



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

Nueve (09) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-001-2018-00318-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	18.836
<b>DEMANDANTE:</b>	MARIA EUCARIS JAIMES JIMENEZ
<b>DEMANDADO:</b>	PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario Laboral instaurado por MARIA EUCARIS JAIMES JIMENEZ contra PROVENIR S.A. y COLPENSIONES, con radicación única 54-001-31-05-001-2018-00318-00 y radicado interno No 18.836, a resolver la impugnación presentada por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 9 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

**1.1 Identificación del Tema de Decisión**

La Sala resolverá la impugnación presentada por la parte demandada y conocerá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones la sentencia del 9 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual ordenó a PORVENIR S.A devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora MARIA EUCARIS JAIMES JIMENEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como dispone el artículo 1746 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y

ordenó a ésta, recibir el traslado de la accionante MARIA EUCARIS JAIMES JIMENEZ y el de los valores que se encontraban depositados a nombre de la misma en el fondo de pensiones Porvenir, con sus rendimientos y los aportes en pensión de la accionante, los cuales deben consignarse en la entidad accionada.

## **1.2 Fundamento de la decisión**

El A Quo, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que la legislación vigente señala que la posibilidad de traslado de regímenes de pensión está contemplada en el literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen al cual quiere trasladarse, así como tampoco podrá cambiar de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.
- Agregó que el afiliado es libre de elegir el régimen y el fondo de pensiones tanto en la primera vez que se afilia, como en las veces que decida cambiarse.
- Por lo anterior, accede a las pretensiones de la demanda, ordenando que se dé el trámite de traslado, siendo éste favorable, toda vez que se dio de manera oportuna, y no le era dable al fondo de pensiones limitar a guardar la posibilidad que tenía el afiliado de elegir una afiliación al fondo de Régimen de prima media con prestación definida, y aclara que dentro de los principios del Sistema de Seguridad Social en materia de régimen de pensiones, siempre se ha señalado la afiliación o la elección del régimen pensional es facultativo por parte del demandante.

## **2. DE LA IMPUGNACIÓN**

### **2.1 PORVENIR**

La A.F.P. PORVENIR presenta recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que para el año 1999 en el cual se efectuó el traslado de la señora demandante, no existía una disposición legal que estableciera la información que los fondos de pensiones deberían dar, luego es muy

difícil pasados tantos años, considerarse que esa información fue suficiente o no.

- Que las declaraciones coinciden en señalar que la señora demandante manifestó que había recibido un tipo de asesoría, que consistía a grandes rasgos como operaban las pensiones de ahorro individual, como se adquirirá el derecho, en que consistía la devolución de saldos, los excedentes de libre disponibilidad y uno de los testigos habló de las modalidades de la pensión e hizo referencia a lo que se entiende al retiro programado y a la renta vitalicia, eso bajo el entendido que dicha asesoría se realizó a la señora demandante.
- Que se ordenó a PORVENIR asumir de su propio patrimonio los gastos de administración que en su momento fueron descontados a la demandante; sin embargo, el artículo 996 del código civil que refiere a restituciones mutuas en caso de nulidades dice que se debe abonar el gasto ordinario que se invirtió en producirlos y en este caso el FONDO incurrió en una serie de gastos para generar rentabilidad que va a terminar en COLPENSIONES.
- Que considera excesiva la condena en costas, pues si bien el proceso fue exitoso y amerita dicha condena, la suma de DOS MILLONES contra la AFP es excesiva tratándose de un proceso que fue rápido y expedito, por lo que debe fijarse en un salario mínimo.

## **2.2 COLPENSIONES**

El apoderado de COLPENSIONES presenta recurso de apelación sobre las costas exclusivamente, afirmando:

- Que la actora tuvo la opción de escoger libremente su derecho a trasladarse de fondo sin ninguna presión realizada por dicho fondo.
- Que lo pretendido por la actora no es procedente cuando cuenta con la edad para pensionarse.

## **2.3 PROCURADOR JUDICIAL EN ASUNTOS LABORALES**

El representante del Ministerio Público presenta recurso de apelación respecto de lo siguiente:

- Que si bien la jurisprudencia ordena a la AFP vencida devolver inclusive los gastos de administración por el deber que tienen de mantener indemne el capital que será trasladado a COLPENSIONES, considera que esta orden se queda corta en la medida que los fondos

de pensiones también realizan otros descuentos a las cotizaciones del afiliado para destinar para el pago del reaseguro de FOGAFIN y la contratación del seguro previsional para las PI y PS, conforme establecen los artículos 20 y 60 de la ley 100 de 1993; de manera que se constituyen así una serie de descuentos que afectan el capital acumulado del afiliado, de manera que se considera necesario adicionar este aspecto a la sentencia o resolverlo como recurso de apelación

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

En atención a que la decisión recurrida es adversa a Colpensiones, resulta procedente conocer a favor de ésta el grado jurisdiccional de consulta de que trata el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

### **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.**

**PORVENIR S.A** Señaló que la solicitud de traslado fue suscrita en el año de 1999, para esa fecha 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.

Por tal razón, PORVENIR S.A no pudo incurrir en la omisión de dar una debida asesoría, pues no existía norma que taxativamente indicara que información se debida brindar para considerarse cumplido ese requisito. La normativa vigente para la época, contenía conceptos amplios sobre que era una debida asesoría, quedando al arbitrio de las partes estimar si hubo o no una debida asesoría, lo que resulta caprichoso.

Sobre la forma de dejar constancia de la información brindada, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, establece la forma como las AFP deben acreditar que dieron una debida asesoría, y para este caso en particular, así se hizo, 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, revisados los testimonios traídos al proceso, se concluye que la señora demandante efectivamente recibió una asesoría, que para la AFP que represento fue debidamente informada para tomar la decisión del traslado, pues al contrastarse con las normas vigentes en el año de 1999 y aun con las actuales, la información fue veraz, oportuna y suficiente.

Que en efecto, los testigos grosso modo describieron que había recibido una asesoría que consistió en describir el régimen de ahorro individual, y se hicieron comparaciones con el régimen de prima media. Cumpliendo con las disposiciones vigentes por lo tanto hubo una asesoría acorde con la ley, lo que deja sin sustento factico al fallo de primera instancia.

Respecto a la condena de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el RAIS, manifestó no compartir esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una seria de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, por lo tanto, se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto.

Explicó que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital, pues en efecto, los gastos de administración por definición legal guardan relación con la retribución por las labores desplegadas por la AFP para administrar el capital pensional, lo que implica cubrir gastos de operación de la AFP, por lo tanto, solicita se revoque la condena, en el remoto evento de no acceder a revocar íntegramente la sentencia.

Finalmente, señalo estar inconforme respecto a la condena en costas y agencias en derecho en la suma de \$ 2.000.000 se considera que la misma no se ajusta a derecho por cuanto la labor desplegada no fue extensa, todo se desarrolló en una única audiencia y el proceso no fue extenso, y además, por tratarse de un proceso sin cuantía se debió fijar en SMLMV como lo ordena el CSJ en su acuerdo.

**COLPENSIONES** indicó que el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez, como quiera que verificada la historia laboral su estado es “Trasladado”, observándose en la certificación traslado aprobado del ISS a un fondo de pensión – HORIZONTE, en julio 1 del 1999, debiendo probar en el desarrollo del proceso judicial, lo indicado en el escrito de demanda.

Que teniendo en cuenta que la parte actora nació el 19 de noviembre de 1962, la interesada cuenta a la fecha con 56 años de edad y por lo tanto no es posible el traslado de régimen, en consideración a que esta a 1 año de cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, esto es 57 años.

Por último, resaltó que Colpensiones no tuvo ninguna intervención al momento de brindar la información a la demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión.

Finalmente, manifestó no estar de acuerdo en cuanto a la condena en costas, por cuanto la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en desarrollo de sus actos, se desempeña dentro de los parámetros legales, siendo responsable y procediendo con lealtad. Las resoluciones proferidas por parte de ésta son producto del estudio llevado a cabo por funcionarios idóneos.

### **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 A RESOLVER:**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado del traslado de la señora MARIA EUCARIS JAIMES JIMENEZ del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.?

### **7. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora MARÍA EUCARIS JAIMES JIMENEZ, 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 nulidad y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo consideró que estaban llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda por cuanto la jurisprudencia actual de la Sala de Casación Laboral y de esta Sala de Decisión Laboral imponen la carga de la prueba sobre la demandada en lo que respecta al cumplimiento del deber de brindar adecuada información, estando en este caso demostrada la insuficiencia de asesoramiento para la escogencia por parte de la demandada; sin embargo, el apoderado de la A.F.P. PORVENIR interpone el

recurso argumentando que la decisión no valoró el deber probatorio que tenía la parte demandante de demostrar los vicios del consentimiento, que se le imputan obligaciones de normativas posteriores al traslado demandado y que la jurisprudencia también exige la demostración de perjuicios sobre el derecho pensional.

Procede la Sala entonces a abordar el problema jurídico suscitado, para lo cual se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora; 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.

En virtud de lo anterior, 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 y así, de tal 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

Más recientemente, dicha postura que solicita sea aplicada el apelante fue replanteada en decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico y 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 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.

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 y no en la actora como afirma el apelante por haberse indicado la existencia de presiones, ni se trata de una obligación suscitada recientemente pues deriva de normas coetáneas a la ley 100 de 1993; de esa manera, una vez argumenta la demandante que se omitió información a la hora de trasladarse, y que la suministrada era errónea y no se ajustaba a la realidad, atendiendo la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliada al entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL desde el 25 de mayo de 1989 y mediante formulario de vinculación o traslado suscrito el 31 de mayo de 1999 se afilió al FONDO DE PENSIONES COLPATRIA, todo ello según consta en la historia laboral de la actora obrante a folio 47, y en el formulario de afiliación suscrito que materializa el traslado.

