el período en que cesan sus capacidades productivas, tiene derecho a beneficiarse directamente de ese ahorro pues, sin duda, le pertenece”*.

Agrega la Corte Constitucional que *“la devolución de saldos debe ser entendida como una prestación económica **subsidiaria y alternativa** del sistema de seguridad social, que pretende amparar a quienes no logran consolidar una prestación económica definitiva, y, por consiguiente, una vez cumplidos los requisitos para acceder a ella se traduce en la entrega del ahorro del afiliado, el cual incluye tanto los rendimientos, como el bono pensional a que haya lugar”*; noción que comparte la Sala de Casación Laboral, que en sentencia SL451 de 2013 señaló que *“la devolución de saldos debe ser pensada y entendida como **una prestación alternativa a las pensiones**, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social, por lo que debe comprender todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado, que buscaban soportar financieramente su jubilación, como el bono pensional”*.

De esta manera, no existe duda que tanto legal como jurisprudencialmente, la devolución de saldos se ha entendido como una prestación subsidiaria que procede única y exclusivamente cuando el afiliado no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez; como en el presente caso, donde el actor al cumplir los 62 años procedió a informar de su imposibilidad de seguir cotizando y la entidad a la que estaba afiliado procedió a tramitar el respectivo pago, que en su caso incluía la redención de bonos pensionales por su afiliación previa al régimen de prima media y al respecto, el artículo 67 de la Ley 100 de 1993 establece que *“Los afiliados que tengan derecho a recibir bonos pensionales, sólo podrán hacer efectivos dichos bonos, a partir de la fecha en la cual cumplan las edades para acceso a la pensión, previstas en el artículo 65 de la presente Ley.”*

En cuanto a los bonos pensionales el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, establece que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

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

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

Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c)

aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional.

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

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

Acorde a este panorama, se advierte que la naturaleza administrativa y jurídica de los bonos pensionales que conforman los saldos a devolver a los afiliados está debidamente reglamentada, en su conformación, expedición y cancelación; y sobre la necesidad de que el destinatario final reciba un capital correspondiente al saldo de sus ahorros debidamente actualizado a la fecha de pago por efectos de la corrección monetaria, la Corte Constitucional ha indicado que el derecho a mantener el poder adquisitivo constante está intrínseco en el cálculo del bono, como señala la providencia C-611 de 1996:

*“La función de los bonos pensionales es la de contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general de pensiones. En los bonos pensionales no se están recaudando ni colocando nuevos recursos, sino estableciendo el valor de una obligación que se hará exigible el día en que se tenga derecho a la pensión. Los bonos pensionales si bien guardan la misma entidad formal con los instrumentos de deuda pública interna, no es menos cierto que ellos son aportes cuyos fines tienden a darle viabilidad financiera al sistema general de pensiones. (...)*

*Se trata de definir los medios financieros y jurídicos para asegurar que los recursos destinados a pensiones, que son representados contable y económicamente con los bonos pensionales emitidos ante la migración de aportantes afiliados, mantengan su poder adquisitivo constante; en este caso no se trata de instrumentos ordinarios de crédito, sino de condiciones legales para garantizar **ese poder adquisitivo constante aun en los mercados secundarios y de capitales, que tiene como base el índice de precios al consumidor y una tasa de interés ordinario y otra de intereses moratorios, definidas en la misma ley con fines concretos y precisos.**”*

Fluye de lo expuesto que cualquier demora en el reconocimiento de los bonos pensionales a favor del afiliado beneficiario viene amparada en que su liquidación incluye el valor de la corrección monetaria conformada tanto por la indexación del índice como de una serie de intereses definidos y delimitados en las normas reglamentarias.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de reconocer intereses de mora por disposición del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se descarta en la medida que estos se consagraron para el retraso en el pago de mesadas pensionales y no de la prestación sustitutiva; como se explica en providencia SL2670 de 2021 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

*“En cuanto a los intereses moratorios, no hay lugar a su reconocimiento debido a que éstos se encuentran reservados frente a la mora en el pago de las mesadas (artículo 141 de la Ley 100 de 1993) evento diferente al presente, por lo que no procede su imposición, ni al de la indexación en la medida que tampoco el artículo 66 de la referida Ley consagra esa consecuencia.”*

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones y absolvió a la demandada. Al surtir el grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a costas de 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: CONFIRMAR** la sentencia del 27 de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

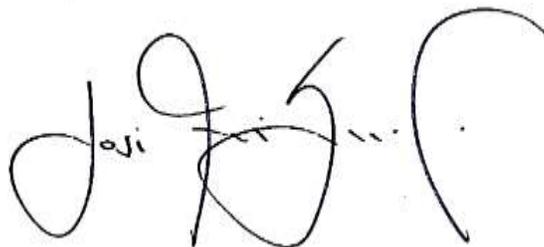
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en segunda instancia por surtir el grado jurisdiccional de consulta.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



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



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



**ELVER NARANJO**  
**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 108, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8  
a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



---

Secretario



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

---

---

Treinta (30) de Septiembre de Dos Mil Veintidós (2022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-004-2019-00235-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.793
<b>DEMANDANTE:</b>	OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA
<b>DEMANDADO:</b>	CENS S.A. E.S.P.

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA contra CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00235-00, y Radicación interna N° 19.793 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 4 de abril de 2022 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 OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. para que se declare que la pensión de jubilación reconocida por esa entidad en Resolución No. 531 de 1985 es compatible con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES; para que se condene al pago del retroactivo pensional por las mesadas dejadas de cancelar y sus intereses moratorios o en su defecto indexadas.

Como fundamento fáctico refiere, que prestó servicios a la demandada del 18 de septiembre de 1958 al 30 de diciembre de 1985, por lo que solicitó el reconocimiento de la pensión conforme al artículo 65 de la Convención Colectiva del Trabajo y esta le fue conferida en Resolución No. 531 de 1985. Allí quedo plasmado que el actor nació el 24 de enero de 1937, por lo que conforme su edad y tiempos de servicios acumuló los 75 puntos para acceder a la pensión por edad el 24 de enero de 1985 (48 puntos) y por tiempo de servicios el 18 de septiembre de 1985, antes de la vigencia del Decreto 2879 de 1985. Que el actor solicitó la pensión el 30 de diciembre de 1985 a CENS y posteriormente mediante proceso judicial se ordenó el reconocimiento de pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES.

La demandada CENS S.A. E.S.P., contestó a la demanda que acepta los hechos referentes a tiempo de servicios, reconocimiento pensional y aclara que el actor solicitó la pensión el 14 de noviembre de 1985 conforme al artículo 65 de la C.C.T. vigente para 1984-1986 y la pidió a partir del 30 de diciembre de 1985 cuando ya estaba rigiendo el Decreto 2879 de 1985;

considera que no hay lugar a las pretensiones por cuanto esa norma señala la compartibilidad para “*Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación*”. Propone como excepciones PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO y COMPENSACIÓN.

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

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

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por ambas partes y del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, sobre la Sentencia del 5 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

*“Primero.- Negar las pretensiones del actor conforme a lo considerado.*

*Segundo.- Declarar hay decisión ínsita sobre excepciones de mérito propuestas por la pasiva, conforme a lo considerado.*

*Tercero.- Condenar en costas al actor y a favor de la empresa demandada, se fijan las agencias en UN (1) millón de pesos igual a 1 S.M.L.M.V decreto 1724 de 2021 fundamento artículo 365-1 del CGP en conc. Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016. En su oportunidad se incluirán en la liquidación de costas.”*

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

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

- Que el problema jurídico se centra en determinar si al actor le asiste derecho a la compatibilidad de la pensión de jubilación inicialmente reconocida por CENS S.A. E.S.P. conforme la convención colectiva y la de vejez que le fue reconocida por COLPENSIONES, por haberse causado antes de la vigencia del Decreto 2879 de 1985; advirtiendo que está demostrado el reconocimiento pensional por la convención colectiva y el cumplimiento de requisitos, acorde a las pruebas aportadas por ambas partes.

- Advierte entonces, que el actor cumplió los requisitos para pensión convencional, conforme al artículo 65 de ese acto, el 18 de septiembre de 1985 aunque la solicitó hasta el 14 de noviembre de ese año para comenzar a devengarla el 30 de diciembre de 1985 que finalizó su relación; aunque al revisar la Resolución 531 de 1985 se indica, que reunió los requisitos cuando dejó de trabajar el 30 de diciembre de 1985 y allí señala además que aplicará la compartibilidad conforme al citado Decreto 2879 de 1985, aplicación normativa que es objeto de discusión.

- Explica, que de vieja data la norma (Decreto 3041 de 1966) señalaba la existencia de compartibilidad pensional, inicialmente en el caso de la pensión restringida de jubilación por despido injusto que quedaba a cargo del empleador y este seguiría cotizando hasta ser subrogado por el I.S.S.; esto dado que desde su creación, el Estado fue disponiendo que el Instituto de Seguros Sociales fuera asumiendo las pensiones que inicialmente estaba en cabeza del empleador e inicialmente se consagró la compartibilidad pensional estaba excluida para prestaciones causadas en diferentes ordenamientos (legal y convencional) por lo que podía percibirse doble mesada por la misma causa o relación laboral.

- Resalta, que el artículo convencional que consagra la pensión, pacta un sistema de puntos por edad y tiempo de servicios para reconocerla cuando se alcancen los 75 puntos, incluyendo en su parágrafo que el trabajador deberá solicitarla en el año siguiente al cumplimiento de sus requisitos, so pena de perder ese derecho. Por eso, alega el demandante, la solicitó en ese término.

- Respecto del artículo 5° del Decreto 2879 de 1985, señala, que la norma refiere la expresión “que otorgue” para determinar el inicio de la compartibilidad según los términos legales y la otra condición es que la norma colectiva señale expresamente que las pensiones no serán compartidas; en esa medida, es posterior a la vigencia del decreto que se reconoce la pensión al demandante aunque esto no se puede confundir con la fecha de causación de ese derecho que la resolución identifica el 30 de diciembre de 1985 y en la convención no se expresa la prohibición de la compartibilidad. Resaltando además que el actor solicitó la pensión y su efectividad cuando ya estaba esa norma vigente.

- Agrega, que conforme a lo resuelto por la Sala de Casación Laboral en providencia SL2890 de 2018, la Corte advierte que no procede la compartibilidad porque la prestación fue reconocida después de que entrara en vigencia el Decreto 2879 de 1985.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 Del demandante**

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

- Que existe un yerro jurídico claro pues la decisión solo está basada en el literal d de la Resolución 531 de 1985, sin hacer un análisis juicioso del contenido de los demás literales de ese acto y tampoco del artículo 65 de la Convención Colectiva del Trabajo vigente, donde se identifica que la pensión de jubilación se concederá conforme al sistema de puntos y conforme a lo cual el actor cumplió 27 años, 3 meses y 12 días el 30 de diciembre de 1985, por lo cual se deduce que los 27 puntos los cumplió en septiembre de ese año más los 48 puntos que provenían de su edad, que estaban cumplidos desde enero de 1985.

- Que era indispensable determinar la fecha 18 de septiembre de 1985 porque fue cuando se causó el derecho pensional y no el 30 de diciembre como erradamente se consignó en la resolución, dado que en esa fecha fue cuando cumplió los 75 puntos al sumar la edad y el tiempo de servicios.

- Que la Corte Suprema de Justicia en providencia SL13877 de 2016 en la cual se indica que el estatus de pensionado se adquiere, acorde a precedente propio, cuando la situación jurídica personal cumple con las exigencias previstas en la ley, convención o pacto colectivo y por ende las sentencias que reconocen, solo declaran un evento ya existente y causado en su momento; por lo que solicita que se ordene el reconocimiento de las pretensiones de la demanda a cargo de la demandada.

### **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:** El apoderado de CENS S.A. E.S.P., manifestó que la presente es una situación de derecho que no requiere desgaste probatorio, en el sentido que la consecuencia jurídica de la reclamación no tiene asidero en la norma aplicable; toda vez que el Decreto 2879 de 1985 entró en vigencia el 17 de noviembre de 1985 y la pensión fue reconocida a partir del 30 de diciembre de ese año, por lo que no hay lugar a reclamar compatibilidad.

## **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 en este caso el Demandante OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA tiene derecho a que CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. le reconozca y pague la pensión de jubilación extralegal en compatibilidad con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES?

## **7. CONSIDERACIONES:**

En atención a la controversia que se plantea, le corresponde a la Sala de Decisión Laboral determinar, si el Demandante OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA tiene derecho a que CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. le reconozca y pague la pensión de jubilación extralegal compatible con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES.

Al respecto, el juez *a quo*, resolvió negar las pretensiones por advertir que conforme a la normativa y jurisprudencia aplicable al caso concreto, al actor le fue reconocida la pensión de jubilación en vigencia del Decreto 2879 de 1985 que impuso la compartibilidad, sin perjuicio de que se hubiere causado antes pues la condición era su otorgamiento; a lo que se opone el demandante en su apelación, indicando que debió verificarse la fecha de causación de la pensión convencional para establecer que el actor cumplió requisitos antes de la vigencia de la norma en cita y que es la causación el elemento por el que se rige la compatibilidad pensional.