Según se expone en la demanda, la actora el 31 de mayo de 1999 se trasladó a la administradora de pensiones Colpatría, actualmente PORVENIR, sin informar adecuadamente de las implicaciones de estos cambios; situaciones que son rechazadas en la contestación por la demandada, afirmando que del formulario suscrito se desprende el consentimiento de la afiliada, pero sin aportar una prueba que permita establecer cuáles fueron las actuaciones desplegadas al momento de buscar que la voluntad de la actora de trasladarse se materializara.

Fluye entonces del escaso relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si A.F.P. 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 mayo 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 si bien, los testigos refieren, que le explicaron a la actora las diferentes modalidades pensionales, la información no fue suficiente y completa, por cuanto no se le indicó de manera detallada los riesgos o beneficios que podría generar el traslado, y tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

De acuerdo con lo explicado, en su momento Porvenir S.A., no demostró haber actuado cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, para establecer si fue estudiada la situación pensional particular de la activa y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la demandante 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 concreta sobre el respaldo de los escuetos datos que manifestaron los testigos de la demandada proporcionar a MARÍA EUCARIS JAIMES JIMENEZ donde constan los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, 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.

En casos como el presente, el Tribunal de Cierre ha agregado que no se hace necesario probar una lesión o perjuicio a la accionante por la insuficiencia de la información, que impida el acceso al derecho pensional, toda vez, que en la previamente citada sentencia SL1452 de 2019 la Sala de Casación Laboral estableció que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* de manera que *“sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse”* es la violación del deber de información la que constituye la invalidez del acto jurídico de traslado.

Finalmente, sobre la prescripción, 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”*; y más recientemente en providencia SL1688 de 2019 ha reiterado que ***la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.***

Es así como, 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 mes de mayo de 1999 y que esta situación es declarable en cualquier tiempo al no ser susceptible del fenómeno de prescripción, habrán de imponerse entonces las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración que incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017

proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. **deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido**, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, tal y como ordenó el A Quo, sin que haya lugar a las adiciones solicitadas por el representante del Ministerio Público pues la sentencia de primera instancia es lo suficientemente clara al enunciar que en virtud de la nulidad declarada se deben devolver “todos los valores que hubiere recibido en virtud de la afiliación”.

Ahora, se debe estudiar lo manifestado por el Agente del Ministerio Público en cuanto a que igualmente debe ordenarse a PORVENIR a efectuar el traslado a COLPENSIONES de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, así como los gastos de administración.

Al respecto, debe manifestar esta Sala que la HCSJ en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, se pronunció de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

*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).*

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de los gastos de administración así como de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, de haberse realizado los mismos, debiéndose ADICIONAR en este sentido la sentencia apelada.

Así mismo, en lo que respeta a las costas procesales, materia de inconformidad por Porvenir, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cuál es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto fueron vencidas COLPENSIONES y PORVENIR, a cargo de cada una de estas deberá imponerse las costas; así mismo, en lo referente al monto es necesario agregar que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que *“la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*.

Conforme a lo anterior, la Sala confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el 9 de octubre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta y al no prosperar el recurso de apelación propuesto se condenará a la demandada PORVENIR y parcialmente a COLPENSIONES en costas de segunda instancia, fijando como agencias en derecho a favor de la parte actora el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de PORVENIR y la suma de Doscientos cincuenta mil pesos a cargo de COLPENSIONES.

## **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 9 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

**SEGUNDO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que, en un término no mayor a 30 días, realice la devolución a favor de COLPENSIONES de los gastos de administración, así como de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, de haberse realizado los mismos, con respecto de los aportes efectuados por la señora MARIA EUCARIS JAIMES JIMENEZ.

**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y parcialmente a COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho, a favor de MARÍA EUCARIS JAIMES JIMENEZ, el equivalente a 1 salario mínimo mensual legal vigente a cargo de PORVENIR y la suma de Doscientos cincuenta mil pesos a cargo de COLPENSIONES.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Nidia Belen Quintero G.*

**NIDIAM BELÉM 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. 052 , fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7  
a.m. Cúcuta, 10 de julio de 2020

*[Signature]*

Secretario



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

Nueve (09) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-002-2018-00376-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	<b>18.971</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	JOSE MANUEL MANTILLA MALDONADO
<b>DEMANDADO:</b>	A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

**MAGISTRADA PONENTE:  
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por El Señor JOSÉ MANUEL MANTILLA MALDONADO contra la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2018-00376-00, y radicación interna No. **18.971** de este Tribunal Superior, a decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la Sentencia del 2 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

**1.1 Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra la Sentencia del 2 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta que resolvió:

PRIMERO: Declarar que al Señor JOSE MANUEL MANTILLA le asiste derecho al reconocimiento y pago de pensión de invalidez a cargo de PROTECCIÓN S.A. a partir del 1 de octubre de 2013 en cuantía de 1 s.m.l.m.v.

SEGUNDO: Condenar a PROTECCIÓN S.A. a pagar a favor del actor la suma de \$47.712.945 por concepto de retroactivo pensional indexado a la fecha sin perjuicio de la indexación posterior, así como las mesadas causada a continuación.

TERCERO: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción y probada la improcedencia de intereses moratorios.

CUARTO: Condenar en costas a la accionada por 2 smlmv.

## **1.2 Fundamento de la Decisión.**

El juez de instancia, fundamenta la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- El objeto del litigio es establecer si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del día siguiente a su última cotización ante el sistema general de pensiones y a cargo de la accionada, Protección S.A, para lo cual se debe establecer desde que momento es dable contabilizar las semanas que exige la normativa por alegarse una enfermedad crónica, degenerativa y/o congénita.

- El despacho para decidir asume la tesis sobre la cual, al tratarse de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas el término para contabilizar las semanas previas de cotización requeridas puede darse desde la última cotización, fecha del dictamen o fecha de la solicitud pensional, mientras se acredite haber laborado con capacidad laboral residual con posterioridad a la fecha de estructuración como literalmente reclama la Ley 860 de 2003.

- Son hechos demostrados la afiliación del actor a PROTECCIÓN S.A. y que esta le calificó con PCL del 60.19% con fecha de estructuración 2 de octubre de 2008 por diagnósticos de INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA TERMINAL y DIABETES MELLITUS TIPO 2, pero negó la pensión de invalidez en la Resolución No. 33975 del 17 de diciembre de 2012, por no contar con las semanas de cotización antes de la fecha de estructuración; así mismo se recaudaron pruebas de carácter documental sobre la naturaleza de las enfermedades diagnosticadas y calificadas y se solicitó al DANE y a LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA PARA EL AVANCE DE LA CIENCIA certificados laborales del actor entre los años 2008 y 2013.

- Indica que el actor acredita el requisito de haber sido calificado con pérdida de capacidad laboral superior al 50%, siendo la discusión la contabilización de semanas en función a la fecha de estructuración cuya valoración está sujeta al parámetro normativo del Manual de Calificación expedido por el Decreto 917 de 1999 y 1507 de 2014, aunque tratándose de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas no resulta tan sencillo por las particularidades pues suelen coincidir con la fecha de nacimiento o primer síntoma sin tener en cuenta el concepto de capacidad residual.

- Afirma que la Corte Constitucional ha establecido que imponer esta fecha de estructuración, constituirá exigir un imposible para cumplir con los requisitos de acceder a la pensión, pese a que el afiliado en condición de discapacidad pudo ejercer funciones compatibles con su discapacidad y con ello, cotizar al sistema de seguridad social, por lo que se han previsto unas reglas pacíficas cuando se trata de pérdida de capacidad laboral causada por enfermedad crónica, congénita o degenerativa que impone no realizar el conteo de semanas de manera mecánica a los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, sino ponderar las condiciones específicas del cotizante, sus patologías e historia laboral.

- Refiere que las enfermedades degenerativas o crónicas no tienen en el trabajador un efecto inmediato, sino que van avanzando hasta impedir totalmente desarrollar labores y negar esta condición, significa discriminar a las personas en condición de discapacidad, negándose los derechos a que tienen derecho todos los trabajadores y compete a las administradoras de

pensiones verificar la capacidad laboral residual y si hubo intención de fraude al sistema, siendo este último un aspecto que comparte la Sala de Casación Laboral en providencia como la SL3275 de 2019.

- Que, en esa medida, se estableció por parte de la Corte Constitucional una serie de subreglas para contabilizar las semanas en otros puntos sin que ello implique modificar la fecha de estructuración, como la última cotización porque de allí se presume que fue cuando la fuerza laboral residual se agotó e inclusive se puede adoptar la fecha de calificación o de la solicitud.

- Para el caso del accionante, a folio 800 la entidad que calificó al demandante certificó que las enfermedades valoradas son de carácter crónico y degenerativas y a folios 394-395 obra el historial de cotizaciones donde se verifican 586.57 semanas, entre enero de 1995 a septiembre de 2013, advirtiendo que principalmente lo hizo como trabajador independiente y en menor medida a través de cooperativas de trabajo asociado, y para el DANE y ASOCIACIÓN COLOMBIANA PARA EL AVANCE Y LA CIENCIA constan sus certificados a folios 802 a 808 sobre labores prestadas entre 2008 y 2013.