Al respecto, encuentra esta Sala que son hechos demostrados los siguientes:

- Mediante Resolución No. 531 del 27 de diciembre 1985, CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER, reconoció a OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA pensión de jubilación conforme al artículo 65 de la Convención Colectiva del Trabajo, a partir del 30 de diciembre de 1985, en cuantía de \$48.341,57 y advierte que lo mantendrá afiliado al I.S.S. para que una vez se reconozca una pensión proceda a cubrir solo la cuota correspondiente conforma las leyes vigentes.
- Mediante Resolución No. 003054 de 2007, el I.S.S. negó solicitud de pensión de vejez al señor HERNÁNDEZ BAYONA por no contar con las semanas necesarias; lo cual fue confirmado en Resolución No. 011319 de 2009 y 1961 de 2010.

- El actor adelantó proceso ordinario laboral, rad. 540013105002201000013300, por el cual se ordenó al I.S.S. el reconocimiento y pago de pensión de vejez.
- Mediante solicitud del 7 de marzo de 2019, el actor solicitó a CENS S.A. E.S.P. que se siguiera reconociendo su pensión de jubilación por ser compatible con la de vejez; lo cual fue contestado el 20 de marzo de 2019 indicando que no era procedente una vez fuera incluido en nómina seguir reconociendo por tener el carácter de compartida y que ya la Corte había determinado en el proceso anterior esa condición.

Para resolver el primer aspecto de la controversia, es necesario precisar que jurisprudencialmente se ha identificado que el concepto de compatibilidad pensional se debe definir por tres conceptos: *(i) el origen de la contingencia o riesgo que amparan –criterio principal-, ello siempre que no exista una normativa especial que prohíba la compatibilidad; (ii) la existencia de una reglamentación propia, y (iii) la autonomía de la fuente de su financiación,* como ha reiterado la Sala de Casación Laboral en múltiples decisiones y recientemente en providencia SL3111 de 2019.

Específicamente en este caso se discute sobre si jurídicamente la naturaleza de las pensiones reclamadas por el actor, jubilación de origen convencional y vejez de origen legal son compatibles o compartidas, teniendo en cuenta que amparan el mismo riesgo o contingencia (la prestación de servicios que genera cotizaciones y protección para la época posterior), para estos casos se ha determinado que la compatibilidad o compartibilidad dependerá de la normativa aplicable para la fecha en que se generó la prestación extralegal.

Es preciso indicar que el artículo 60 del Acuerdo 224 de 1966, fue la primera norma en consagrar la figura jurídica de la compartibilidad de las pensiones de jubilación legales reconocidas por los empleadores y la pensión de vejez a cargo del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, al disponer que *“Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 15 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$800.000) moneda corriente o superior, ingresarán al Seguro Social obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por el Código Sustantivo del Trabajo podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y este estará obligado a pagar dicha jubilación, pero continuarán cotizando en este seguro hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que le venía siendo pagada por el patrono”*.

En consideración a la anterior normatividad, se concluye que durante la vigencia del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, la compartibilidad pensional se refería única y exclusivamente a las pensiones de orden legal, es decir, las consagradas en los artículos 259 y 260 del C.S.T., por lo tanto, no existía ninguna regla legal para las pensiones convencionales. Luego entonces, las pensiones reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales y las reconocidas voluntaria o convencionalmente por el empleador eran compatibles, a menos que expresamente se hubiese pactado lo contrario en la norma convencional, laudo arbitral o el acto que originó su reconocimiento.

Esto quiere decir que las pensiones convencionales o extralegales, reconocidas en vigencia del Acuerdo 224 de 1966, no son subrogadas por la

pensión de vejez reconocida por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, sino que subsisten en forma independiente y son compatibles entre sí; por ende, pese a que al trabajador le sea reconocida la pensión de vejez por parte de esa entidad, el empleador tiene la obligación de continuar pagando de forma plena y completa la pensión de jubilación, salvo que se hubiera expresado que éstas prestaciones fueran reconocidas en el acto que consagró tal derecho.

Posteriormente, a partir del 17 de Octubre de 1985, fecha en que empezó a regir el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese mismo año, en el artículo 6° la regla de la compartibilidad de las pensiones, fue extendida a aquellas de naturaleza voluntaria, convencional y extralegal al disponer que “...*Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de Vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.*”, y en el parágrafo 1°, estableció como excepción a la regla general que “...*Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales*”.

De acuerdo con lo explicado, como regla general para aquellas pensiones de jubilación otorgadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, reconocidas en virtud de una convención colectiva, laudo arbitral o voluntariamente por el patrono es que las mismas son compartidas con la pensión de vejez reconocida por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, y excepcionalmente se admite su compatibilidad si en el acto que dio origen a su reconocimiento se expresa que éstas prestaciones no serán compartidas.

Previo a aplicar estos conceptos para resolver el caso concreto, es deber de la Sala valorar los efectos que pueden llegar a tener en este asunto las consideraciones de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2890 de 2018 que resolvió definitivamente el proceso que adelantó anteriormente el mismo demandante, OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA, en contra de COLPENSIONES para obtener su pensión de vejez de origen legal y donde también solicitó la declaratoria de compatibilidad pensional; pues de existir cosa juzgada, existiría una imposibilidad jurídica para volver a valorar el asunto.

Al respecto, se debe decir que la institución jurídica de la Cosa Juzgada o res judicata, se identifica con el principio non bis in ídem cuyo propósito es que los hechos o conductas previamente resueltos a través de alguno de los medios establecidos en el ordenamiento jurídico como legítimos para la resolución de conflictos, no vuelvan a ser objeto de pronunciamiento judicial para preservar la seguridad jurídica; en ese orden, sobre el particular, se aclara que el mismo, solo puede predicarse sobre las decisiones contenidas en sentencias debidamente ejecutoriadas según los términos del 303 del CGP que reza:

*“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*”

*Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.*

*En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.*

*La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”*

La finalidad de la cosa juzgada es conferir a las decisiones o acuerdos suscritos con carácter de sentencia, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivos; siendo un efecto impuesto por mandamiento normativo que se impide a un juez la capacidad de volver a resolver aquello que ha quedado debidamente resuelto anteriormente, en virtud de los parámetros legales que confieren el revestimiento de cosa juzgada

Sobre la excepción de cosa juzgada, la Sala de Casación Laboral en providencia SL5226 de 2017, recuerda sobre el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, actual 303 del Código General del Proceso, que *“prevé la existencia de la cosa juzgada bajo las reglas de las tres identidades, esto es que exista coincidencia de objeto, causa y sujetos; tal institución se funda en el principio del non bis in ídem, que se erige para darle fuerza vinculante a las determinaciones adoptadas por los juzgadores, bajo la certeza de que aquellas se vuelven definitivas e inmutables, y por tanto, los litigios no pueden reabrirse, pues de ser así se lesionaría gravemente el orden social y la seguridad jurídica, al no poderse concretar las situaciones de derecho”*.

De esta lectura se desprenden tres elementos: (i) identidad de personas o sujetos, (ii) identidad de objeto o cosa pedida y (iii) identidad de causa para pedir; de manera que al presentarse nuevamente dichos elementos dentro de una posterior proposición planteada ante los estrados judiciales, pone de presente la imposibilidad jurídica de efectuar pronunciamiento alguno, dado que ya se había decidido judicialmente.

Ahora bien, en este caso se advierte que el proceso rad. 540013105002201000013300 solo aparece adelantado en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (sucedido procesalmente por COLPENSIONES), para que reconociera pensión de vejez compatible con la de jubilación concedida por su empleador CENS; sin embargo, se advierte que la aquí demandada no hizo parte de ese proceso, por lo que no se cumpliría el principio de identidad de partes.

No obstante, resulta importante advertir que el numeral segundo de la providencia de segunda instancia declaró: *“MODIFICAR el numeral segundo en el sentido de CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar al señor OMAR DARÍO HERNÁNDEZ BAYONA pensión de vejez la cual **será compartida** con CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER desde el 12 de abril de 2007”*; contra lo cual interpuso recurso de casación el demandante, para que se revocara esta modificación y se declarara la compatibilidad pensional por haber reunidos los requisitos establecidos en el artículo 65 de la Convención Colectiva, es decir por haber reunido 75 puntos antes de la vigencia del Decreto 2879 de 1985.

La Sala de Casación Laboral resolvió este ataque negando la compatibilidad por las siguientes razones:

*“(…) es claro que **si la pensión de origen convencional que le fue reconocida al actor, se otorgó a partir del 30 de diciembre de 1985,***

*tal y como se dejó evidenciado precedentemente, **mal puede pretenderse la compatibilidad de dicha prestación con la de vejez que debe otorgar el ISS, en tanto que aquella se reconoció con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985 del ISS**, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, que lo fue el 17 de octubre de esa misma anualidad, en la que se prevé solo el pago del mayor valor entre la que le venía cancelando la empresa Centrales Eléctricas de Norte de Santander y la que le sea pagada por el Instituto de Seguros Sociales, por virtud de la compartibilidad, tal y como acertadamente lo concluyó el ad quem en la sentencia atacada.*

*Conviene precisar, que la afirmación planteada por el recurrente, en cuanto que cumplió los requisitos para acceder a la pensión convencional antes del 17 de octubre de 1985, ya que los mismos los satisfizo el 18 de septiembre de igual anualidad, no tiene respaldo probatorio alguno, pues los medios probatorios denunciados no da cuenta de esa situación, máxime que brilla por su ausencia en el plenario la respectiva convención colectiva de trabajo de donde se derivó el derecho pensional, o que eventualmente le permitiría a la Sala verificar las exigencias allí establecidas y, por ende, el momento en el que fueron cumplidas por el actor.”*

Deviene de lo anterior, que sí se suscitan los supuestos de identidad de objeto y de causa, pues existe un pronunciamiento expreso en proceso judicial adelantado previamente por el actor que negó la viabilidad de la misma pretensión aquí perseguida y fundada en los mismos supuestos de hecho, solo que sin la presencia de la demandada CENS sino ante COLPENSIONES. Al respecto del alcance de este pronunciamiento judicial previo, en la sentencia del 5 de agosto de 2004 radicado 22750, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, explicó los límites objetivos y subjetivos del fenómeno jurídico de la cosa juzgada, en los siguientes términos:

*“(...) la cosa juzgada tiene dos límites, a saber:*

- 1) **El objetivo.** *Referido a la cosa sobre la que versó el proceso anterior y, a la causa petendi. El primero constituido por el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias determinadas, o la relación jurídica declarada, pues sobre la misma cosa pueden existir diversos derechos y, tenerse el mismo derecho sobre diferentes cosas, de tal manera que si falta identidad del derecho o de la cosa, se estaría en presencia de distintos litigios y pretensiones.*

*En torno al segundo límite, se refiere al fundamento alegado para conseguir el objeto de la pretensión contenida en la demanda, que al mismo tiempo equivale al soporte jurídico de su aceptación o negación por el juzgador en la sentencia y,*

- 2) **Límite subjetivo,** *relativo a las personas que han sido parte en ambos procesos.*

*De tal manera que si se presenta identidad de objeto, pero varía la causa petendi, no existe identidad objetiva en los dos procesos, mucho menos si no hay identidad de objeto y causa, lo cual, indiscutiblemente significa que tampoco se estará en presencia del fenómeno de la cosa juzgada”.*

Acorde a lo anterior, estima la Sala que aunque formalmente no se configura el fenómeno de la cosa juzgada porque no existe identidad de partes, sí existe un límite objetivo respecto de la resolución de la relación jurídica aquí pretendida y sobre la cual ya hubo un pronunciamiento previo; pues el actor ya reclamó la compatibilidad por haberse causado el derecho antes de la

vigencia del Decreto 2879 de 1985 aunque le fuera reconocido posteriormente y se le indicó que dicha interpretación no era procedente.

Lectura que en todo caso comparte la Sala, pues se corresponde con la aplicación adecuada de la intención del legislador al momento de reglamentar la compartibilidad en materia de pensiones extralegales; pues como resaltara el juez *a quo*, el precepto normativo refiere que el determinante para identificar si la pensión extralegal es compartida o compatible, es si fue **otorgada** antes o después de la vigencia del Decreto 2789 de 1985. Criterio que es diferente al de la causación del derecho, que es el parámetro fijado para otras normas como el Acto Legislativo 01 de 2005.

Así lo entiende la Sala de Casación Laboral en providencia SL2083 de 2022 que concluye: *“Lo anotado resulta suficiente para reiterar que las pensiones de carácter extralegal **reconocidas con anterioridad** a la entrada en vigor del Decreto 2879 de 1985, tiene carácter de compatibles con la legal de vejez, salvo que en la norma extralegal se hubiera pactado la compartibilidad, criterio que como quedó anotado ha sido reiterado por la Corte de manera pacífica”*; allí se reitera también lo explicado en SL2802 de 2022 que dijo: *“queda claro que la jurisprudencia de esta Sala, ha entendido que las pensiones de jubilación extralegales **concedidas** con anterioridad a la vigencia Decreto 2879 de 17 de octubre de 1985 que aprobó el Acuerdo 029 de ese año, son por regla general compatibles con las de vejez reconocidas por el seguro social, salvo cuando las partes o el empleador en caso de pensiones voluntarias, hubieran dispuesto otra cosa.”*

Conforme esta lectura normativa y el precedente judicial aplicable, no asiste razón al apelante al reclamar que se debió verificar la fecha de causación de la pensión convencional conforme a los requisitos, pues el determinante es la fecha de reconocimiento en que fue otorgada esa prestación; por lo que se confirmará la decisión de primera instancia que negó el derecho reclamado y declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada.

Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia al demandante y se fijarán como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de la demandada.

## **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: CONFIRMAR** la sentencia del 4 de abril de 2022 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 al demandante. Fijar como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de la 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. 108, fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8  
a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.

*[Signature]*

---

Secretario



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

Cúcuta, treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-004-2020-00024-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.946
<b>DEMANDANTE:</b>	ALVARO DE LA SANTISIMA TRINIDAD MONTES BECERRA
<b>DEMANDADO:</b>	CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER

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

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 28 de junio de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

**1. ANTECEDENTES**

El señor ALVARO DE LA SANTISIMA TRINIDAD MONTES BECERRA, interpuso demanda ordinaria laboral contra la CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER, solicitando que se declare que entre las partes existió una relación laboral mediante un contrato de trabajo a término fijo en modalidad escrita, en donde la pasiva era la empleadora del actor; que dicha relación laboral duró del 10 agosto del año 2.015 hasta el 09 de febrero del 2017, sin solución de continuidad, y se dio por terminada de manera unilateral por la demandada por vencimiento del plazo pactado. También solicitó que se declare que el cargo que desempeñó durante la relación laboral fue de MEDICO FAMILIAR y que devengó salarios que iniciaron en un valor de \$9.376.550,00 mensuales y finalizaron en \$10.590.321,00 mensuales.

Pidió que se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor los valores adeudados por concepto de salarios no cancelados, cesantías, sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, prima de servicios, intereses sobre las cesantías, sanción por no pago de intereses sobre las cesantías, vacaciones, indemnización por falta de pago o sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T. y auxilio de rodamiento y alimentación. Así mismo, se ordene a la demandada hacer los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones durante la vigencia de la relación laboral conforme al salario que devengaba y se indexe las sumas de dinero que no son afectadas con el fenómeno sancionatorio del artículo 65 del C.S.T.

Expuso como fundamento fáctico de sus pretensiones:

- Que el 10 de agosto del año 2015 inició una relación laboral en calidad de trabajador con la demandada, a través de un contrato individual del trabajo escrito y a término fijo, para desempeñar la labor de MEDICO FAMILIAR en las instalaciones de la pasiva, con los materiales, insumos y materia prima suministrados directamente por esta.
- Que de manera constante recibía órdenes e instrucciones por parte de la demandada, quienes indicaban el tiempo, modo y cantidad de cómo debía

desarrollar sus funciones, en una jornada laboral ordinaria de lunes a viernes de 07:00 a.m. a 12:00 p.m. y de 02:00 p.m. a 06:00 p.m., y cada sábado de por medio de 07:00 a.m. a 12:00 p.m.

- Que devengó los siguientes salarios: desde el 10 de agosto hasta el 31 de diciembre del año 2015 \$8.376.550,00 mensuales, desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre del año 2016 \$8.962.915,00 mensuales y desde el 01 de enero hasta el 09 de febrero del año 2017 \$9.590.321,00 mensuales; que adicionalmente durante la vigencia de la relación laboral le cancelaron de manera continua la suma de \$1.000.000,00 mensuales por concepto de auxilio de rodamiento, el cual es constitutivo de salario y se debe incluir para el cálculo de prestaciones sociales y aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral.
- Que la demandada no ha consignado al fondo administrador de cesantías PROTECCION al cual se encuentra afiliado, las cesantías correspondientes al tiempo laborado. Que tampoco le ha cancelado las primas de servicios, los intereses sobre las cesantías, ni las vacaciones correspondientes y le adeuda el auxilio de rodamiento del periodo comprendido entre el 01 al 09 de febrero del año 2017. Que la demandada también le adeuda los salarios correspondientes al periodo laborado del 01 al 09 de febrero del año 2019 (sic).
- Que el 10 de agosto del año 2016, la demandada le comunicó que su contrato no sería renovado y por lo tanto finalizaría el día 09 de febrero del año 2019 (sic).
- Que el 18 de septiembre del 2019, presentó petición a la demandada con el fin de obtener fotocopia de los contratos de trabajo celebrados y los documentos relacionados al pago de prestaciones como trabajador dependiente y a la fecha de la presentación de la demanda la pasiva no había dado respuesta de fondo. Que mediante tutela conocida por el Juzgado Séptimo Civil Municipal con radicado No.2019 – 1055, se ampararon sus derechos fundamentales a través de sentencia del 04 de diciembre del año 2019 y se ordenó a la demandada dar respuesta de fondo, y al no haberse obtenido la misma, el 10 de diciembre del mismo año, interpuso incidente de desacato.
- Que el 14 de junio del 2017, reclamó el reconocimiento y pago de sus salarios, prestaciones sociales (cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios) y vacaciones adeudadas, así como también la sanción de que trata el artículo 65 del C.S.T., obteniendo como respuesta por parte de la demandada, el 06 de Julio del año 2017, que se estaban adelantando las gestiones administrativas pertinentes que permitieran prontamente realizar el desembolso de su liquidación final del contrato de trabajo, por lo que, tan pronto contaran con fecha exacta le informarían, sin que a la fecha haya obtenido respuesta de fondo, clara y congruente a la reclamación realizada al tenor de lo dispuesto en el artículo 489 del C.S.T.
- Que la demandada durante la vigencia de la relación laboral no hizo los aportes al sistema general de seguridad social integral conforme al salario devengado y no ha cancelado los aportes a pensión correspondientes a los meses de diciembre del año 2016, ni de enero y febrero del año 2017.

La demandada CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER a través de apoderado judicial dio contestación a la demanda de la siguiente manera:

- Que son ciertos los hechos narrados sobre que el día 10 de agosto de 2015 se inició la ejecución de una relación laboral suscrita mediante un contrato de trabajo a término fijo, así como el cargo desempeñado por el actor, por lo que no se opone al reconocimiento de dicha relación. Que efectivamente, esa entidad realizó la terminación del contrato, por lo que el 10 de agosto de 2016 hizo entrega del preaviso de terminación de contrato indicando que el mismo no se prorrogaría a partir del 9 de febrero de 2017, situación que fue conocida y aceptada por el trabajador. Que también es cierto que el actor presentó

petición ante esa entidad y no se ha dado respuesta de fondo a la misma, en atención al volumen de peticiones que han sido dirigidas a la institución. Que los demás hechos se dieron conforme a las condiciones pactadas en el contrato.

- Que esa entidad pagó en favor del demandante un ingreso no salarial de \$1.000.000 y al tenor del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo no se puede pretender que un beneficio extralegal, que fue reconocido de manera ocasional y por mera liberalidad del empleador, sea tenido en cuenta como factor salarial.
- Que el actor devengó como remuneración un salario integral conformado por un factor salarial y uno prestacional, el cual, en virtud de las estipulaciones contenidas en el artículo 132 del C.S.T., compensa el valor de prestaciones, recargos y beneficios, por lo que resulta improcedente el cobro por referido concepto, pues no se configuró como un actuar de mala fe o intención dañina del empleador de afectar los derechos laborales del trabajador, sino que obedeció a la naturaleza del salario pactado entre las partes en el contrato de trabajo y no procede el pago de los referidos emolumentos.
- Que a la finalización de la relación laboral, esa entidad realizó la liquidación final de contrato, en la cual se incluyeron los siguientes conceptos: factor salarial, factor prestacional, auxilio de alimentación y rodamiento, vacaciones por liquidación; la cual asciende a la suma de \$10.369.835, no obstante, frente a la misma se realizaron los correspondientes descuentos por conceptos de aporte a salud, pensión y pgs descuentos progressa, quedando como valor total de liquidación la suma de \$8.814.755. Resaltó que, si bien se presentaron leves retrasos, los referidos conceptos fueron cancelados el día 12 de agosto de 2.020.
- Que en ningún momento el retraso en el pago de salarios y prestaciones sociales, el cual es innegable, obedeció a una actitud malintencionada por parte del empleador a fin de perjudicar o menoscabar los derechos laborales del trabajador, por el contrario, fue el resultado de una situación coyuntural, impredecible y de fuerza mayor que aún no se ha superado.
- Que la causación de la indemnización moratoria de la que trata el artículo 65 de Código Sustantivo de Trabajo, no opera de manera automática, para su aplicación se requiere que se acredite mala fe por parte del emperador en la no cancelación de las acreencias.
- Propuso como excepciones de mérito: carácter no salarial de las prestaciones o primas extralegales concedidas a mera liberalidad por parte del empleador, inexistencia del derecho al pago de prestaciones sociales en virtud de la existencia de salario integral, imposibilidad de la concurrencia de las sanciones previstas en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la contenida en el artículo 65 del cst., inaplicación de la sanción por indemnización moratoria en el pago de cesantías art. 99 de la ley 50 de 1990 y la contenida en el artículo 65 del c.s.t. en función de la ausencia del dolo y mala fe, y la genérica.

## **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 demandada contra la sentencia del 28 de junio de 2.022 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 las partes a término fijo del 10 de agosto de 2015 al 9 febrero de 2017, desempeñándose el actor como MEDICO FAMILIAR, conforme a lo considerado.*

*Segundo. – Declarar el pago de los derechos totales debidos por la pasiva al actor en fecha 12 de agosto de 2020, conforme a lo considerado.*

*Tercero. - Condenar a la pasiva y a favor del actor, a la sanción moratoria del artículo 29 ley 789 de 2002 por el no pago de los derechos del trabajador a 9 de agosto de 2017, al pago de la sanción moratoria por el no pago de los derechos del trabajador a fecha 9 de agosto de 2017, a partir del 10 de agosto de 2017 a 9 de agosto de 2019, e intereses moratorios del 10 de agosto de 2019 a 11 de agosto de 2020, por 24 meses la sanción, y a partir del día 10 de febrero del año 2019 hasta el 11 de agosto de 2020, intereses legales moratorios en atención a que el pago de las obligaciones se honró en fecha 12 de agosto de 2020, conforme a confesión del propio actor. Valor de la sanción diaria igual a \$319.677,36 para un salario mes de \$9.590.321 x 24 meses igual a \$ 230.167.704 la sanción moratoria, más los intereses moratorios ordenados a partir del 10 febrero de 2019 al 11 de agosto de 2020, conforme a lo considerado.*

*Cuarto. - Negar las demás pretensiones específicas conforme a lo considerado en esta sentencia.*

*Quinto. - Condena en costas a cargo de la pasiva y a favor de la parte demandante, se fijan las agencias en el 5% del valor total de las pretensiones condenatorias, con fundamento en el artículo 365-1 del CGP y acuerdo PSAA16-10554 DE AGOSTO 5 DE 2016. En su oportunidad el concepto agencias se incluirá en la liquidación de costas.*

*Sexto. - Sin GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA, artículo 14 ley 1149 de 2007.*

*Séptimo. - Ejecutoriado en su oportunidad legal, ARCHIVASE.”*

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

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

- Que no es materia de debate los hechos aceptados por la pasiva sobre la existencia de un contrato a término fijo con el actor, con inicio al 10 de agosto de 2.015 y que este laboró como médico familiar, así como su desempeño personal en forma subordinada, el horario y el salario integral aceptado por el demandante.

- Sobre el salario indicó que se reconoció que había un salario integral y su valor con la aceptación de los hechos de la demanda, distinguiendo el factor salarial y prestacional para un monto total de \$8.376.550, sobre el cual se pagaban parafiscales. Que, en cuanto al rodamiento, en la cláusula 5. ° del contrato se precisa que dicho ingreso no era salarial, lo que reconoce el actor al absolver el interrogatorio de parte, artículo 15 Ley 50 del 90 que modificó el artículo 128 del C.S.T., que de no entenderse así haría parte del monto del salario integral y de todos modos no genera prestaciones sociales según el artículo 132 del C.S.T.

- Que el planteamiento del actor es correcto en cuanto a que el 12 de agosto de 2.020 se le pagó lo debido por la empresa demandada, por lo que solamente fustiga la sanción moratoria.

- Que sobre el evento de tenerse como debido algún concepto este se tendría que indexar; que las vacaciones no hacen parte de la sanción moratoria como quiera estas se causan al cumplimiento del año de trabajo y su concesión en el año siguiente, lo que implica que para las primeras, es decir, las del periodo del 10 de agosto del 15 al 09 de agosto del 16, tenía el empleador un año para concederlas y pagarlas, esto es para el 09 de agosto del año 17 y como terminó el contrato el 09 de febrero de ese año, tenían que pagarse a esa fecha con el último salario todas las vacaciones.

- Que, reconocido el pago de las prestaciones, subsisten la mora y las prestaciones y derechos que en su concepto se debían conforme a la demanda, por lo que haría condena al respecto.

- En cuanto a la sanción moratorio del artículo 29 de la Ley 789 de 2.002, encuentra que la pasiva a sabiendas desde mucho tiempo antes de la no prorrogación del contrato, no hizo las provisiones respectivas para cumplirle al actor y este le

espero en forma más que paciente pero no se le pago en tiempo razonable, como se prueba con petición del 14 de junio de 2.017, para inferir que la pasiva obró en forma negligente.

- Que la suma que se debía pagar al actor no era tan cuantiosa, no obstante no se prueba en concreto que la pasiva no la tuviera para cumplirle al demandante a la desvinculación el 09 de febrero de 2.017 y en tiempo posterior, no obstante se pagaban otras obligaciones como lo reconoció el Representante Legal, dejando en segundo plano los derechos laborales que son del primer orden, asumiendo el trabajador el hecho negativo de la presunta ausencia de recursos, lo que no se permite al tenor del artículo 28 del C.S.T.