- Todo ello implica la existencia de un número considerable de semanas cotizadas antes y después de su fecha de estructuración, siendo los posteriores resultantes de una efectiva y probada capacidad laboral residual, permitiendo contabilizar las 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la última cotización por ser la que mejor se ajusta a evidenciar la merma en su capacidad laboral, esto es desde el 1 de octubre de 2010 al 30 de septiembre de 2013, se evidencian 150 semanas cotizadas, cumpliendo las necesarias para acceder a la pensión de invalidez.

- Concluye que, en esa medida, se reconocerá la pensión de invalidez a partir del 1 de octubre de 2013, debiendo tener en cuenta que prospera parcialmente la prescripción respecto de las mesadas causadas antes de septiembre de 2015 por solo haberse interrumpido con la demanda, y que el monto será equivalente al salario mínimo mensual legal vigente arrojando un retroactivo causado por \$47.712.945 que será pagado con la respectiva indexación por no ser procedente reconocer intereses moratorios por resultar de una interpretación jurisprudencial.

## **2. APELACIÓN**

### **2.1 Apelación de la parte demandada**

La parte demandada presentó recurso de apelación en contra de la anterior providencia, afirmando:

Que para el reconocimiento de la pensión la AFP PROTECCIÓN S.A. se somete al imperio de la ley y revisados los requisitos establecidos en la norma, el actor no los cumple debido que tiene apenas 21 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tiempo insuficiente para cumplir con el parámetro legal, siguiendo con el dictamen proferido por la entidad y a pesar de tener más de 500 semanas cotizadas en general, no corresponden al requisito legal por lo que se dispuso la devolución del saldo obrante en su cuenta que era lo procedente.

### **3. 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.**

**A.F.P. PROTECCIÓN** manifiesta que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez por no haber cotizaciones suficientes en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, esto fue el 2 de octubre de 2008 según el dictamen expedido y si bien existe un total de 586.57 semanas cotizadas al sistema, solo 21.61 son en los 3 años anteriores a la estructuración por lo que se reconoció la devolución de saldos; agrega que no hay lugar a intereses de mora en el caso de reconocimiento pensional, pues para que se obligue al reconocimiento de mesadas debe haberse causado debidamente el derecho.

### **4. 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.

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

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

¿Si el Demandante Señor JOSÉ MANUEL MANTILLA MALDONADO tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a cargo de PROTECCIÓN S.A., teniendo en cuenta las condiciones particulares de padecer una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa?

### **6. CONSIDERACIONES**

En este caso, corresponde determinar si el demandante Señor JOSÉ MANUEL MANTILLA MALDONADO, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, desde el 1 de octubre de 2013, debidamente indexada, en virtud de la calificación de pérdida de capacidad laboral realizada por PROTECCIÓN S.A. mediante Dictamen No. 13.483.900 del 6 de septiembre de 2012, que asignó una P.C.L. del 60.19% con fecha de estructuración del 2 de octubre de 2008, aplicando los preceptos jurisprudenciales de enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa.

El juez de instancia, resolvió acceder a las pretensiones incoadas al considerar que las circunstancias particulares del señor MANTILLA MALDONADO encuadran con los requisitos jurisprudenciales para acceder a la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que si bien no contaba con 50

semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, sí acreditó padecer de una enfermedad crónica y degenerativa por la cual, pudo seguir cotizando luego de la estructuración de la enfermedad, mediante la probada capacidad laboral residual y contabilizar las semanas desde su última cotización, estimando que sí tenía el derecho a la prestación. Conclusión a la que se opone la apelante AFP, al estimar que su actuación se restringe a la aplicación de los requisitos legales planteados por el legislador y que no se cumplen para el caso concreto.

De manera preliminar, se advierte que conforme al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., se estudiará la inconformidad del demandado en relación al otorgamiento de la pensión de invalidez por incumplimiento de los requisitos, pero no será objeto de revisión los asuntos no apelados como lo son: el monto, fecha de exigibilidad del retroactivo pensional, como tampoco la prescripción e intereses moratorios.

Para resolver el presente asunto, es del caso recordar, que conforme al artículo 41 de la Ley 100 de 1993 corresponde a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Laborales - ARL-, a las Compañías de Seguros asumir el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.

El mismo artículo prevé que el estado de invalidez se determina con fundamento en el manual único para la calificación de invalidez, vigente a la fecha de calificación, el cual debe contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral. Además, que el acto que declara la invalidez debe contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión.

Siendo proferido el Dictamen en junio de 2015, el Manual Único para Calificación vigente era aún el Decreto 1507 de 2014, cuyo artículo 3° establece que se entiende como fecha de estructuración la fecha en que *“...una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional”*; agregando en su definición que *“esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral”*.

Ahora bien, de esta normativa sobre la fecha de estructuración exigida para acceder a la pensión de invalidez, se ha realizado una interpretación y análisis jurisprudencial desde la Corte Constitucional, entendiendo que de ser aplicada con rigidez se estaría afectando a la población con patologías de tipo congénita, crónica o degenerativa, pues se trata de enfermedades que si bien generan afectaciones a la capacidad laboral, no lo hacen de manera definitiva

o inmediata al momento del diagnóstico o de su configuración, siendo en su mayoría enfermedades ineludibles por la condición genética del individuo y por ende que hacen parte de la vida diaria, debiendo aprender la persona a ejecutar sus actividades más allá de su condición de discapacidad y constituyéndose así una realidad que la aplicación de la norma no puede ignorar, pues entonces estaría discriminando a estos sujetos de especial protección constitucional y se vulnerarían los preceptos de orden constitucional que demandan al Estado promover condiciones de igualdad real y efectiva para personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

De allí que, la Corte Constitucional en la sentencia SU-588 de 2016, fijará una serie de subreglas entendiendo que *“...tratándose de personas con enfermedades degenerativas, crónicas y/o congénitas, patologías que debido a sus características, se presentan desde el nacimiento o son de larga duración y progresivas, la evaluación no resulta tan sencilla, puesto que el momento asignado como aquel en el cual se perdió definitivamente la capacidad para laborar suele coincidir con el día del nacimiento o uno cercano a este, así como con la fecha del primer síntoma de la enfermedad o la del diagnóstico de la misma. Por esta razón, estas personas normalmente no acreditan las semanas requeridas por la norma, pese a contar con un número importante de cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha asignada”*.

En virtud de los principios de rango constitucional que son inherentes al sistema de seguridad social como la universalidad, solidaridad, integralidad, prevalencia de la realidad, buena fe y progresividad, se imponen a favor de las personas en condición de discapacidad, por ser sujetos de especial protección constitucional una restricción para aplicar interpretaciones que en la práctica se tornen discriminatorias pues desconocen las circunstancias particulares de las enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas.

Ante ello, la Corte estudia dos supuestos donde el primero radica en el resultado del dictamen de pérdida de capacidad laboral al momento de contabilizar las 50 semanas; resaltando que el *“dictamen proferido por las calificadoras es un hecho médico que debe estar debidamente motivado y, en esa medida, debe corresponder a un análisis integral que se realice de la historia clínica y ocupacional, de los exámenes clínicos y de las ayudas diagnósticas que se requieran”* pues su finalidad es la de *“determinar el momento exacto en el que la persona perdió su capacidad para ejercer una labor u oficio”*, por lo que el dictamen debe ser al finalizar el tratamiento o sea imposible rehabilitarse, debe ser integral y completo, debe estar debidamente motivado y debe garantizar el derecho de defensa y contradicción.

En especial, la Corte ha establecido que el problema en las enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas, *“...se presenta cuando la fecha de estructuración asignada por la autoridad médico laboral que la calificó no corresponde con el momento exacto en el que la persona no pudo seguir explotando su fuerza laboral”*.

El segundo supuesto corresponde a la negativa de reconocer la pensión por parte de la Administradora de Pensiones sin tener en cuenta la capacidad laboral residual que le permitió al afiliado desempeñar funciones laborales y cotizar en razón de ellas, pese a la situación de discapacidad o desconociendo que pese a la fecha de estructuración la persona pudo desempeñar sus labores; de allí que la Corte imponga a las administradoras de pensiones la obligación de no limitarse a hacer un conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, sino que

*“...debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.*

*Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.”*

Ahora bien, la Corte no establece estos supuestos exclusivamente para que se tengan en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración formalmente declarada, pues ello implicaría limitar el precedente a las enfermedades congénitas y descartar que existen enfermedades degenerativas o crónicas que se manifiestan en cualquier etapa del ciclo vital, por eso en la Sentencia SU 588 de 2016, realiza diferentes interpretaciones para delimitar que cada caso en concreto debe ser analizado según sus particularidades y no con una visión genérica.

Tanto así, que la Corte dice en esta providencia que *“...el común denominador es que las personas cuenten con un número importante de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración que le fue fijada por la autoridad médico laboral”*, pero sin descartar que existen otras situaciones menos comunes, lo cual puede evidenciarse principalmente en el párrafo 31.1 de la sentencia, donde procede a analizar primero las enfermedades degenerativas y crónicas, e impone el deber de analizar en cada caso cuándo fue que realmente la persona dejó de trabajar, para a partir de esa fecha realizar el conteo; y para el caso de las enfermedades congénitas, estableció la subregla de que se debe verificar la capacidad laboral residual que le permita cotizar y realizar el conteo de semanas desde el momento en que agotó de manera definitiva dicha capacidad residual.

La aplicabilidad de la Sentencia SU 588 de 2016 para analizar los presupuestos de acceso de personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas a pensión de invalidez, ha sido avalada y utilizada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de providencia SL3275 de 2019 y reiterada en SL3763 y SL3779 de 2019; donde concluye que *“...en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral”*.