- Trajo a colación la tesis del Alto Tribunal, que acogió en sentencia radicado 454 del 18, siendo demandante XIOMARA JIMENEZ DE HERNANDEZ contra la aquí demandada, que fue confirmada por el superior funcional, respecto a que el hecho de que una empresa experimente insolvencia económica no es circunstancia para que automáticamente se coloque en situación de buena fe y como consecuencia se releve de ser condenada a la indemnización moratoria, según sentencia SL1809 de 2.019. Que no se desconoce que circunstancias de naturaleza económica afectan la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, mas no debe perderse de vista que estos no asumen los riesgos o perdidas del empleador, tal como lo provee el artículo 28 del CS.T., y además que los créditos causados por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás, tal como señala el artículo 36 de la Ley 50 del 90.

- Que se descarta que la insolvencia económica que aduce haber presentado la demandada puede obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, pues como la razón que alega la empresa como causal de crisis económica es la reducción de flujo de caja por falta de pago de la EPS SALUDCOOP, y las que la sucedieron, CAFESALUD y MEDIMAS, debe indicarse que tal situación no encuadra dentro del concepto del caso fortuito o fuerza mayor y aun considerado como un hecho fortuito, según la tesis que ha sostenido la Sala Laboral, radicado 34288 de enero 24 del 12, el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos, de los propietarios de las unidades de explotación, aspecto de quienes en todo caso pueden presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis, que frente a esto no existe elemento de convicción que indique que la demandada ejerció acciones encaminadas a amortiguar la falta de recursos y dar cumplimiento a la obligación laboral para con el actor.

- Que no debe perderse de vista que le empleador como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral, artículo 333 de la Constitución Política.

- Que no hay certeza de que la demandada haya colocado un orden de pago en el tiempo para visualizar la preferencia de pago del demandante frente a otras obligaciones de las cuantiosas que tendría en su momento histórico y como se iban honrando con el paso del tiempo, probándose además el flujo de caja para el año 17 a la terminación del contrato, luego no se probó con certeza que la pasiva careciera de recursos para pagar los salarios debidos al demandante, por lo que condena al pago de la sanción moratoria por el no pago de los derechos del trabajador.

- Respecto a la buena fe que se presume en términos generales del artículo 83 de la Constitución política, indicó que, para este caso, el artículo 29 de la Ley 789 de 2.002, consagra una excepción de presunción de mala fe por el incumplimiento del empleador de pagar al trabajador a la terminación del vínculo los salarios y prestaciones debidos.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

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

La apoderada de la parte demandada CORPORACIÓN MI IPS NORTE DE SANTANDER interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Frente a la condena de indemnización impuesta trae a colación los argumentos reiterativos de la Corte Suprema de Justicia, relativos a que esta no opera de forma automática, sino que se debe verificar la existencia de un actuar de mala fe por parte del empleador. Que en el desarrollo de la práctica de pruebas se puso de presente los motivos del retraso en el pago de las acreencias causadas en favor del demandante, al indicarse que la situación se presentó como consecuencia de la intervención de las entidades con las cuales ha tenido vínculo contractual la pasiva, como lo indicó el contador en su testimonio y se pudo observar en la Resolución 1960 del 06 de marzo de 2017 que se aportó al expediente y en la cual se evidencia que existían acreencias pendientes por pago para esa entidad por parte de la EPS SALUDCOOP y que se presentó en el concurso de acreedores.

- Que la pasiva tuvo un contrato con CAFESALUD y como consecuencia también de la intervención de dicha entidad, se presentó una afectación en sus finanzas, lo que generó incumplimiento de las obligaciones a su cargo, aunado a ello refirió que en última instancia se presentó un contrato con la EPS MEDIMAS, sin embargo en el desarrollo del mismo se dieron situaciones como la ocasionada con la resolución 4344 de abril de 2.019, en la cual se adoptaron medidas especiales de control sobre los recursos que se giraban por parte de dicha EPS a su red de prestadores, lo que trajo consigo la consecuencia de la disminución del flujo de caja de esa Corporación, tanto que para la fecha ya no se encuentra desarrollando su objeto social.

- Que la entidad en medio de tales situaciones realizó las gestiones pertinentes con el fin de cumplir las obligaciones a su cargo y procedió con el pago de los conceptos laborales pendientes en favor del demandante, y bajo tales predicados su actuar no se constituye de mala fe encaminado a perjudicar los derechos del trabajador, sino que fue el resultado de una situación impredecible en la que se vio avocada.

#### **4. ALEGATOS**

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

##### **• PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado del demandante ÁLVARO DE LA SANTÍSIMA TRINIDAD MONTES solicita que se confirme íntegramente la sentencia proferida en primera instancia, por encontrarse ajustada a los hechos probados en la demanda, a las pretensiones solicitadas y a los cánones normativos y jurisprudenciales.

Manifiesta que se debe tener en cuenta que la pasiva no logró probar las razones atendibles y justificables por las cuales se abstuvo de reconocer y pagar a favor del demandante las prestaciones sociales y salarios adeudados al momento de la extinción del contrato, por lo que no se encuentra en el plano de la buena fe que le permita la exoneración de la indemnización por falta de pago prevista en el artículo 65 del C.S.T.

Destacó la demora extrema de la demandada en cancelar las prestaciones sociales y salarios al actor, lo cual procedió a realizar por la notificación de la presente demanda, actuar que de manera alguna denota buena fe de quien fue su empleador, circunstancia que ha sido prevista por la inveterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

##### **• PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de la demandada CORPORACION MI IPS NORTE DE SANTANDER solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se absuelva a su representada de todas las pretensiones de la demanda, manifestando que los motivos en los cuales se fundan los incumplimientos respecto al pago de los derechos laborales del demandante, no obedecieron a una actitud malintencionada

por parte del empleador a fin de perjudicar o menoscabar los derechos laborales del trabajador, sino que, fue el resultado de una situación sistemática de fuerza mayor de todo el sistema de salud, igualmente resaltó que la entidad intentó agotar las demás fuentes de financiamiento externo para así poder tener acceso al sector financiero, pero dada la volatilidad del sector salud, no pudo acceder a las mismas.

## **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:

¿Resulta procedente la condena a la CORPORACIÓN MI I.P.S. NORTE DE SANTANDER por concepto de indemnización moratoria respecto de las prestaciones dejadas de cancelar al señor ALVARO DE LA SANTISIMA TRINIDAD MONTES BECERRA a la terminación del contrato?

## **7. CONSIDERACIONES**

En este caso, se tiene no fue objeto de controversia la existencia de la relación laboral, la duración de la misma, el cargo desempeñado por el actor durante la vinculación laboral, ni el salario que devengaba, y tampoco lo fue el hecho de que al terminar el contrato no se cancelaron al demandante las prestaciones sociales y vacaciones en los términos referidos en la demanda, existiendo solo discrepancia frente a la aplicación de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., pues la pasiva alega que no actuó de mala fe.

El a quo resolvió condenar a la parte demandada, una vez advirtió la existencia de una relación laboral entre las partes y el no pago al actor de sus prestaciones sociales y vacaciones al momento de la terminación del contrato, por lo que condenó a la pasiva al pago de la indemnización moratoria ante la falta de justificación para el no pago oportuno.

Por su parte la demandada en su apelación, indica, que el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones no fue resultado de una actuación de mala fe sino consecuencia de la liquidación de SALUDCOOP, CAFESALUD y MEDIMAS, quienes la dejaron con unas acreencias pendientes por pago que imposibilitaron cumplir con los derechos laborales del actor.

Significa lo anterior, que no será objeto de controversia en segunda instancia por virtud del principio de consonancia contenido en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., lo correspondiente a la relación declarada; en esa medida y siendo el único asunto apelado la indemnización moratoria, cabe recordarse 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 establecer *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Respecto a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T, no existe discusión en cuanto a que, al momento de la terminación de la relación laboral, al demandante se le adeudaban las prestaciones sociales relacionadas en la demanda, las cuales han estuvieron en mora desde la finalización de la relación laboral, esto es el 09 de febrero del 2017 y hasta que se dio el pago el 12 de agosto de 2.020.

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; esta noción que rechaza la aplicación automática de la indemnización moratoria se extiende a la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, indicando la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que “para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago”.

Ante esto, 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.

Para el caso concreto, la demandada alega que no realizó el pago oportuno de las prestaciones al actor debido a la afectación de sus finanzas que fue generada por el no pago de servicios de salud que prestó esa entidad a diferentes EPS, por lo que no ha actuado de mala fe, al respecto, la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2809 de 2019 recordó que el hecho de que una empresa atraviese dificultades económicas, 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 atraviese 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”.*

De esta manera, la mera alegación de la demandada de encontrarse demostrado que atravesaba una difícil situación económica debido a la crisis que presentó el sistema de salud, por sí sola no la absuelve de la indemnización moratoria, sino que se debe analizar en conjunto con las demás pruebas, para establecer, si se encuentra debidamente acreditadas actuaciones denotativas de buena o mala fe, que permitan dirimir la procedibilidad de la condena sancionatoria.

Así las cosas, como se ha señalado en casos anteriores, no observa la Sala probidad en el proceder de la CORPORACION MI I.P.S NORTE DE SANTANDER al aducir que se encontraba en una difícil situación económica debido a la crisis que atravesó el sistema de salud y que por tal razón no pagó las prestaciones sociales, en la medida en que, aun probada la situación de crisis económica de la empresa por esta situación y el conocimiento pleno de los trabajadores de este hecho, tal situación no es óbice para no cumplir en el momento oportuno con las obligaciones labores que tenía a cargo la IPS demandada, porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados, sino que alega no poder pagarlos por razones económicas, y no debe perderse de vista, que los trabajadores no asumen los riesgos o pérdidas del patrono, tal como lo prevé el artículo 28 del C. S.T.

Agregado a ello, los créditos causados por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás, tal como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990.

De otra parte, se descarta que la insolvencia económica que aduce haber presentado la demandada, pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, y aun

configurándose como un hecho fortuito, según la tesis que ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (ver sentencia con radicado 34288 de enero 24 de 2012):

*“el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso **debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis**”.*

Frente a tal, no existe prueba alguna en el plenario que denote que el empleador tomó las medidas necesarias para amortiguar la falta de recursos económicos, ni tampoco existe un elemento de convicción que indique que la IPS aludida ejerció acciones tendientes al cumplimiento de las obligaciones laborales y remedio a la crisis.

Tampoco debe perderse de vista que el empleador, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333).

Significa lo anterior, que, del expediente no se desprende probanzas concretas sobre la existencia de buena fe en el actuar del empleador al no cancelar oportuna y debidamente las prestaciones laborales al demandante; por lo que se confirmará la sentencia impugnada que condenó por este concepto.

Ante ello, al no proceder el recurso de apelación se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandante.

## **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: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2.022) proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fijense como agencias en derecho el equivalente a un 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. 108, fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8  
a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



---

Secretario



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

---

---

**Cúcuta, (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)**

**PROCESO : ORDINARIO EN CONSULTA  
RAD. ÚNICO : 54-001-31-05-004-2020-00090-01  
P.T. : 20052  
DEMANDANTE : JOSÉ ANDRÉS CONTRERAS VELOZA  
DEMANDADO : COMERCIALIZADORA MONTES DE COLOMBIA S.A.S.**

**MAGISTRADO PONENTE:  
DR. ANDRÉS SERRANO MENDOZA**

Realizado el examen preliminar, se ordena dar trámite al grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha dieciséis (16) de agosto de 2022 en cuanto fue adversa a las pretensiones de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA  
MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 108, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.  
Cúcuta, 3 de octubre de 2022.

Secretario



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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-004-2021-00371-01
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.949
<b>DEMANDANTE:</b>	GUSTAVO LIZARAZO MEZA
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

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

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 21 de junio de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

**1. ANTECEDENTES**

El señor GUSTAVO LIZARAZO MEZA por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las A.F.P. PROTECCIÓN y PORVENIR, solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó al RAIS el 01 de diciembre de 1.999 con la afiliación a PROTECCIÓN, así como del que posteriormente realizó a PORVENIR, y se les ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen; que como consecuencia, las A.F.P. demandadas trasladen a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, que esta última lo 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 PROTECCIÓN y PORVENIR 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, 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 22 de septiembre de 1.962 y cumplirá 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 afilió al RPMPD el 07 de junio de 1.991, al cual cotizó 311 semanas por medio de diversos empleadores.

- Que el 01 de diciembre de 1.999 se trasladó al RAIS mediante afiliación a PROTECCIÓN y posteriormente se trasladó a PORVENIR; que ha cotizado en ese régimen más de 1.105 semanas. Por lo anterior, a la fecha de presentación de la demanda había cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes más de 1.417 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 18 de junio de 2.021 elevó derecho de petición a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., solicitando información de la afiliación y traslado de régimen; que en la misma fecha solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y que procediera a afiliarlo sin dilaciones, petición que le correspondió el radicado 2021\_6903538.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relacionados con la edad del actor, la fecha en que se afilió al RPMPD y que presentó solicitud de traslado de régimen. Sobre 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 la 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 el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, asegurando 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 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.

- Que el demandante actualmente cuenta con 60 años de edad, faltándole menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez y por lo tanto, no es posible trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que concordancia con el artículo 167 del CGP y la Sentencia C 086 de 2016, 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 el demandante pudiera adoptar una decisión adecuada, excluyéndose de esta responsabilidad a Colpensiones.

- Manifestó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 373-2021, moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual, respecto de quienes se produce la imposibilidad de retornar al estatus quo anterior.

- Solicitó no acceder a la 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 a la Administradora del RPMPD.

- 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 casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un 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 RAIS en cualquiera de sus modalidades 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 y los mismos deben probarse. 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 se debe tener en cuenta que el demandante realizó múltiples traslados entre Fondos en el RAIS y estos son llamados actos de relacionamiento que pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como: presentar solicitudes de información de saldo, actualización de datos, asignación y cambio de clave, según lo ha establecido la Corte Suprema De Justicia en la SL 413-2018. Que tales actuaciones presuponen cierto conocimiento respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios, desventajas y su modo de operar, de ahí que su intención sea continuar en el, aun teniendo la posibilidad eventual de retornar a COLPENSIONES.

- Que es imposible jurídicamente que una AFP del RAIS reconozca una pensión con las características propias del RPMPD, por ser regímenes con mecanismos de financiación totalmente distintos y excluyentes.

- Que la parte demandante no realizó esfuerzo argumentativo y probatorio alguno para establecer qué clase de error se alega, ni la entidad del mismo, para poder determinar si tiene la virtualidad de anular el consentimiento y se limitó en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad.

- Que las pruebas documentales que aporta, en particular el formulario de vinculación o traslado suscrito por la demandante bajo la gravedad del juramento, dan constancia de que hubo una debida asesoría y que la actora tomó su decisión 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 de la 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 posibilidades de traslado de régimen a través de los canales dispuestos por esa entidad, así como el envió de los extractos trimestrales y en el año 2004 realizó campañas a través de comunicaciones masivas a sus afiliados por medios de comunicación, 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 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 está 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 y 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 mérito de: inexistencia de la obligación, buena fe, 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 edad del actor y que este presentó solicitud de información de la afiliación y traslado de régimen ante esa entidad. Sobre los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan.

- Que se opone a las pretensiones debido a que el traslado de régimen pensional se efectuó conforme a los parámetros legales que establecía el legislador para dicha época, ya que el demandante se afilió con la AFP Protección S.A., diligenciando el formulario de manera libre, espontánea y sin presiones de conformidad con el Decreto 692 de 1994, previo a una asesoría completa, veraz y suficiente sobre las consecuencias y beneficios de permanecer en cada uno de los regímenes pensionales.

- Que el formulario de vinculación suscrito por el actor el día 01 de octubre de 1999 se encuentra amparado por una presunción de legalidad y allí expresó su voluntad de permanecer afiliado al Régimen de Ahorro Individual, asumiendo los

riesgos que conllevaba el mismo, y a sabiendas de los beneficios que dicho régimen le ofrecía.

- Que el 30 de abril de 2010 el demandante optó por efectuar un traslado horizontal a la AFP PORVENIR, lo cual permite inferir que conocía de las características propias del RAIS. Que como actualmente el actor se encuentra afiliado a otra AFP, esa entidad no cuenta con saldo alguno en la cuenta de ahorro individual de este, pues trasladó sus aportes junto con los rendimientos a la AFP PORVENIR.

- Que a la fecha el actor no cuenta con la edad requerida para pensionarse en el RAIS y al contar con 59 años de edad, no sería posible efectuar el traslado de régimen por traslado normal. Que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social el demandante contaba con 31 años y menos de 750 semanas de cotización, por lo que no era beneficiario del régimen de transición.

- Que en el hipotético evento que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS y se condene a esa entidad a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con la buena gestión de esa AFP, pero no la devolución de lo que se descontó por comisión de administración, por tratarse de descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración.

- Que en caso de darse la ineficacia y/o nulidad de la afiliación, según el artículo 1746 que trata sobre las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y ésta última la comisión de administración al afiliado, toda vez que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido rendimientos.

- Que en caso de que se ordene a PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES los aportes del demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor del actor, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de esa AFP, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando el juez una interpretación no acorde con la Constitución ni con la ley, en detrimento del patrimonio de esa entidad, vulnerándosele el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por esa administradora.

- Propuso las excepciones de mérito de: declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación con la AFP PROTECCIÓN S.A.; buena fe por parte de AFP PROTECCIÓN S.A.; inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP ROTECCIÓN S.A.; inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por afectación a terceros de buena fe; prescripción y la genérica.

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

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

La Sala se pronuncia de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la Sentencia del 21 de junio de 2.022 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 GUSTAVO LIZARAZO MEZA, c.c. 13.461.681 del régimen de prima*

*media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A, en fecha del traslado solicitud 01-10-1999 efectivo 1999-12-01, CONFORME A LO CONSIDERADO.*

*SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PROTECCION S.A. (determinante del traslado), y a la entidad donde se encuentran hoy los recursos (PORVENIR S.A.) por traslado interfondos, 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 posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales, señalamos para el efecto artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993, precisando que son de cargo del fondo pensional PROTECCION S.A, la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la parte 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 el demandante en este radicado reseñado para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida (AFILIACIÓN FICTA), administrado en su momento por el extinto I.S.S. (o cualquier entidad de la seguridad social en su época), 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 pasiva y sobre las demás propuestas hay declaración insita conforme a lo considerado.*

*QUINTO: Declarar la buena de la pasiva, 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 de LOS FONDOS PRIVADOS, INCLUYENDO LOS DESCUENTOS HECHOS, DESDE LA GENESIS DEL TRASLADO Y HASTA QUE SE DEVUELVAN en su totalidad, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.*

*SEPTIMO: Condenar a PROTECCION S.A., a que los descuentos hechos siendo el determinante del traslado tiene que devolverlos indexados a la fecha de cumplimiento de la sentencia.*

*OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte pasiva PROTECCION S.A y a favor del demandante, se fijan las agencias en \$ 2 millones de pesos, \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A y a favor del demandante, igual a 1 salario mínimo legal (Decreto 1724 del 21), sin agencias frente a COLPENSIONES S.A., todo conforme a lo considerado. 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.*

*NOVENO: 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 y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por la indebida o nula información que suministró el fondo privado que determino el traslado, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, ordenar a las demandadas realizar todas las gestiones pertinentes y la devolución de todos los dineros depositados por el actor a las AFP, así mismo, ordenar a COLPENSIONES

recibir al demandante y corregir la historia de cotizaciones, teniendo como única afiliación válida la del RPMPD. Que como subsidiaria se solicitó reconocimiento de perjuicios e indemnización. Que se deben resolver las excepciones formuladas.

- Resaltó que en el presente caso al haberse presentado una negativa indefinida la carga de la prueba se traslada a la parte demandada, quien debe presentar la prueba de la información que fue dada al demandante.

- Que en el interrogatorio el demandante manifestó que no hubo información y que no puede afirmar que fue engañado, respecto a esto último, indicó que no es significativo para los fines de la sentencia, ya que se trata de la ineficacia y no de una nulidad del traslado sobre vicios del consentimiento.

- Que el actor no es del régimen de transición, en especial por cotizaciones al sistema, e indicó que en dicho régimen si tenían algunas personas la movilización libre en cualquier época, por lo que trajo a colación la SU062 del 10, la sentencia C789 del 2.002 y la C1024 del año 2.004.

- Que de acuerdo a la época del traslado se aplica SL 1452 de 2019, en donde se establece que la información que debía darse al demandante era la necesaria y transparente. Que sobre la información suministrada los fondos manifestaron que era verbal de acuerdo a la normativa existente.

- Que para el traslado hay una garantía absoluta de la libertad en la escogencia del régimen pensional, fundamentado en el consentimiento libre e informado, de acuerdo al literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, y cuando no se da esa información debida pues se pretermite esta normativa, recordando que por lo consagrado en el artículo 1604 del C.C., el deber de información esta cargo de las AFP de quienes emana la responsabilidad de carácter profesional.

- Que es cierto que no había una concepción sobre el entendimiento de que información tenía que darse, como lo habla luego la jurisprudencia en el año 2.008 en el radicado 31989, que indica que la información debía ser completa y comprensible a medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad, lo que implica dar a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios.

- Que si bien es cierto existe la obligatoriedad de un formulario que debía ser bien diligenciado para que tuviera validez de acuerdo a los artículos 3.º y 11 del Decreto 692 de 1.994, este no es suficiente según la Corte, porque allí no se habla de la información suministrada al potencial afiliado.

- Que la jurisprudencia señala que en el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 del 93, se indica que por obligación el fondo como entidad vigilada tenía que dar información necesaria de los servicios que prestan para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice de suerte que permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado, por lo que si existía normativa sobre la información a entregar.

- Que la jurisprudencia dice que no se subsana la información con publicaciones posteriores o informaciones de cuentas, extractos, etc., que den los fondos a los afiliados. Que la cantidad de tiempo que se estuvo afiliado en el fondo privado, tenido como actos de relacionamiento por alguna sentencia, no significa como ha dicho la Corte que haya cambiado ya la jurisprudencia, porque la ineficacia opera desde la génesis del traslado.

- Resaltó que la normativa ha sido muy celosa sobre el manejo de la información, para lo cual recordó la responsabilidad de los promotores señalada el artículo 10 del Decreto 720 del 94, que hace incluso incurrir en responsabilidad a las AFP.

- Que al generarse la ineficacia la jurisprudencia ha indicado que los recursos que se han aportado al RAIS tienen que devolverse sin ninguna merma e indexados, incluso con recursos propios. Que las fundamentaciones adicionales a lo anterior

son los artículos 102 y 113 de la Ley 100 de 1.993, así como el artículo 16 del Decreto 692 del 94.

- En cuanto a la excepción de prescripción señaló que las pretensiones declarativas no prescriben según lo dicho en la SL1688, radicado 68838 del 08 de mayo de 2.019. Indicó que la buena fe de la pasiva se presume por el artículo 86 superior, pero no alcanza para enervar las pretensiones de la parte demandante. Declaró no probadas las demás excepciones.

### **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 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 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 frente a 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.

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

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

- Que esa entidad no se opone a la declaración de ineficacia, pero presenta recurso de forma parcial sobre la devolución de los seguros previsionales y los descuentos que se hicieron en el momento en que el actor estuvo afiliado con esa AFP, toda vez que en el año 2.010 retornó los aportes con sus rendimientos financieros a PORVENIR, por lo tanto no es viable que se ordene devolver los gastos que fueron usados de manera oportuna para sufragar la administración en las bolsas que generaron los rendimientos financieros, lo cual es un beneficio para el demandante y si se condena a la devolución de esos gastos de administración, se estaría generando un enriquecimiento sin causa para el actor en detrimento de PROTECCIÓN.

- Que no está de acuerdo en que se ordene a esa AFP realizar la devolución de todos los descuentos por ser el fondo que realizó el traslado de régimen, porque ya trasladó los aportes a PORVENIR y es esa entidad a la que le corresponde hacer el traslado total de los valores de la cuenta del actor, lo que tiene su fundamento legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1.993.

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

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

- Que en los interrogatorios se logró evidenciar que no hubo ningún tipo de engaño ni información insuficiente al momento de realizarse el traslado al RAIS.

- Que como actos de relacionamiento se tiene que el demandante ha estado vinculado por más de 20 años al RAIS; no realizó averiguación alguna respecto de sus condiciones pensionales en el tiempo que otorgaba la normatividad; firmó sus formularios de forma libre, voluntaria y sin presiones, dando su ratificación a su deseo de permanencia y pertenencia en estos fondos y realizó traslados horizontales dentro del mismo RAIS, lo que presupone que el actor conocía del régimen en el cual se encontraba vinculado.

- Que la mayor inconformidad radica en que se concede la ineficacia pretendida aun cuando el deseo de traslado del demandante obedece únicamente al supuesto aumento pensional a recibir en COLPENSIONES y no se hace alusión a una falta al deber de información al momento del traslado.

#### **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:**

La apoderada del demandante GUSTAVO LIZARAZO MEZA solicita que se confirme la sentencia de primera instancia de acuerdo a la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y por considerar que la misma se encuentra ajustada a derecho.

Manifiesta que en el presente caso se tienen como fundamentos fácticos que el actor se encuentra afiliado al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A, y que no recibió la información necesaria ni pertinente para efectuar el traslado del régimen; que como fundamentos jurídicos está el literal b) del artículo 13 de la Ley y que la afiliación debe ser precedida de información clara, tal y como ha indicado la Corte Suprema de Justicia y el artículo 271 ibídem, donde se establece la ineficacia como consecuencia jurídica para esta falta de información.

Que respecto a la falta de información existe importante jurisprudencia en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia, fallos que datan del año 2008 y hasta el 2020, donde se ha venido ampliando y reiterando en debida forma, que la suscripción del formulario de afiliación por parte del afiliado, por sí solo no es prueba de que se realizó una debida asesoría.

##### **• Demandado:**

La apoderada de **COLPENSIONES** solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a esa entidad de los cargos formulados en su contra, 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 la demandada **PORVENIR** solicita que 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, el cual no tiene carácter de gratuidad. Que la condena en costas no se ajusta a derecho pues esa entidad no incurrió en falta alguna.

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

En el presente asunto no se observan deficiencias 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 siguientes:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por el señor GUSTAVO LIZARAZO MEZA del RPMPD al RAIS por medio de PROTECCIÓN S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado implica que las A.F.P. PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

deban devolver, todos los valores que hubiere recibido por capital de cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales de haberse cobrado, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, 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? y ¿si la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado implica sean de cargo del fondo pensional PROTECCIÓN S.A, la devolución de forma indexada de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la parte demandante por haber sido el determinante del traslado de régimen?

## **8. CONSIDERACIONES:**

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

Al respecto el 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 necesaria y transparente para lograr que con base en esta el potencial afiliado a través de elementos de juicio claros y objetivos tomara la decisión, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario; que al no haberse probado que se otorgó esa información y no ser subsanable dicha ineficacia porque se predica del momento del traslado, accedió a las pretensiones y ordenó la devolución de los aportes con todos los valores descontados sin ninguna merma.