Postura que ha venido siendo ratificada y aplicada más recientemente en providencia SL 409 de 2020, SL 745 de 2020 y SL 505 de 2020 donde se recuerda que cuando el demandante padece de una enfermedad crónica puede contabilizarse el número de cotizaciones conforme a las particularidades de cada caso concreto en 3 momentos: *“(i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda en la que se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando”*

Para el caso del señor JOSÉ MANUEL MANTILLA MALDONADO, se tiene que efectivamente en el curso de su vida activa laboral alcanzó a cotizar de manera interrumpida entre agosto de 1987 a septiembre de 2013 un total de

586.57 semanas que constan de 2 bonos pensionales: Ministerio de Transporte entre agosto de 1987 a julio de 1990, DYSMAFER LTDA de marzo a abril de 1992, cotizaciones como independiente de enero de 1995 a febrero de 1996 y de julio de 2008 a septiembre de 2013 y mediante cooperativa de julio a diciembre de 2004. De lo que se desprende que en los 3 años anteriores a la estructuración, 2 de octubre de 2008, apenas cuenta con 21.45 semanas; lo que en principio conllevaría a que se le negara la pensión de invalidez solicitada.

Ahora bien, consultada la misma entidad que realizó la calificación de la pérdida de capacidad laboral del actor – SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. – sobre la naturaleza de las patologías diagnosticadas; a folio 800 consta respuesta donde informan: “...Luego de revisar el dictamen de fecha 6 de septiembre de 2012 emitido por IPS SURA, se encuentra que las patologías calificadas al señor JOSE MANTILLA MALDONADO fueron 2. Insuficiencia renal crónica y 2. Diabetes mellitus tipo II. De acuerdo a su etiología y fisiopatología, estas enfermedades se consideran de tipo crónico, degenerativo y progresivo. Por definición una enfermedad crónica es aquella en la cual su mecanismo de instauración es lento y progresivo (...) degenerativa es aquella que afecta de manera crónica y progresiva la anatomía y fisiopatología de un órgano o sistema que va perdiendo su capacidad funcional normal (...) progresiva quiere decir que evoluciona y a través del tiempo compromete en mayor grado las funciones del organismo”.

Este concepto de enfermedad crónica y degenerativa, coincide con el adoptado por la Sala de Casación Laboral en providencia SL 770 de 2020 que cita:

*“Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de Salud (OPS), debido a sus características las enfermedades de tipo «crónico» son de larga duración y progresión generalmente lenta, y se catalogan como una patología para la cual «aún no se conoce una solución definitiva y el éxito terapéutico consiste en tratamientos paliativos para mantener a la persona en un **estado funcional**, mediante el consumo constante de fármacos (...); dichas enfermedades, hoy por hoy, son las causantes de la mayoría de muertes y de discapacidades mundiales».*

*De acuerdo con la primera organización, se catalogan dentro de este grupo «las enfermedades cardíacas, los infartos, el cáncer, las enfermedades respiratorias y la **diabetes**», en tanto constituyen padecimientos y condiciones que, a pesar de tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir manejo durante años o decenios y el hecho de que desafían seriamente la capacidad de los servicios de salud. Se caracterizan también por tener «estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo» que, sin manejo adecuado, generan discapacidad o alteración funcional, con la consecuente pérdida de autonomía del sujeto afectado.”*

Lo anterior, hace procedente entonces, la aplicación de la subregla consagrada en la Sentencia SU 588 de 2016, para enfermedad de carácter degenerativa y crónica, por lo que la Sala procede analizar la situación particular de la vida laboral del señor MANTILLA MALDONADO para verificar cuándo efectivamente dejó de laborar y si es posible realizar el conteo de semanas desde un momento diferente a la fecha de estructuración.

Sobre la enfermedad del actor, se tiene que según historia médica aportada con la demanda, entre folios 62 a 280, fue diagnosticado en 2008 con INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA TERMINAL en razón a RIÑÓN POLIQUÍSTICO y ya venía siendo tratado por HIPERPARATIROIDISMO y DIABETES MELLITUS; ahora bien, para esta época ya existían semanas cotizadas pero en periodos dispersos y por ello no alcanzan a completarse 50 en los últimos 3 años antes de la estructuración, sí habiendo una considerable densidad de semanas después ya que desde mayo de 2008 el actor cotizó ininterrumpidamente hasta septiembre de 2013; lo que implica que deben analizarse dos situaciones para entrar a revisar si es posible la aplicación de alguna subregla jurisprudencial: 1) La existencia demostrada de que dichas semanas se cotizaron en virtud de capacidad laboral residual y 2) La ausencia de intención de defraudar al sistema al haber cotizado esas semanas con ese fin exclusivo.

La Corte señaló sobre la capacidad laboral residual que *“...se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad”*.

Para el caso del señor MANTILLA MALDONADO, desde la demanda se aportaron copias de los contratos de prestación de servicio suscritos por el actor para ejecutar labores de encuestador y recolector urbano de datos e información a favor de FONDANE, el DANE y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA PARA EL AVANCE DE LA CIENCIA durante los años 2008 a 2011 (Fol. 41-58) en información que fue ratificada por estas entidades por solicitud en la etapa de pruebas como se observa a folios 802 a 808.

Lo anterior permite establecer de manera clara y precisa la existencia de una capacidad laboral residual, por la cual el señor JOSÉ MANUEL MANTILLA hiciera cotizaciones en los años posteriores a su fecha de estructuración, sin que su diagnóstico de ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA TERMINAL le limitará definitivamente desde el año 2008, sino que progresivamente le fue mermando su actividad e inclusive en algunos periodos obran incapacidades temporales, lo que permite verificar que sus cotizaciones posteriores son resultado de actividad laboral ejecutada pese a su condición médica.

Pasando ahora al segundo aspecto, sobre la intención de defraudar al sistema advierte la Sala que existe un número considerable de semanas en total, 586, sin que existan situaciones que permitan inferir que la única intención del actor para realizar las cotizaciones fueran acceder a la pensión de invalidez; no solo porque su actividad laboral posterior a la estructuración está respaldada en contratos de prestación de servicios a favor de una entidad pública, sino porque además para la época de estos aportes, no existía tan siquiera calificación que le diera la garantía al actor de su estado de invalidez, ni estaba vigente la interpretación jurisprudencial aquí aplicada que solo nace hasta el año 2014.

Al respecto, en sentencia SL 3763 de 2019, la Sala de Casación Laboral al estudiar esta situación indicó: *“...concluye la Sala que en tales cotizaciones no pudo existir un ánimo de defraudar al sistema, pues aun cuando la enfermedad fue diagnosticada antes de que el afiliado hubiese realizado un número importante de aportes al ISS, este hecho -una contribución relevante al SGP- por sí solo impide concluir que los hizo con la desleal intención de alcanzar únicamente las cotizaciones exigidas en la ley para acceder a una pensión de invalidez, lo que menos aún podría predicarse si la pérdida de capacidad*

*laboral que determinó el riesgo protegido fue evaluada solo tras promover este proceso a través del dictamen analizado. En esa medida, resulta fundamental resaltar que todas las cotizaciones efectuadas al ISS padeciendo el actor la referida condición de salud, se realizaron sin que tuviese conocimiento o certeza de su situación de invalidez”.*

De esta manera, efectivamente resultaba aplicable el precedente que garantiza la posibilidad de contabilizar semanas de manera diferenciada para personas con enfermedades crónicas y degenerativas que demuestran cotizaciones efectuadas con capacidad laboral residual.

Por ende, mal podía la AFP PROTECCIÓN contabilizar de manera genérica y estricta las 50 semanas desde el 2 de octubre de 2008, cuando dicha fecha de estructuración formal fue el resultado de una valoración incompleta e inadecuada de la situación particular del señor MANTILLA MALDONADO; pues, como indica la corte en un ejercicio de “...analizar las condiciones del solicitante, **así como** la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las 50 semanas” sin que ello implique alterar la fecha de estructuración, para el presente caso sí procedía aligerar el supuesto fáctico del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, y contabilizar las 50 semanas desde el momento en que realmente el actor se vio en imposibilidad de seguir cotizando, que para el presente resulta de su última cotización efectiva realizada en septiembre de 2013.

Bajo estos parámetros, habiendo cotizado en todo el período del 1 de octubre de 2010 al 30 de septiembre de 2013, el señor MANTILLA MALDONADO cuenta con un total de 154 semanas cotizadas, más que suficientes para que al estar calificado con P.C.L. del 60.19% se le reconozca a su favor la pensión de invalidez; por lo que se confirmará la decisión de primera instancia que concedió el derecho reclamado.

Si bien no existen más asuntos que resolver por ser lo anterior el único aspecto apelado, conforme al inciso segundo del artículo 283 del C.G.P. “...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”, a lo que se procede teniendo en cuenta que el a quo liquidó las mesadas hasta marzo de 2020 debidamente indexadas, esta Sala se limitará a adicionar el pago de las mesadas de abril a junio de 2020 y por \$2’633.409, sin indexación por no haberse causado hasta ahora, para un total causado a la fecha de esta providencia de \$50.346.354.

Por resultar desfavorable el recurso al demandado se le condenará en costas de segunda instancia a favor de la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos mensuales vigentes.