A esta conclusión se opuso PORVENIR S.A. alegando que se revoque la sentencia 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 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 PROTECCIÓN se opone a la devolución de los seguros previsionales y los descuentos que se hicieron en el momento en que el actor estuvo afiliado con esa AFP, toda vez que retornó los aportes con sus rendimientos financieros a PORVENIR y si se condena a la devolución de los gastos de administración, se estaría generando un enriquecimiento sin causa para el actor en detrimento de esa entidad.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación manifestando que se logró evidenciar que no hubo ningún tipo de engaño ni información insuficiente al momento de realizarse el traslado al RAIS, que el actor ha realizado actos de relacionamiento y que el deseo de traslado del demandante obedece únicamente al supuesto aumento pensional a recibir en esa entidad.

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 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 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 el 07 de junio de 1.991 se afilió al RPMPD, al cual cotizó 311 semanas por medio de diversos empleadores y el 01 de diciembre de 1.999 se trasladó al RAIS mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A, sin la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió; que posteriormente se trasladó a PORVENIR y ha cotizado en este último régimen más de 1.105 semanas. También indicó que el 18 de junio de 2.021 solicitó a las demandadas el traslado de régimen.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se afilió al RPMPD el 07 de junio de 1.991; que el 01 de octubre de 1.999 diligenció solicitud de vinculación N° 5167356 a la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones PROTECCIÓN S.A., la cual se hizo efectiva el 01 de diciembre del 99 y que el 23 de marzo de 2.010 diligenció solicitud de vinculación o traslado N° 13738008 a la AFP PORVENIR S.A., la cual se hizo efectiva el 01 de mayo de 2.010.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. de fecha 01/10/1.999, 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 GUSTAVO LIZARAZO MEZA 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 01 de octubre de 1.999 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 GUSTAVO LIZARAZO MEZA 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 las 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 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...».

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 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 que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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 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.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada PROTECCIÓN S.A., 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).”*

Respecto de lo señalado en la parte resolutive sobre que “son de cargo del fondo pensional PROTECCIÓN S.A., la devolución de todos los recursos que fueron objeto de descuento a la parte demandante por los conceptos precitados desde el inicio del traslado y hasta que se devuelvan los recursos EN SU TOTALIDAD a COLPENSIONES S.A, por haber sido el determinador del traslado de régimen...”; la jurisprudencia citada 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.

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a las AFP demandadas, les asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz, por lo cual es claro para esta Sala de Decisión, a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

En consecuencia, se modificará lo resuelto en el numeral segundo de la providencia apelada y se condenará a las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliado el actor a cada una de estas.

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 por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, las AFP están llamadas a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

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 1.999 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 a los actos de relacionamiento, teniendo en cuenta que en el presente caso el actor dentro del RAIS realizó traslado entre fondos de pensiones, es importante traer a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2877 de 2.020 a través de la cual cita el pronunciamiento realizado por esa misma corporación en el rad. 31989 del 09 sep. 2.008, en el que precisó: *“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”*.

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Descongestión Laboral, en sentencia SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, MP. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en donde se precisó lo siguiente:

*“Ahora, cabe puntualizar, que en este juicio la voluntad del demandante de cambiarse de régimen, no se ratifica con los cambios que el actor posteriormente hubiese efectuado en el RAIS con diferentes Fondos, ni siquiera si la última AFP Porvenir S.A. le brindó alguna información, dado que lo que produce la ineficacia del traslado es la actuación de la primera AFP Colfondos, que implica que deben «retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido», incluyendo lo referente a cualquier traslado entre Fondos, tal como se expuso en las decisiones CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.*

*Ineficacia que, conforme a la aludida decisión CSJ SL1689-2019, implica que «desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis».*

*Es decir, que la ineficacia envuelve o consiste en estimar que el acto no se celebró y, por consiguiente, no puede producir efectos, en la medida que fue realizado en contravención a los mandatos legales y obviando los requisitos y presupuestos establecidos.*

*En ese orden de ideas, la falta de información no se subsana por los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.”*

Al declararse para el presente caso la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, esta Sala acoge la postura adoptada en las sentencias SL 2877 de 2.020 y SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, por lo tanto, las cosas deben volver a su estado anterior y no se reconocen los distintos traslados entre fondos de pensiones que el actor realizó al interior del RAIS como actos de relacionamiento.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A, al no haber prosperado su recurso de apelación, por lo que resultan vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala modificará los numerales segundo y séptimo de la decisión recurrida y deberá confirmar en los demás aspectos la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 21 de junio 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 \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas.

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

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente trámite, el cual quedará así: CONDENAR al fondo pensional PROTECCION S.A. (determinante del traslado), y a la entidad donde se encuentran hoy los recursos (PORVENIR S.A.) por traslado interfondos, 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 posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, como seguros previsionales, señalamos para el efecto 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 las A.F.P. PORVENIR y PROTECCIÓN deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en caso de que se hubiere causado y devolver a COLPENSIONES, todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos establecidos en el artículo 2060 de la ley 100 del 93, efectuados en el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a cada cotización aportada a nombre del demandante, los cuales serán asumidos por el patrimonio de cada entidad respecto del tiempo que estuvo afiliado el actor a cada una de estas. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral séptimo de la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente trámite, el cual quedará así: Condenar a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a que devuelvan a la fecha de cumplimiento de la sentencia, de forma indexada los descuentos hechos por gastos de administración y demás conceptos sobre cada cotización aportada a nombre del demandante, debiendo asumir cada AFP con su patrimonio lo correspondiente en el tiempo que estuvo afiliado el actor a cada una de estas.

**TERCERO: CONFIRMAR** en los demás aspectos la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 21 de junio de 2.022, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

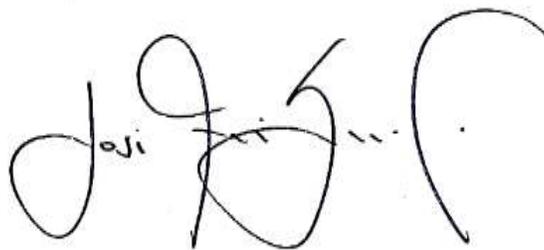
**CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

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. 108, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8  
a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



Secretario



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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-004-2022-00006-01
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.928
<b>DEMANDANTE:</b>	XIMENA CAICEDO GUTIERREZ
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

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

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 22 de junio de 2.022 que fue proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

**1. ANTECEDENTES**

La señora XIMENA CAICEDO GUTIERREZ por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR, solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuó al RAIS el 30 de junio de 1.994 con la afiliación a COLPATRIA y se les ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen; que como consecuencia, PORVENIR traslade 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 la A.F.P. PORVENIR con ocasión a la indebida y nula información suministrada al momento del traslado efectuado, le ocasionó perjuicios que deben ser reparados por lo que como indemnización debe 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 la A.F.P. PORVENIR, 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 07 de noviembre de 1.963 y cumplió la edad mínima requerida dentro del RPMPD para acceder a la Pensión de Vejez, el mismo día y mes del año 2.020.

- Que se afilío al RPMPD el 31 de agosto de 1.986, al cual cotizó por medio de diversos empleadores.

- Que el 30 de junio de 1.994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR y ha cotizado en ese régimen más de 1.345 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 1.397 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 11 de noviembre de 2.021 elevó derecho de petición al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. solicitando información de la afiliación, simulación pensional y la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen. Que el 30 de noviembre de 2.021 le entregaron la simulación de su pensión de vejez en el RAIS, la cual arroja un valor de NOVECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS VEINTISEIS PESOS M/CTE (\$908.526) como mesada pensional a la edad de 57 años, aplicando como tasa de reemplazo del 21.22%. Que el 02 de diciembre de 2.021 la A.F.P. demandada le respondió que no cuenta con soporte físico de la información dada al momento de efectuar el traslado.

- Que el IBL del promedio de los últimos 10 años cotizados es de \$4.184.812, suma que al aplicarle la tasa de reemplazo correspondiente del 65.25%, arroja para esa anualidad una mesada pensional en COLPENSIONES de aproximadamente DOS MILLONES SETECIENTOS SIETE MIL PESOS M/CTE \$2.707.442.

- Que el 11 de noviembre de 2.021 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y que procediera a afiliarla sin dilaciones, petición que le correspondió el radicado 2021\_13529491.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relacionados con la edad de la actora y que esta presentó solicitud de traslado de régimen. Sobre 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 la 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 el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, asegurando 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 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.

- Respecto a la carga dinámica de la prueba manifestó que concordancia con el artículo 167 del CGP y la Sentencia C 086 de 2016, 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, excluyéndose de esta responsabilidad a Colpensiones.

- Manifestó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 373-2021, moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual, respecto de quienes se produce la imposibilidad de retornar al estatus quo anterior.

- Solicitó no acceder a la 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 a la Administradora del RPMPD.

- 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 casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un 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 RAIS en cualquiera de sus modalidades 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 y los mismos deben probarse. 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 es imposible jurídicamente que una AFP del RAIS reconozca una pensión con las características propias del RPMPD, por ser regímenes con mecanismos de financiación totalmente distintos y excluyentes.

- Que la parte demandante no realizó esfuerzo argumentativo y probatorio alguno para establecer qué clase de error se alega, ni la entidad del mismo, para poder determinar si tiene la virtualidad de anular el consentimiento y se limitó en un relato difuso e impreciso a endilgarle responsabilidad.

- Que las pruebas documentales que aporta, en particular el formulario de vinculación o traslado suscrito por la demandante bajo la gravedad del juramento, dan constancia de que hubo una debida asesoría y que la actora tomó su decisión 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 de la 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 posibilidades de traslado de régimen a través de los canales dispuestos por esa entidad, así como el envío de los extractos trimestrales y en el año 2004 realizó campañas a través de comunicaciones masivas a sus afiliados por medios de comunicación, 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 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 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 está 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 y 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 las demandadas contra la Sentencia del 22 de junio de 2.022 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 XIMENA CAICEDO GUTIERREZ c.c. 27.898.369, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, o CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISION SOCIAL, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A, otrora COLPATRIA S.A., fecha solicitud traslado 94-06-24 efectivo 94-6-30 es la fecha válida, folio 573 archivo digital 12, CONFORME A LO CONSIDERADO.*

*SEGUNDO.- CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A., (determinante del traslado), ENTIDAD donde se encuentran hoy los recursos aportados por la parte demandante, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa hoy 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, señalamos para el efecto 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 afiliada al régimen de prima media con prestación definida (AFILIACIÓN FICTA), administrado en su momento por el extinto I.S.S, o la entidad de seguridad social de la época CAJA SOCIAL DE PREVISION DEL DEPARTAMENTO, 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 pasiva y sobre las demás propuestas hay declaración ínsita conforme a lo considerado.*

*QUINTO. - Declarar la buena de la pasiva, 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, y 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 cotizó, todo conforme a lo considerado.*

*SEPTIMO. - Condenar a PORVENIR S.A., a que los descuentos hechos siendo el determinante del traslado tienen que devolverlos sin ninguna merma e indexados a la fecha de cumplimiento de la sentencia.*

*OCTAVO. - CONDENAR en costas a la parte pasiva PORVENIR S.A y a favor de la demandante, se fijan las agencias en \$ 2 millones de pesos, que son 2 s.m.l.m.v decreto 1724 de 2021, sin agencias frente a COLPENSIONES S.A., todo conforme a lo considerado. Fundamento legal artículo 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO del CONSEJO SUPERIOR D ELA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. Las agencias fijadas se tendrán en cuenta en su momento procesal oportuno para liquidar las costas.*

*NOVENO. - 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. En ambos radicados informar por secretaría al Ministerio sobre la consulta.”*

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

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

- Que el litigio se fijó en declarar la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por la indebida o nula información que suministró el fondo privado que determino el traslado, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, se debe ordenar la devolución de todos los dineros depositados por la actora a COLPENSIONES, y a esta entidad corregir y actualizar la historia de cotizaciones, teniendo como única afiliación válida la del RPMPD. Que como subsidiaria de solicitó perjuicios y se deben resolver las excepciones formuladas.

- Resaltó que la actora por cotizaciones no es del régimen de transición y al haber presentado una negativa indefinida la carga de la prueba se traslada a la parte demandada.

- Que en el interrogatorio la demandante no confesó que para tomar la decisión de trasladarse haya tenido información necesaria y transparente sobre las características de los regímenes, o sobre qué ventajas y desventajas tenía. Que la debida información está garantizada de acuerdo a la Ley 100 en el artículo 13 literal b y ni siquiera hay información sobre la imposibilidad de trasladarse en determinado momento para que este se materializara de manera oportuna, por lo que la sentencia

se enfoca desde el punto de vista de la ineficacia del traslado de régimen pensional como lo ha señalado la jurisprudencia, al encontrar que no hubo información necesaria y transparente para que se lograra legalizar el traslado entre regímenes. Precisó sobre la calidad de la información que debe darse, que no se puede hablar de asesoría, doble asesoría o buen consejo, porque son presupuestos que se han venido creando con posterioridad a los traslados que corresponden a la época del 90.

- Expuso que para el año 2008 cuando se empieza a señalar en la jurisprudencia el tema, como en la sentencia de radicado 31989 de ese año, se indicó que la información debía ser completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevarían el dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras y posteriormente se habló del deber de proporcionar a los interesados información completa y comprensible a medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad.

- Se refirió a la SL 1452 DE 2019 en donde la regla jurisprudencial identificable es que la información que debía darse era clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen, y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de a prueba en favor del afiliado.