## **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 el fallo de primera instancia proferido el 2 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral

del Circuito de Cúcuta, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva, ADICIONANDO lo correspondiente a las mesadas causadas con posterioridad al fallo de primera instancia por \$2'633.409, sin indexación por no haberse causado hasta ahora, para un total causado a la fecha de esta providencia de \$50.346.354.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. en costas de segunda instancia, fijando como agencias en derecho de la presente el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Nidia Belén Quintero G.*

**NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES  
MAGISTRADA PONENTE**

*José Andrés Serrano M.*

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA  
MAGISTRADO**

*Elver Naranjo*

**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 052, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.  
Cúcuta, 10 de julio de 2020

*[Firma]*

Secretario



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

Nueve (09) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-002-2018-00461-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	18.891
<b>DEMANDANTE:</b>	JORGE RAMON ORTEGA
<b>DEMANDADO:</b>	PROTECCION S.A. y COLPENSIONES

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario Laboral instaurado por JORGE RAMON ORTEGA contra PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, con radicación única 54-001-31-05-002-2018-00461-00 y Radicado interno No 18.891, a resolver la impugnación presentada por las partes y El Grado Jurisdiccional de Consulta, de la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

**1.1 Identificación del Tema de Decisión**

En la presente diligencia, la Sala resolverá la impugnación presentada por las partes y conocerá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones de la sentencia del 9 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual ordenó a Colpensiones recibir el traslado del accionante JORGE RAMON ORTEGA y el de los valores que se encontraban depositados a nombre de la misma en el fondo de pensiones Protección, con sus rendimientos y los aportes en pensión de la accionante, los cuales deben consignarse en la entidad accionada.

**1.2 Fundamento de la decisión**

El A Quo, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

1. Que la legislación vigente señala la posibilidad del traslado de regímenes de pensión, en el literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro, siempre que haya permanecido como mínimo cinco años en el régimen al cual quiere

trasladarse, así como tampoco podrá cambiar de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le dé derecho a la pensión.

2. Agregó, que el afiliado es libre de elegir el régimen y el fondo de pensiones tanto en la primera vez que se afilia, como en las veces que decida cambiarse.
3. Por lo anterior, accede a las pretensiones de la demanda, ordenando que se dé el trámite de traslado, siendo éste favorable, toda vez que se dio de manera oportuna, y no le era dable al fondo de pensiones limitar a guardar la posibilidad que tenía el afiliado de elegir una afiliación al fondo de régimen de prima media con prestación definida, y aclara que dentro de los principios del sistema de seguridad social en materia de régimen de pensiones, siempre se ha señalado la afiliación o la elección del régimen pensional es facultativo por parte del demandante.

## **2. DE LA IMPUGNACIÓN**

### **2.1 De la parte Demandada COLPENSIONES**

Indicó que lo pretendido por la actora no es procedente cuando cuenta con la edad para pensionarse, de igual manera respecto de las costas.

### **2.2 Del PROCURADOR JUDICIAL EN ASUNTOS LABORALES**

Indicó que la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, cuando declara la ineficacia del traslado del régimen pensional, ordena que con cargo a los recursos a la administradora de pensiones privada, debe asumir las disminuciones que haya sufrido el capital acumulado, es decir las cotizaciones por razón de los descuentos de administración, bajo el fundamento que la ineficacia del traslado del régimen pensional, obedece a la conducta indebida de ese regímenes de pensiones que no cumplió con las cargas de información que les exigía el ordenamiento jurídico, al momento de efectuarse el traslado, y que sobre ese aspecto no se pronunció el A Quo.

## **3 GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la decisión recurrida es adversa a Colpensiones, resulta procedente conocer a favor de ésta el grado jurisdiccional de consulta de que trata el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

## **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.**

COLPENSIONES indicó que, una vez revisada la Historia Laboral del demandante, la misma certifica que el interesado presenta un traslado aprobado del ISS al fondo privado Protección S.A. desde el 1° de marzo de 1999 a la fecha. Que el traslado efectuado al régimen de ahorro individual tiene plena validez y la afirmación de vicio del consentimiento en el contrato suscrito con el fondo privado del RAIS alegado por el interesado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial. Conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “...Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

Conforme a la norma en cita, señaló que no es posible el traslado de régimen, debido a que el demandante nació el 11 de noviembre de 1954 y a la fecha cuenta con 64 años, encontrándose a menos de 10 años de la edad para cumplir el requisito de edad.

Por último, resaltó que Colpensiones, no tuvo ninguna intervención al momento de brindar la información a la demandante, quien de manera libre y voluntaria tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión.

En cuanto a la condena en costas, COLPENSIONES, no está de acuerdo con la condena impuesta puesto que La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en desarrollo de sus actos, se desempeña dentro de los parámetros legales, siendo responsable y procediendo con lealtad. Las resoluciones proferidas por parte de mi representada son producto del estudio llevado a cabo por funcionarios idóneos.

PROTECCIÓN S.A. Sostiene que no es procedente que se ordene la devolución de lo que el fondo descontó por comisión de administración y los rendimientos, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos que refiere fueron realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de la AFP, la cual a su vez cobró una comisión para hacer rentar dichos dineros, por lo tanto considera que son conceptos excluyentes, es decir que no se pueden devolver los dos al afiliado, pues no hay causa ni fáctica ni jurídica para hacerlo, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años ha realizado su representada, vulnerándose a la AFP el derecho a las restituciones mutuas con frutos, intereses y mejoras, y la igualdad de trato en el marco de una relación contractual presidida de buena fe.

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

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

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

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado del señor JORGE RAMON ORTEGA del régimen de prima

media a la administradora del régimen de ahorro individual PROTECCION S.A.?

## 7. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si es procedente declarar la nulidad o la ineficacia del traslado del señor JORGE RAMON ORTEGA, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Mediante demanda ordinaria laboral obrante a folios 28 a 39 del expediente, el señor Jorge Ramón Ortega, solicita que se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondo de pensiones y Cesantías Protección S.A, retornar al régimen de prima media con prestación definida, en atención a que fue engañado y asaltado en su buena fe, al omitir la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., informarle al actor los efectos que acarrearía el cambio de régimen.

Al respecto el *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando el traslado, por cuanto no le era dable al fondo de pensiones limitar la posibilidad que tenía el afiliado de elegir una afiliación al fondo de Régimen de prima media con prestación definida; situación que rechazan la parte demandada, al estimar que no es procedente el traslado por cuanto el actor se encuentra en edad para pensionarse.

Pues bien, en cuanto a la oportunidad para presentar la solicitud de traslado, tenemos que el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 establece; “*Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;*” y en el presente caso, el señor Jorge Ramón Ortega, radicó su solicitud de retornar al régimen de prima media con prestación definida cuando contaba con la edad para pensionarse, esto es, 60 años, en atención a que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señala que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en 60 años para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementa en dos años, es decir, será de 62 años para los hombres pero solo con posterior al año 2014.

Así entonces, al encontrarse el actor inmerso en la excepción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que prohíbe el traslado de un régimen a otro cuando al afiliado le falta menos de 10 años para pensionarse, es dable concluir que la petición presentada por el actor en marzo de 2018 no se hizo de manera oportuna.

No obstante, lo anterior la Sala no puede desconocer que cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en estos casos se debe acudir “*a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen*”.

Es así como, en sentencia SL12136-2014 con Radicación n° 46292 indicó: “El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.”.

Conforme al anterior lineamiento jurisprudencial, surge la necesidad de estudiar en el presente caso si los elementos estructurales se dieron para que el traslado del actor operara, que a saber son: i) *si el traslado estuvo ajustado a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.* y ii) *si cuenta con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994*

Frente al primer requerimiento, esto es, el deber de información por parte de las administradoras sobre la verdad objetiva de los regímenes, vemos que en el expediente no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCION S.A brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que al trasladarse al RAIS perdería el régimen de transición y que el valor de la pensión en el régimen de ahorro individual depende del capital consignado en la cuenta individual, y 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 se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

De acuerdo con lo explicado, en su momento PROTECCION 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 se aportó a folio 48 el formato de vinculación suscrito, que es un modelo pre-impreso, del que no se infiere con certeza que sí fue estudiada la situación pensional particular del demandante y ante ello se puede concluir que la demandada no logró acreditar que el actor hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados al actor, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, 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.

Así entonces, se ha concluido que PROTECCION 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 1999 (fol. 48), razón suficiente para declarar la ineficacia del traslado.

No obstante lo anterior, el actor cumple con la segunda exigencia, esto es, *contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir el 1° de abril de 1994*, vemos a folio 76 del Cd aportado por Colpensiones que contiene la historia labora del demandante que estuvo afiliada al régimen de prima media desde 1981 al 30 de febrero de 1998, por lo que cuenta con más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y en esa medida es factible concluir la procedencia del retorno del señor Jorge Ramón Ortega, al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la anterior declaración incluyen que PROTECCION S.A realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*, por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. **deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido**, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, tal y como ordenó el A Quo, sin que haya lugar a las adiciones solicitadas por el representante del Ministerio Público pues la sentencia de primera instancia es lo suficientemente clara al enunciar que en virtud de la nulidad declarada se deben devolver *“todos los valores que hubiere recibido en virtud de la afiliación”*.

Ahora, se debe estudiar lo manifestado por el Agente del Ministerio Público en cuanto a que igualmente debe ordenarse a PORVENIR a efectuar el traslado a COLPENSIONES de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, así como los gastos de administración.

Al respecto, debe manifestar esta Sala que la HCSJ en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, se pronunció de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

*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).*

En este mismo sentido, la mencionada Corporación en su sentencia Rad. 31989 del 8 de septiembre, señaló:

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PROTECCIÓN S.A., las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución

de esta hacia aquella, de los gastos de administración así como de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, de haberse realizado los mismos, debiéndose ADICIONAR en este sentido la sentencia apelada.