- Indicó que sobre el hecho de que se tuviera un formulario que aplicaba para la época según la reglamentación, ha dicho la jurisprudencia que el consentimiento vertido en el formulario donde lo único que se puede apreciar es que se firma en forma libre y voluntaria, no prueba otra cosa. Que no era el formulario lo único que tenían que hacer los fondos porque desde la génesis la jurisprudencia señala que según el Decreto 663 del 93 artículo 971, tenían la obligación de dar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaran de suerte que le permitieran al potencial afiliado a través de elementos de juicio claros y objetivos las mejores opciones del mercado; que esta norma del sistema financiero aplica a las AFP en atención a que hacen parte del mismo.

- Que al no probarse esa información deviene la ineficacia que esta solicitando la parte demandante de acuerdo a los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y al aplicarse en la génesis del traslado no se subsana por durar tanto tiempo en un régimen o haber hecho traslados interfondos, porque eso no implica el conocimiento o que la persona tenga conformidad en el sistema, según directriz jurisprudencial con tesis mayoritaria en la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

- Que al generarse la ineficacia quiere decir que el acto es válido pero sin efectos, entonces la jurisprudencia ha indicado que los recursos que se han aportado al RAIS tienen que devolverse sin ninguna merma, siendo esta la penalización que tienen hoy en día los fondos privados, garantizándose de esta forma para COLPENSIONES el equilibrio financiero de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, en atención a que va a recibir un capital robusto para que pueda atender a futuro la obligación del reconocimiento prestacional de pensión. Indicó que la buena fe de la pasiva se presume por el artículo 86 superior, pero no alcanza para enervar las pretensiones de la parte demandante.

- Sobre la responsabilidad de los promotores señaló el artículo 10 del Decreto 720 del 94 como simple ilustración, en relación a que estos tenían que obrar también con responsabilidad o de lo contrario comprometían a la sociedad administradora.

- Que al predicarse la ineficacia desde la génesis del traslado y no ser subsanable según la jurisprudencia, no importa que se hayan realizado comunicaciones posteriores y el hecho de que la pensión no esté en riesgo no es relevante porque lo que importa es que se garantice el consentimiento informado para la toma de la decisión por parte del afiliado y de esta forma la transparencia en el obrar y la dignidad del trabajador.

- En cuanto a la excepción de prescripción señaló que las pretensiones declarativas no prescriben según lo dicho en la SL1688, radicado 68838 del 08 de mayo de 2019. Declaró no probadas las demás excepciones y que por la ineficacia no hay lugar a las restituciones mutuas que trata el 1746 del CC.

### **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 para este caso el fondo prestó sus servicios por todo el tiempo que la demandante ha estado 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 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 frente a 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.

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

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

- Que no resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado porque el realizado por la demandante 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, y esa entidad no intervino al momento de dar información a la demandante.

- Que no es procedente el retorno de la demandante al RPMPD, 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 nació el 07 de noviembre de 1.963 y a la fecha de admisión de la demanda ya contaba con la edad requerida para pensionarse.

- 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. Que la actora ha permanecido por 25 años al RAIS, ratificando su conformidad de estar afiliada a dicho régimen.

- Que la ineficacia resultaría inoponible al tercero de buena fe como es el caso de COLPENSIONES. Así mismo, 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, 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 y se absuelva a esa entidad de los cargos formulados en su contra, 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 la demandada PORVENIR solicita que 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, el cual no tiene carácter de gratuidad. Que la condena en costas no se ajusta a derecho pues esa entidad no incurrió en falta alguna.

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

En el presente asunto no se observan deficiencias 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 siguientes:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la señora XIMENA CAICEDO GUTIERREZ del RPMPD al RAIS por medio de COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.?, y de ser procedente, ¿si la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado implica que la A.F.P. PORVENIR S.A. deba devolver a su cargo, todos los valores que hubiere recibido por capital de cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales de haberse cobrado, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, 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?

## **8. CONSIDERACIONES:**

Procede esta Sala a determinar en primer lugar si el traslado de la señora XIMENA CAICEDO GUTIERREZ 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 COLPATRIA, 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 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 el 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 necesaria y transparente para lograr que con base en esta el potencial afiliado a través de elementos de juicio claros y objetivos tomara la decisión, lo que no se demuestra con la sola suscripción del formulario; que al no haberse probado que se otorgó esa información y no ser subsanable dicha ineficacia porque se predica del momento del traslado, accedió a las pretensiones y ordenó la devolución de los aportes con todos los valores descontados sin ninguna merma.

A esta conclusión se opuso PORVENIR S.A. alegando que se revoque la sentencia 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 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 presenta recurso de apelación manifestando que la declaratoria de ineficacia del traslado no es procedente porque este goza de plena validez, así mismo, que no es procedente el retorno de la actora al RPMPD porque a la fecha de admisión de la demanda ya contaba con la edad requerida para pensionarse y esta ha permanecido por 25 años al RAIS, ratificando su conformidad

de estar afiliada a dicho régimen. También indicó que la ineficacia resultaría inoponible a esa entidad por ser 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 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 COLPATRIA, hoy PPORVENIR S.A.; pues argumenta la demandante que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que 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.

La demandante manifestó que el 31 de agosto de 1.986 se afilió al RPMPD, al cual cotizó por medio de diversos empleadores y el 30 de junio de 1.994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A, sin la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió. También indicó que el 11 de noviembre de 2.021 solicitó a COLPENSIONES y PORVENIR la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen.

Del expediente se puede evidenciar que la actora empezó a cotizar para pensión desde el 31 de agosto de 1.986 a través de CAJANAL, según consta en CETIL N° 202101890500890000820010 y que el 24 de junio de 1.994 diligenció solicitud de afiliación y traslado 007621 a la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones COLPATRIA, la cual se hizo efectiva el 30 de junio del 94, así mismo, que existió cesión de dicha vinculación por fusión de esa entidad con HORIZONTE el 09 de septiembre de 2.0200 y de esta última con PORVENIR el 01 de enero de 2.014, según certificado emitido por ASOFONDOS.

Lo primero a destacar, es que las administradoras de fondos de pensiones COLPATRIA S.A. y HORIZONTE S.A. conforman hoy la A.F.P. PORVENIR S.A.<sup>1</sup>; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva en cuanto a esta entidad.

Se resalta que aparte del formulario de afiliación a COLPATRIA de fecha 24/06/1.994, 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 XIMENA CAICEDO GUTIERREZ 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 COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A, brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 24 de junio de 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 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 COLPATRIA, 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 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 XIMENA CAICEDO GUTIERREZ donde consten los

---

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

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961>;

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

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 la 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 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 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.

Así mismo, conviene también precisar que, si bien es cierto, en su momento, la actora se encontraba en el RPM afiliada a CAJANAL, no resulta viable determinar que con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliada en dicha entidad.

Lo anterior, dado que según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”*, el Congreso de Colombia creó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del RPM y a su vez, estableció que dicha entidad, asumiría los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al RPM, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de CAJANAL, CAPRECOM y el ISS en lo que a pensiones se refiere.

En esa línea, CAJANAL fue liquidada por parte del Gobierno Nacional, en virtud del Decreto 2196 de 2009 *“por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”*, el cual además, ordenó en el artículo 4, que el traslado de afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en liquidación, debería adelantarse a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.

Más adelante, mediante a través del Decreto 2013 de 2012 *“Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras*

disposiciones” se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPM, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156 de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPM respecto de las cuales se hubiese decretado o se decreta su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.”*

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 COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y descuentos realizados por gastos de administración y seguro previsional a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A., deberá devolver completamente todas las prestaciones que recibieron 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 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 cubija 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 1.994 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, 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 junio de 2.022;

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 \$500.000 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 22 de junio de 2.022 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

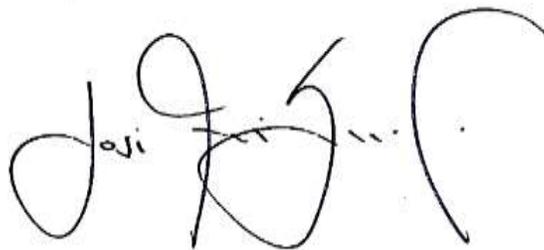
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$500.000 a cargo de cada demandada.

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. 108, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



Secretario



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

---

---

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-498-31-05-001-2021-00213-01
<b>RADICADO INTERNO:</b>	19.763
<b>DEMANDANTE:</b>	LILIANA ORJUELA MELO
<b>DEMANDADO:</b>	SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE OCAÑA S.A.

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante, contra la sentencia del 29 de marzo de 2022, 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 LILIANA ORJUELA MELO, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE OCAÑA S.A. ALVARO AREVALO FERRERO, para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 22 de febrero de 2018 al 31 de marzo de 2020, para que se reconozca: cesantías no consignadas al fondo, intereses a las cesantías no canceladas, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T y sanción por no consignación de las cesantías. Que se ordene el reintegro por fuero de maternidad por haber sido despedida en estabilidad laboral reforzada.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones manifestó:

- Que el 22 de febrero de 2018 suscribió CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO FIJO, de 10 meses y siete días, con la SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE OCAÑA S.A. ALVARO ALVAREZ FERRERO, para labores de auxiliar administrativo con salario de \$781.242.

- Que el 2 de enero de 2019 suscribió contrato por 4 meses con la misma sociedad por salario de \$828.116 y luego el 1 de mayo de 2019 por 11 meses con igual remuneración.

- Que el 23 de enero de 2020 le notificaron preaviso indicando que el contrato finalizaba el 31 de marzo de 2020; pero la última semana se comunicó de manera verbal al empleador que debía recurrir al médico para hacerse una prueba de embarazo, pero le dejaron excesiva carga laboral con

el fin de no tener el tiempo para recurrir hacerse los exámenes pertinentes para determinar el estado de embarazo.

- Que hasta el 6 de abril de 2020, se hizo la prueba de embarazo mediante MEDISALUD IPS OCAÑA SAS, dando positiva y que no había presentado síntomas por lo que no se realizó con anterioridad la misma.

- Que la SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE OCAÑA S.A ALVARO AREVALO FERRER, no solicito realizar la respectiva inspección sanitaria al trabajador para su eventual retiro y certificación. Por tanto, mi mandante solicito valoración médica, en la cual se determinó que se encontraba en estado de embarazo desde el 25 de febrero del 2020 estando aun en vigencia el contrato.

La sociedad demandada a través de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y señalando:

- Que acepta las relaciones laborales conforme a los contratos suscritos y dando cumplimiento al preaviso del artículo 46 del C.S.T., comunicó a la trabajadora sobre la no prórroga del mismo, siendo recibido el 23 de enero de 2020 en oportunidad legal.

- Que la demandante no aporta pruebas de su situación de salud en febrero de 2020, y siempre pedía sus permisos de manera escrita, finalizando la relación el 31 de marzo y la prueba que confirma el embarazo es de abril, cuando ya no existía relación; por ende si la misma demandante no conocía su estado de embarazo, tampoco puede endilgárselo al empleador.

- Que la demandante reclamaba mes a mes sus pagos respectivos durante 2018 a 2020, percibiendo las prestaciones en su integridad; propone como excepciones de mérito INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES y COBRO DE LO NO DEBIDO.

## **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 29 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, mediante la cual se resolvió:

**“PRIMERO:** DECLARAR la existencia de una relación laboral entre el demandado, TERMINAL DE TRANSPORTES DE OCAÑA S.A. en calidad de empleador, y la demandante, LILIANA ORJUELA MELO en calidad de trabajadora, mediante un contrato de trabajo a término fijo que ocurrió del 22 de febrero de 2018 hasta el 31 de marzo de 2020, inferiores contratos a 1 año, tal y como se indicó en las consideraciones de esta providencia.

**SEGUNDO:** NO CONCEDER las demás pretensiones incoadas en contra de la demandada y absolverla de las pretensiones formuladas en su contra, por lo manifestado en las consideraciones.”

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

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

- Que la demandante pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido, pago de prestaciones dejadas de percibir y reintegro por despido en estado de embarazo; al respecto de lo cual inicialmente sobre el

contrato, está aceptado por las partes que hubo un vínculo laboral y se aportaron los contratos a término fijo.

- Respecto de la pretensión para que se declare una relación a término indefinido, se advierte, que existieron 3 contratos a término fijo pero no existen pruebas que permitan identificar que este se tornó a término indefinido conforme a las disposiciones legales por voluntad de las partes o un término superior a 3 años; así lo indica la Sala de Casación Laboral al exponer que la sucesiva prórroga del contrato a término fijo no lo convierte en uno indefinido siempre que se ajuste a los preceptos legales aplicables, lo que no sucede en este caso.

- Sobre las prestaciones, señala, que en la contestación fueron aportadas las pruebas que identifican el pago efectivo de primas, vacaciones, intereses a cesantías y consignación de las cesantías al Fondo Nacional del Ahorro, así como el pago directo a la finalización del vínculo.

- En cuanto al fuero de maternidad, advierte, que efectivamente el estado de embarazo genera una estabilidad laboral reforzada para no ser despedida en razón a su gravidez conforme al artículo 239 del C.S.T., que exige el permiso del Ministerio del Trabajo avalando la justa causa; entre los requisitos para que opere esta protección, está que el empleador conozca del estado de embarazo y así lo ha expuesto la jurisprudencia, donde advierte que a menos de que se trate de un hecho notorio, debe existir la prueba del conocimiento. Por eso, cuando la trabajadora conoce del estado de embarazo tras la finalización, no opera el fuero y eso sucede en este caso. Ni siquiera se demostró una comunicación verbal y la ausencia de la prueba de egreso, tampoco genera automáticamente la protección del fuero.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que no se comparte la apreciación sobre el fuero de maternidad, limitada a una interpretación objetiva de que la trabajadora estaba obligada a comunicar al empleador sobre un estado de embarazo, pues está evidenciado que este no facilitó las herramientas necesarias para que esta le pudiera comunicar sus sospechas de embarazo pues el gerente de la época, quien no se pudo ubicar, mantenía una relación bastante “pesada” (sic) con la actora y negó que se le hubiera informado cuando sí se hizo.