Ahora bien, sobre la inconformidad de la demandada Colpensiones, acerca de la imposibilidad de traslado cuando se está en la edad de pensión, en casos como el presente, el Tribunal de Cierre ha agregado que no se hace necesario probar una lesión o perjuicio al actor por la insuficiencia de la información, que impida el acceso al derecho pensional, toda vez, que en la previamente citada sentencia SL1452 de 2019 la Sala de Casación Laboral estableció que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* de manera que *“sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse”* es la violación del deber de información la que constituye la invalidez del acto jurídico de traslado.

Así mismo, en lo que respeta a las costas procesales, materia de inconformidad por Colpensiones, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cuál es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto fueron vencidas COLPENSIONES y PROTECCION, a cargo de cada una de estas deberá imponerse las costas; así mismo, en lo referente al monto es necesario agregar que no es esta la oportunidad procesal para pronunciarse al respecto, dado que el numeral 5° del artículo 366 señala que *“la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la sentencia del 9 de diciembre de 2019, proferida por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, señalando además que respecto a la solicitud de reconocimiento pensional la Sala no realizará pronunciamiento alguno como quiera que no fue objeto de impugnación.

En este caso, al no resultar favorable el recurso de apelación interpuesto por las partes, se condenará en costas se segunda instancia a la demandada COLPENSIONES correspondiente en 1 SMLMV

## **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 9 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

**SEGUNDO: ADICIONAR** a la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que, en un término no mayor a 30 días, realice

la devolución a favor de COLPENSIONES de los gastos de administración, así como de los descuentos realizados en virtud del inciso 3 del Artículo 20 de la ley 100 del 93 y el literal B del artículo 60 de la misma normatividad, de haberse realizado los mismos, con respecto de los aportes efectuados por el señor JORGE RAMON ORTEGA.

**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada COLPENSIONES correspondiente en 1 S.M.L.M.V, por las razones antes expuestas.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Nidia Belen Quintero G.*

**NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES  
MAGISTRADA PONENTE**

*José Andrés Serrano*

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA  
MAGISTRADO**

*Elver Naranjo*

**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 052, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7  
a.m. Cúcuta, 10 de julio de 2020

*[Firma]*

Secretario



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

Nueve (09) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-002-2018-00516-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	18.992
<b>DEMANDANTE:</b>	JOSÉ ANTONIO ALIAN ZABALA
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el Señor JOSÉ ANTONIO ALIAN ZABALA contra COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2018-00516-00, y Radicación interna No. 18.992 de este tribunal superior, a decidir la impugnación presentada por ambas partes y el Grado Jurisdiccional de Consulta sobre la sentencia del 11 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

**1.1 Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación presentada por ambas partes y en Grado Jurisdiccional de Consulta, de la sentencia del 11 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió lo siguiente:

**“...PRIMERO.-** Declarar que el demandante JOSE ANTONIO ALIAN ZABALA le asiste derecho a sustitución pensional de la pensión de vejez que percibía La Señora HERLINDA ESCALANTE GUARÍN en virtud de su fallecimiento a partir del 5 de marzo de 2006 en cuantía de por UN (1) S.M.L.MV.

**SEGUNDO.** - Condenar a la entidad accionada COLPENSIONES a pagar en favor del demandante los siguientes valores:

a) Por retroactivo pensional por valor de SETENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS UN MIL VEINTIUN PESOS (\$64.301.021) sin perjuicio de la indexación que se cause con posteridad a esta decisión.

b) Las mesadas pensionales que se causen con posteridad a esta sentencia esto es la correspondiente al mes de MARZO del año 2.020 en adelante.

**TERCERO.** - *Declarar como probada parcialmente la excepción de prescripción solicitada por COLPENSIONES y como no probadas las restantes.*

**CUARTO.** - *Condenar en costas a cargo de la entidad accionada COLPENSIONES” fijando como agencias en derecho en favor del demandante JOSE ANTONIO ALIANZA ZABALA la suma de DOS (2) S.M.L.MV.”*

## **1.2 Fundamento de la decisión.**

El a quo, fundamenta la sentencia de primera instancia en lo siguiente:

- Que el problema jurídico gira en torno a establecer si al Señor JOSÉ ANTONIO ALIAN ZABALA, le asiste derecho al reconocimiento de la sustitución pensional causada por el fallecimiento de su supuesta compañera permanente Señora HERLINDA ESCALANTE GUARÍN, a partir del día de su deceso, verificando lo correspondiente al retroactivo, indexación e intereses moratorios.

- Que son hechos aceptados por las partes que la señora ESCALANTE GUARÍN, fue pensionada por el ISS mediante Resolución 1.322 de 1982 por vejez y falleció el 5 de marzo de 2006 según registro civil de defunción, reclamando el demandante la pensión hasta el 24 de agosto de 2017 pero fue negada por no verificar el requisito de convivencia.

- Que para acceder a pensión de sobrevivientes, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, que exige para ser beneficiario de la pensión percibida por la causante la calidad de compañero permanente con una vida marital hasta la muerte y convivencia de no menos de 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, adoptando como noción de convivencia lo explicado en la Sala de Casación Laboral en providencia SL1399 de 2018 sobre que se trata de 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.

- Que se aportaron como pruebas las documentales conformadas por declaraciones extrajudiciales vistas entre folios 12 a 15 ratificadas por los testigos del demandante, señores ROSA MERCEDES ESCALANTE, CECILIA ESCALANTE, MARLENE PABÓN y LUIS ELIECER GALVIS, así como el interrogatorio de parte del demandante; advirtiendo que las 2 primeras fueron sobrinas de la causante y los otros dos amigos cercanos, pero indicando de manera unísona que conocieron a la pareja conformada por HERLINDA ESCALANTE y JOSÉ ANTONIO ALIAN, manifestando que el actor vendía caramelos en el Barrio Belén frente a ALMACENES LEY donde se conocieron, se fueron a vivir juntos en 1996, residiendo en el mismo barrio y luego en el Barrio Antonio Santos, aunque el actor trabajó como jardinero en el Municipio de Tibú regresó por solicitud de la causante quien asumió los gastos del hogar hasta su fallecimiento, hecho tras lo cual el actor migró a Venezuela hasta regresar en 2015: hechos que conocieron por su cercanía familiar y de amistad, lo que permitió un conocimiento directo.

- Que de lo anterior se desprende que está demostrada la convivencia que mantuvieron el actor y la señora HERLINDA ESCALANTE de manera ininterrumpida desde 1996 hasta su fallecimiento, sin que haya lugar a exigir más requisitos por no estar contemplados en la norma, se hace procedente el

reconocimiento pensional reclamado en cuantía igual a la devengada por la pensionada fallecida.

- Que prospera parcialmente la excepción de prescripción propuesta, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al mes de agosto de 2014 teniendo en cuenta que el actor solo reclamó su derecho pensional el 24 de agosto de 2017.

- Que conforme a lo informado por COLPENSIONES, la señora ESCALANTE percibía una mesada equivalente al salario mínimo mensual legal vigente y se liquida un retroactivo causado entre agosto de 2014 y marzo de 2020 por total de \$64.301.021, sin perjuicio de las mesadas e indexación posterior, incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre por ser una pensión anterior al acto legislativo 01 de 2005.

- Que no hay lugar a intereses moratorios por identificar que la negativa de COLPENSIONES se dio en razón a una interpretación razonable de la normativa, considerando por vía administrativa que no se reunían los requisitos de convivencia con las pruebas allí recepcionadas y recopiladas.

## **2. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

### **2.1 Por parte de la demandante**

Inconforme con la anterior decisión la apoderada de la parte actora solicita se acceda a las pretensiones quinta y sexta de la demanda, correspondientes a intereses legales y/o corrientes de las sumas reconocidas y los moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, fundada en las siguientes razones:

- Que se debe tener en cuenta que frente a la reclamación pensional no se presentó ningún otro reclamante, fundando la negativa COLPENSIONES en concepto interno No. BZ\_2015\_5672865 como resultado de una investigación administrativa propia, de conformidad con el artículo 40 del C.P.A.C.A., debido a que existió una diferencia de edad entre los compañeros permanentes y que hubo demora en reclamar, requisitos que no exige la norma y que son solicitados por capricho de la entidad.

- Que COLPENSIONES entrevistó en vía gubernativa a las mismas personas que declararon, dando respuestas similares y no siendo fundada su negativa, viéndose obligado el actor a acudir al mecanismo judicial por lo que se hace procedente el reconocimiento de los intereses, según el precedente de la Corte Suprema de Justicia, sin lugar a contemplar la buena o mala fe de la entidad por no ser sancionatorios sino resarcitorios.

### **2.2 Por parte de la demandada**

La apoderada de la demandada COLPENSIONES presenta recurso de apelación contra la totalidad de la decisión, con los siguientes argumentos:

- Que la negativa de la pensión reclamada por el señor ALIAN ZABALA se basó en los parámetros normativos aplicables, pues su versión no resulta veraz en cuanto no existe suficiente certeza sobre la convivencia con la causante o dependencia económica en los 5 años anteriores al fallecimiento, como se señaló en la investigación administrativa donde se concluyó que no se satisfacían los requisitos legales.

- Que en la declaración rendida por la Señora MERCEDES ESCALANTE, quien dijo ser sobrina de HERLINDA y que conoció al actor, no arroja certeza sobre la fecha en que inició la relación; manifestando además, que el actor laboró como jardinero en el Municipio de Tibú en el año 1998, por lo que tuvo que salir de la ciudad y además se tiene que la actora falleció en el barrio Antonia Santos en casa de su hermano, y no en la residencia que se afirma tenían en el Barrio Belén.