- Que la existencia de un preaviso no autoriza al empleador a despedir a la trabajadora en la fecha de término, si previamente se estipula que en el período de dos meses y medios previo, la trabajadora no pudo comunicar debidamente su estado de embarazo por la falta de disposición del empleador; por ende, valorar objetivamente estas situaciones sin aplicar los amplios criterios de la jurisprudencia constitucional sobre protección a la trabajadora en estado de embarazo.

### **4. ALEGATOS**

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

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

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

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

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

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

¿Resulta procedente declarar la ineficacia de la terminación del vínculo laboral que existió entre LILIANA ORJUELA MELO y la SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE OCAÑA S.A., por desconocer el fuero de estabilidad laboral reforzada de maternidad?

## **7. CONSIDERACIONES:**

En este caso, procede la Sala a determinar si al momento de finalizar el contrato de trabajo que existió entre LILIANA ORJUELA MELO y la SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE OCAÑA S.A., se desconoció el fuero de estabilidad laboral reforzada de maternidad de la trabajadora y si por ende hay lugar a declarar la ineficacia de dicha terminación, condenando al reintegro de la actora con los salarios dejados de percibir correspondientes.

El juez *a quo*, determinó que entre las partes existieron 3 contratos de trabajo a término fijo que rigieron en sus respectivos términos sin desfigurarse a uno a término indefinido, por el cual se demostró el pago total y efectivo de todas las prestaciones correspondientes y que no hay lugar al reintegro por fuero de maternidad pues no se demostró que la actora ni el empleador conocieran del estado de embarazo al momento de fenecer el vínculo. Apelando la parte actora exclusivamente la negativa de reintegro, al considerar que hubo un análisis objetivo que desconoció la protección constitucional de la mujer embarazada, quedando evidenciado que el empleador dificultó la comunicación con la trabajadora para no conocer el estado de embarazo.

De manera preliminar, debe señalarse, que en virtud del principio de consonancia fijado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., la competencia de esta Sala de Decisión se circunscribe en la única materia objeto de apelación que es el fuero de maternidad; por ende, los asuntos sobre los que hubo absolución, como la declaratoria de contratos a término fijo y el pago total de prestaciones durante la relación que se reclamaban en la demanda, al no ser apeladas por la parte actora quedaron en firme y no serán revisadas en esta instancia.

Así las cosas, se advierte que conforme a lo declarado el último vínculo que ato a las partes fue el Contrato a término fijo suscrito el 30 de abril de 2019 por 11 meses entre el 1 de mayo de 2019 al 31 de marzo de 2020; por el cual se entregó preaviso notificando la decisión de no prorrogar por parte del empleador, el 23 de enero de 2020 a la trabajadora LILIANA ORJUELA.

Centrado el conflicto a dirimir si la actora estaba revestida de estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad al momento de la terminación del conflicto, se advierte que esta protección es de rango constitucional pues el artículo 43 de la Carta Política señala que “*Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado*”; por ello, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 239 consagra una prohibición de despido para la trabajadora embarazada, delimitada así:

*“1. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.*

2. <Numeral modificado por el artículo 1 de la Ley 2141 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto.

3. <Numeral modificado por el artículo 1 de la Ley 2141 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Las trabajadoras de que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.

Esta misma indemnización se aplicará en el caso del despido de un trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.

4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.

5. <Numeral adicionado por el artículo 1 de la Ley 2141 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Se prohíbe el despido de todo trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo o dentro de las dieciocho (18) semanas posteriores al parto y no tenga un empleo formal. Esta prohibición se activará con la notificación al empleador del estado de embarazo de la cónyuge, pareja o compañera permanente, y una declaración, que se entiende presentada bajo la gravedad del juramento, de que ella carece de un empleo. La notificación podrá hacerse verbalmente o por escrito. En ambos casos el trabajador tendrá hasta un (1) mes para adjuntar la prueba que acredite el estado de embarazo de su cónyuge o compañera permanente. Para tal efecto, serán válidos los certificados médicos o los resultados de exámenes realizados en laboratorios clínicos avalados y vigilados por las autoridades competentes.”

Respecto de la correcta interpretación de este precepto legal, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4638 de 2021 señala:

“De la norma antes transcrita se desprenden tres escenarios que es preciso diferenciar, aclarando que en todos existe una protección especial a la trabajadora, cada uno con sus respectivas particularidades, pero atendiendo a la misma finalidad, esto es, amparar a la mujer, al recién nacido y al grupo familiar.

**a. Primer escenario: La protección de la trabajadora en embarazo durante la ejecución del contrato de trabajo**

La protección a la mujer embarazada busca garantizar su permanencia en el trabajo frente a una posible discriminación dada su condición de gestante. Para los efectos, el legislador estableció una presunción en el numeral 2 del artículo 239 antes transcrito, cuyo consecuencia es relevar a la trabajadora de la carga de probar el motivo que condujo a la terminación de la relación laboral, entendiéndose que su móvil es discriminatorio. (...) el legislador estableció en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo una de las llamadas presunciones legales *iuris tantum* porque admite prueba en contrario. De manera que esta le

es favorable a la trabajadora, que si es despedida mientras se encuentra en el período de gestación o dentro de los tres meses posteriores al parto, le desplaza al empleador la carga de probar que la terminación no tuvo fines discriminatorios.

**b. Segundo escenario: La protección de la mujer durante los tres primeros meses después del parto**

**c. Tercer escenario: La protección durante el período de lactancia”**

De otra parte, uno de los requisitos indispensables para que se analice la existencia de esta protección especial es el grado de conocimiento que tenía el empleador sobre el estado de embarazo de la trabajadora, pues a menos de que se trate de un hecho notorio, no puede inferirse o presumirse que conociera de la misma para aplicar la citada presunción de que fuera el motivo del despido; así lo explica la Corte en providencia SL351 de 2021:

“Sobre este puntal aspecto, esto es, la necesidad del conocimiento por parte del empleador como exigencia legal para efectos de la protección laboral de la mujer en estado de gravidez, se pronunció la Sala en sentencia CSJ SL7270-2015, en donde sostuvo:

[...]

Lo anterior, por cuanto la protección a la maternidad-a menos que se trate de un hecho notorio, que no lo fue en este asunto-, se contrae al ciclo comprendido entre la notificación del estado de gestación, la licencia de maternidad y los períodos legales de descanso, luego no resulta acertado pretender que el despido efectuado por la empresa a la trabajadora, antes de conocer su embarazo, le otorgue fuero de maternidad [...].

En esa línea, al ser un hecho incuestionable que la convocada a juicio desconocía el estado de gravidez de la trabajadora, cuando procedió a su despido, se tiene que la solución jurídica aplicada por el Tribunal resulta ser la acertada, pues como se dijo en precedencia, mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que la decisión obedeció a ello.

En efecto, acerca de la necesidad del conocimiento empresarial como exigencia legal para efectos de la protección al empleo, esto es, sobre la información que oportunamente suministra la trabajadora grávida, esta Sala de la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en la CSJ SL, 28 sep. 1998, rad. 10993, reiterada en decisiones CSJ SL, 28 oct. 2002, rad. 18493, CSJ SL, 22 feb. 2007, rad. 29016 y CSJ SL, 30 ago. 2011, rad. 40283, en la cual adocrinó:

(...) La Corte Suprema en esta ocasión precisa igualmente que en verdad para esos exclusivos fines atinentes a la protección en el empleo **es indispensable el conocimiento del empleador, por cualquier medio**, porque la Ley no exige tarifa legal al respecto, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la empleada esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado de gravidez. **Si el conocimiento patronal deriva de la información que suministra la propia trabajadora de encontrarse encinta, respaldada desde luego con el hecho cierto del embarazo acreditable posteriormente con cualquier medio probatorio, ciertamente tal noticia está revestida de la presunción de buena fe y satisface el propósito normativo de asegurar el conocimiento del obligado a cumplir la protección.**

Dicha necesidad de conocimiento del empleador en manera alguna puede estimarse como atentatoria de la dignidad personal o como algo excesivo, sino, por el contrario, como una carga lógica y mínima, porque tiende a preservar la eficacia de la protección, la transparencia, el derecho de

*defensa, y halla su fundamento en la necesidad de que el empleador obligado, conociendo los hechos, tenga el deber de respetar la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operar en sana lógica la protección estatuida en los artículos 35 de la Ley 50 de 1990 y 8° del Decreto 13 de 1967.”*

Acorde a estos parámetros jurisprudenciales, la aplicación del fuero de maternidad solo da inicio en el momento de comunicación de ese estado al empleador para que así la trabajadora despedida pueda beneficiarse de la presunción de discriminación y sea carga de la prueba del empleador que hubo una justa causa para su terminación; acorde a la teoría general de la carga de la prueba, 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 para acceder a esta clase de pretensiones es carga de la prueba de la demandante acreditar el modo en que puso en conocimiento del empleador el estado de embarazo y el hecho del despido, para que corresponda al demandado acreditar la justa causa so pena de ser condenado.

Así las cosas, se advierte que desde la demanda quedó identificado que la trabajadora LILIANA ORJUELA solo tuvo certeza de su estado de embarazo el 6 de abril de 2020, cuando se realizó prueba médica que determinó que tenía 6,68 semanas de gravidez y comunicó de la misma al empleador el 13 de abril de 2020; es decir, ambas situaciones ocurrieron cuando ya había finalizado su relación laboral y solo se deriva que quedó en embarazo la última semana de febrero de 2020.

Alega el apelante que la trabajadora tenía sospechas de su estado de embarazo pero por excesiva carga laboral y una relación conflictiva con el gerente, no se le permitió hacerse la prueba durante el último tramo de su relación laboral y se le negaron los permisos para acudir a la misma; al respecto, debe decirse que documentalmente no se aportó una prueba sobre la solicitud de permiso o requerimientos de la trabajadora para asistir al médico e inclusive existe una contradicción pues en la demanda se afirma que no tuvo ningún síntoma, lo que impediría entonces tener sospecha.

Sin embargo, se recibieron las siguientes declaraciones:

- Testimonio rendido por YILDA ZAMBRANO SÁNCHEZ, Secretaria de Gerencia de la Terminal de Transporte hace 15 años, conoce a la actora

porque trabajó en la entidad por contratos a término fijo y sobre el estado de embarazo afirma que no tenía conocimiento del mismo al finalizar su contrato. Advierte que todos los empleados de la Terminal con contrato a término fijo fueron preavisados el mismo día, 23 de enero de 2020, y a ninguno se les prorrogó porque para marzo 31 que finalizaban comenzó la pandemia y por esa razón la entidad solo mantuvo en su personal al gerente, la auxiliar de tesorería y ella. Advierte que todos los permisos se debían solicitar por escrito, pero la actora después del preaviso no solicitó permiso alguno ni comunicó que estuviera embarazada a ella o al gerente, y lo hizo hasta abril de 2020. Al ser cuestionada sobre la actitud del gerente con la actora, afirma que era cordial y normal como cualquier superior, ella hacía labores de archivo y no había particularidad, señala que después de su terminación no se contrató a nadie para ejercer esas mismas funciones luego de la reapertura, cada secretaria archiva los documentos de su propia oficina. Niega que se realicen exámenes de egreso.

- Testimonio rendido por MEISIS CAROLINA JÁCOME SALCEDO, auxiliar de contabilidad y tesorería de la Terminal, conoce a la demandante porque trabajo como auxiliar administrativa de la empresa y prestó servicios hasta marzo de 2020, que a ella se le cancelaron debidamente todas sus prestaciones sociales y las últimas se negó hasta después de un fallo de tutela, desconociendo que estuviera embarazada al momento de la terminación.

Las dos trabajadoras y compañeras de la actora, explican, que cualquier permiso debía solicitarse por escrito, que no conocieron del estado de embarazo o sospecharon ni notaron el mismo antes de la terminación y que la relación con el gerente era normal; incluso, agregan que el preaviso no fue exclusivo a la actora, sino a todo el personal del terminal a quien no se le suscribió nuevo contrato con motivo de la pandemia de Covid-19.

Así las cosas, no es procedente acceder a la petición de reintegro por cuanto la actora no demostró el conocimiento del empleador sobre su estado; requisito que no es un límite objetivo irrestricto, como alega el apelante, sino una valoración necesaria para aplicar la presunción de discriminación como señala en múltiples decisiones la Corte Constitucional (T-438 de 2020, T-284 de 2019, SU075 de 2018). Máxime en casos como el presente donde la trabajadora tampoco estaba segura de su estado de embarazo y no demostró la existencia de condiciones laborales que impidieran un conocimiento anterior del mismo, para valorar su incidencia en esta protección.

En consecuencia, no prosperan los argumentos del recurso de apelación y ante ello se confirmará la decisión de primera instancia. Finalmente, fíjense como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a cargo del demandante y a favor del demandado.

#### **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 sentencia del 29 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante. Fijense como agencias en derecho de segunda instancia a favor del demandado el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



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



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



**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 108, fijado hoy en la  
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8  
a.m. Cúcuta, 3 de octubre de 2022.



---

Secretario