- Que frente al retroactivo y las mesadas adicionales, se estima que no son procedentes por no tener certeza sobre el cumplimiento de los requisitos para la prosperidad de la pretensión principal.

- Que se opone a la condena en costas por cuanto la entidad se desempeñó dentro de los parámetros legales y obrando con buena fe y lealtad, resultado de la actividad de profesionales idóneos con estricta aplicación de la constitución, ley y precedente judicial.

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

Como la sentencia fue adversa a Colpensiones, se conocerá en Grado de Jurisdiccional de Consulta a favor de la entidad administradora del régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T.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.

#### **• PARTE DEMANDADA.**

Colpensiones se ratifica en los fundamentos de la contestación y del recurso, manifestando que la norma aplicable por el fallecimiento de la causante es la Ley 797 de 2003, quien gozaba de pensión de vejez reconocida por el I.S.S. y para acceder a su sustitución pensional debe acreditarse la calidad de beneficiario y el requisito de convivencia, pero en el curso del informe investigativo no se acreditó por parte del actor que hubiera convivencia en los términos exigidos por la norma. Que sin perjuicio de ello, rechaza que se reconozcan intereses moratorios y solicita que se verifique la prescripción a que pueda haber lugar, partiendo de la buena fe con que actuó la entidad.

### **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**

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

¿Si el demandante JOSÉ ANTONIO ALIAN ZABALA tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de sobreviviente causada tras el fallecimiento de su alegada compañera permanente Señora HERLINDA ESCALANTE GUARÍN?

## **7. CONSIDERACIONES**

El debate en esta instancia está encaminado a determinar si el Señor JOSÉ ANTONIO ALIAN ZABALA, en su alegada condición de compañero permanente supérstite, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional causada por la muerte de La Señora HERLINDA ESCALANTE GUARÍN, la cual ha sido negada en sede administrativa por COLPENSIONES quien rechaza que se haya acreditado el requisito de convivencia.

El juez a quo, accedió a las pretensiones de la demanda por encontrar que según las declaraciones extrajuicio debidamente ratificadas en audiencia; el actor convivió con la señora HERLINDA ESCALANTE desde 1996 hasta su fallecimiento en el año 2006 y que ante ello, tendría derecho a la sustitución de la pensión que esta percibió en vida desde 1982, aunque aplicando prescripción a las mesadas anteriores al mes de agosto de 2014 debidamente indexada pero sin intereses moratorios; reconocimiento al que se opone en su recurso Colpensiones sosteniendo su posición sobre la no demostración de la convivencia en sede administrativa y judicial, al tiempo que el demandante reclama que eran procedentes los intereses moratorios pues el reconocimiento estaba claro desde la sede administrativa.

Procede entonces la Sala a establecer, en primer lugar, tanto por el recurso de apelación como por el correspondiente Grado Jurisdiccional de Consulta si efectivamente el señor ALIAN ZABALA acreditó los requisitos para acceder a pensión de sobreviviente a cargo de COLPENSIONES por el fallecimiento de la señora HERLINDA ESCALANTE GUARÍN y posteriormente se analizarán sus condiciones de reconocimiento y pretensiones accesorias apeladas.

Se demostró en el proceso que la señora HERLINDA ESCALANTE GUARÍN, nació en el Municipio de Gramalote el 19 de septiembre de 1926 y falleció el 5 de marzo de 2006 según Registro Civil de Defunción No. 5679788 (Fol. 9-11).

Y que la señora ESCALANTE GUARÍN percibió en vida pensión de vejez, reconocida mediante Resolución N° 1322 de 1982, por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES equivalente al salario mínimo mensual legal vigente al retiro de nómina, según refiere COLPENSIONES en resolución SUB229847 del 17 de octubre de 2017 (Fol. 22).

Como puede verse, la señora Escalante Guarín, tenía la condición de pensionada al momento de su fallecimiento, por lo que la normatividad aplicable para establecer el derecho a la sustitución pensional es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 que establece que tienen derecho a la pensión de sobreviviente “...los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca” y posteriormente el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797

de 2003, dispone que es beneficiario *“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.”*

Entonces, para que el compañero permanente adquiriera el derecho a la pensión de sobrevivientes, debe demostrar que convivió con el causante durante los últimos cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. Convivencia que ha sido analizada por 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, en la cual se indica que *“..la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante (...) 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.”*

En todo caso, en la misma decisión, la Corte recuerda que los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia, pues su jurisprudencia ha entendido que *“...en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece”* y ante ello, agrega, *“la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio”*.

En consecuencia, de lo anterior, la Sala procederá a analizar si en el presente caso el señor JOSÉ ANTONIO ALIAN ZABALA, logró demostrar 5 años de convivencia con la fallecida HERLINDA ESCALANTE GUARÍN en los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento para acceder al derecho pretendido, y en ese sentido obran en el expediente las siguientes pruebas:

- Declaración extrajuicio rendida por la señora CECILIA ESCALANTE OSORIO ante la Notaría Cincuenta y Seis del Círculo de Bogotá, y ratificada en la audiencia del 10 de octubre de 2019, donde la declarante

señaló, que es sobrina de la fallecida HERLINDA ESCALANTE y conoció al actor en 1996, cuando se fue a vivir como pareja de ella; relató que su tía trabajó como aseadora hasta que se pensionó, pero siguió ayudando en turnos en el Almacén Ley donde conoció al actor que entonces era vendedor ambulante de la zona. Se conocieron y enamoraron conviviendo de manera ininterrumpida hasta su fallecimiento. Expresó que vivieron primero en el Barrio Belén, arrendados en una casa independiente en terreno de su padre y que principalmente se sostenían con la pensión de su tía, pues él dejó de laborar como vendedor y trabajó un breve lapso como jardinero en Tibú pero ella le pidió que dejara de trabajar para quedarse en casa con ella, sin nunca conocer una separación o interrupción hasta su fallecimiento.

- Declaración extrajuicio rendida por la señora ROSA MERCEDES ESCALANTE OSORIO ante la Notaría Sexta del Círculo de Cúcuta, ratificada mediante testimonio rendido en audiencia del 10 de octubre de 2019, donde expuso que fue sobrina de la señora HERLINDA ESCALANTE y desde su cercanía con la causante, puede dar fe que se conoció con el actor cuando estando pensionada hacía turnos de aseo que le pedían cubrir en ALMACENES LEY donde él se ubicaba como vendedor ambulante, pues así se lo presentó y luego de hacerse pareja se fueron a vivir juntos en 1996 inicialmente en su residencia del Barrio Belén en la calle 23 #25-64 donde pagaba arriendo y luego en el Barrio Antonia Santos; que ella iba seguido a visitar a su tía e inclusive les dejaba a su hijos para que se los cuidaran, compartiendo con ellos mucho tiempo y siendo testigo de su convivencia por aproximadamente 10 años. Que entre 1997 y 1998 el señor ALAIN trabajó como jardinero en Tibú pero sin romper su relación, iba y venía hasta que ella le pidió quedarse y que con la pensión se sostenían. Finalmente señala que el día antes de fallecer, el señor ALAIN fue con ella a pasar el fin de semana en casa de su padre y allí fue donde murió.
- Declaración extrajuicio rendida por el señor LUIS ELIÉCER GALVIS RAMÍREZ ante la Notaría Sexta del Círculo de Cúcuta, ratificada en audiencia del 10 de octubre de 2019, donde relató que conoció hace aproximadamente 28 o 29 años al demandante, mientras laboraba como medidor en empresas municipales y el señor ALAIN era vendedor ambulante, paralelo a lo cual conoció por separado a HERLINDA ESCALANTE pues su hermano era compañero de trabajo en las empresas municipales y si bien entonces ambos vivían solos, supo que se habían hecho pareja y se fueron a vivir juntos. Agrega, que cuando ellos empezaron a convivir, él y su esposa MARLENE PABÓN tronzaron una amistad con la pareja, compartiendo fechas especiales pues eran vecinos en el mismo barrio y pasando tiempo los fines de semana compartiendo juegos de mesa.
- Testimonio rendido por MARLENE PABÓN ÁLVAREZ, quien manifestó conocer a HERLINDA y JOSE ALAIN como amigos de su esposo para el año 1996, cuando ellos ya vivían juntos y dan fe que no se separaron hasta el fallecimiento de la actora. Que supo compartiendo con ellos, que se conocieron cuando él era vendedor ambulante. Que primero vivieron en el Barrio Belén y luego en Atalaya, relacionándose muy seguido con ellos y pasando fechas como navidad, cumpleaños y fines de semana. Agrega que los consideraba una bonita pareja por el trato que se tenían.
- Interrogatorio de parte absuelto por JOSÉ ANTONIO ALAIN ZABALA, donde manifestó haber conocido a la señora HERLINDA en 1992, siendo

novios 4 años antes de irse a vivir juntos en una casa del barrio belén por la calle 23, luego residieron en Antonia Santos. Que en su relación no hubo interrupción o separación, aunque trabajó un breve lapso en Tibú y que si bien tuvo una relación anterior donde procreó 4 hijos, finalizó en 1980 antes de conocer a HERLINDA.

- Revisado el medio magnético visto a folio 58 y que se afirma contiene expediente administrativo de la señora HERLINDA ESCALANTE, revisado el mismo no contiene archivo alguno.

Para la valoración probatoria es menester tener en cuenta, que 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.

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

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, esta Sala procederá a revisar si como la entidad apelante, hubo una indebida valoración de las pruebas por parte del juez de instancia al encontrar acreditada la convivencia.

Del anterior caudal probatorio, se encuentra acreditado que todos los testigos son contestes y coherentes frente a la convivencia de los señores JOSÉ ANTONIO ALAIN y HERLINDA ESCALANTE, relatan de una manera sencilla y espontánea la manera como ellos se conocieron en la década de 1990, cuando este era vendedor ambulante y ella estaba pensionada, pero seguía haciendo labores de aseo en un almacén del centro donde interactuaban constantemente, se hicieron pareja y para el año 1996 se fueron a vivir juntos en la residencia que arrendaba la causante en el Barrio Belén, y que no se separaron, conviviendo hasta el fallecimiento de la señora Escalante en el mes marzo de 2006. Es decir, se acreditan con su dicho, aproximadamente 10 años de convivencia en el periodo inmediatamente anterior al fallecimiento.

Se relatan situaciones como el período en que el actor laboró como jardinero en el Municipio de Tibú, para los años 1997 y 1998, pero cuestionados sobre este lapso de separación, todos los testigos coinciden en que ello no significó nunca una separación, sino fue por cuestiones laborales que el señor ALAIN entre semana se desplazaba a Tibú a trabajar y luego volvía a Cúcuta para estar con su pareja en fin de semana, hasta que esta le pidió dejar de trabajar. De lo que no se desprende una interrupción en la cohabitación o convivencia, según se explicó anteriormente con la jurisprudencia en cita y en todo caso, esto no demerita que desde 1998 hasta 2006 convivieron bajo el mismo techo sin interrupciones demostradas.

Ahora bien, la entidad accionada COLPENSIONES sostiene que su propia investigación administrativa no encontró acreditada la convivencia; al respecto de esta clase de documentos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2267 de 2019 reitera el criterio fijado en sentencia del 15 de mayo de 2012, rad- 43.212, donde se explica: *“...os informes que recogen las investigaciones efectuadas por los funcionarios de las administradoras de pensiones para efectos de determinar la convivencia o la dependencia económica para discernir la condición de beneficiario de un derecho pensional, deben tenerse como “documento declarativo emanado de terceros”, cuya valoración se hace en forma similar al testimonio”*.

Sin embargo, este documento no fue aportado en manera alguna al proceso y de él, solo se conoce la conclusión que es citada en las Resoluciones SUB229847 del 17 de octubre de 2017 y SUB268228 del 24 de noviembre de 2017, donde se dice que no se acreditó el contenido y veracidad de la solicitud según las pruebas aportadas pues no fue posible confirmar la convivencia ante la ausencia de fotografías o documentos y los testigos son de sobrinos que carecen de veracidad.

Nótese como la ausencia de fotografías o documentos es para la demandada una señal de inexistencia de la convivencia, sin que ello se corresponda con una inferencia razonable cuando la convivencia es susceptible de ser probada por cualquier medio de prueba, como los testimonios ya referenciados; si bien dos se identifican como sobrinas de la causante, no guardan parentesco o dependencia con el actor, y relatan que su cercanía personal con el señor ALAIN finalizó con la muerte de su tía, tiempo tras el cual el actor migró a Venezuela hasta 2015 y si bien demuestran guardarle afecto, esto no invalida ni resta credibilidad a sus declaraciones que resultar ser plenamente coherentes y coincidentes, entre sí y respecto de la de los otros dos testigos que tampoco guardan lazos de parentesco o dependencia con el actor o las sobrinas de la causante.

El ejercicio o sistema normativo impone el deber de aplicar una apreciación en conjunto y acorde a las reglas de la sana crítica, esto es, un análisis juicioso, serio y razonado de los elementos de la lógica y la experiencia, sin apartarse de los conocimientos científicos o intelectuales; para que a través de este ejercicio se alcance una mayor persuasión o credibilidad de lo que es la verdad material del objeto de estudio, sin que ello dependa de la cantidad de pruebas, sino del convencimiento que ejercen sobre el juzgador las obrantes al plenario.

Para el presente asunto, la Sala coincide con la valoración realizada por el juez de primera instancia, que a través de los testimonios recepcionados encontró plenamente demostrado que los señores JOSÉ ANTONIO ALIAN

ZABALA y HERLINDA ESCALANTE sostuvieron entre 1996 y 2006 una convivencia pública e ininterrumpida como compañeros permanentes, hasta el fallecimiento de la señora Escalante y con ello se encuentra acreditado que el término de convivencia exigido por la norma para acceder a la pensión de sobrevivientes.

De acuerdo con el análisis precedente la respuesta al problema jurídico es que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, en virtud de las pruebas recaudadas en el proceso y de la línea jurisprudencial actualmente manejada como doctrina legal probable y precedente vertical por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral; por lo cual se CONFIRMARÁ la sentencia impugnada en este aspecto.

Frente a las circunstancias de exigibilidad en que fue reconocida, que deben ser analizadas por el Grado Jurisdiccional de Consulta, se advierte que el actor entrará a sustituir el derecho pensional que le fuera reconocido por el extinto I.S.S. a la señora HERLINDA ESCALANTE GUARÍN a partir de su fallecimiento el 5 de marzo de 2006, en razón de 14 mesadas anuales por ser una pensión originalmente reconocida antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, en cuantía equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente. No obstante, propuesta la excepción de prescripción, como advirtiera el juez a quo, se encuentra que el actor presentó su reclamación el 24 de agosto de 2017 y radicó la demanda el 11 de diciembre de 2018, por lo que transcurrieron más de 3 años antes de agotar la reclamación administrativa pero no entre esta y la demanda, suscitándose la prosperidad parcial de la excepción propuesta de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de agosto de 2017.

Procediendo con la liquidación del retroactivo, la Sala encuentra que en primera instancia se calculó su valor, pero agregando inmediatamente la respectiva indexación, circunstancia que puede prestarse a confusiones dado que la corrección monetaria debe hacerse al momento de su cancelación por depender la fórmula del IPC vigente a la fecha del pago efectivo y por ello, al proceder a actualizarla se procederá a su cálculo sin realizar por ahora cálculos de indexación.

Advertido lo anterior, y conforme liquidación realizada en cuadro anexo, se advierte que al mes de junio de 2020 se adeuda por concepto de mesadas causadas y no prescritas la suma de \$60.719.981, discriminada así:

- \$3.043.040 correspondiente a 7 días de agosto de 2014, las mesadas completas de septiembre a diciembre de 2014 y parcialmente una adicional.
- \$9.020.900 por 14 mesadas de 2015.
- \$9.652.370 por 14 mesadas de 2016.
- \$10.328.038 por 14 mesadas de 2017.
- \$10.937.388 por 14 mesadas de 2018.
- \$11.593.624 por 14 mesadas de 2019.
- \$6.144.621 por 7 mesadas en lo que ha transcurrido de 2020.

En lo que se refiere a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, asunto apelado por la parte demandante y a los que el juez no accedió por estimar que la negativa de Colpensiones se dio por una interpretación normativa razonable, debido a que el criterio de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la imposición de los mismos, varió y

determinó que no se imponen cuando la Administradora de Fondo de Pensiones, ha actuado de acuerdo a los preceptos legales, citando para ello, la sentencia SL-787 del 6 de noviembre de 2013.

Contrario a lo anterior, estima la actora que sí debieron haberse impuesto, pues las pruebas recepcionadas en sede judicial fueron las mismas aportadas a la sede administrativa y la negativa de COLPENSIONES se fundó en un actuar caprichoso e inclusive reclamando requisitos inexistentes.

Sobre la procedencia de los intereses de mora en el pago de las mesadas pensionales el art. 141 de la Ley 100 de 1993 determina: “...A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.”.

La postura vigente de la Corte Suprema de Justicia sobre la procedencia del interés moratorio, se recoge en providencia SL508 de 2020, Rad. 79.679 y M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS, se resume así:

*“(...) de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que la condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 opera de manera automática cuando, a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales (CSJ SL4601-2019).*

*Lo anterior significa que para establecer la viabilidad de los intereses moratorios, los jueces laborales no deben analizar el actuar de las administradoras de pensiones para determinar si se enmarcó dentro de los postulados de la buena fe al negar una prestación.*

*Además, conviene recordar que esta Sala ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas, las cuales no corresponden a la del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014); y el segundo, cuando la actuación de la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial. De lo expuesto, se concluye que si la tardanza de las administradoras en el reconocimiento y pago de las pensiones obedece al acatamiento de la ley, será viable la exoneración del pago de los intereses moratorios.”*

Para este caso, se advierte que la negativa de COLPENSIONES no se basó en que existieran múltiples reclamantes y el reconocimiento judicial no se dio por una interpretación normativa o aplicación de criterios jurisprudenciales, sino en la acreditación de la convivencia que según se explicó previamente, no es una circunstancia que exonere a la accionada de reconocer este mecanismo resarcitorio; máxime cuando, como incide la apelante, su negativa se fundó en imputar parentesco con el solicitante a dos de los declarantes sin que existiera un impedimento para analizar sus dichos bajo la óptica de la sana crítica, aplicando un análisis insuficiente de los medios de prueba que se le aportaron.

Fluye de lo expuesto, que se revocará el numeral tercero en cuanto absolvió

a la demandada por este concepto y en su lugar, se condenará a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas aquí reconocidas, causadas desde el momento en que venció el término para resolver en sede administrativa (2 meses a partir de la reclamación según Ley 717 de 2001) que para este caso, se venció el 25 de octubre de 2017 para las mesadas de agosto de 2014 a octubre de 2017 y desde la fecha de exigibilidad de cada mesada causada desde noviembre de 2017. Así mismo, por ser incompatibles, se revocará la orden de indexación.

Cabe resaltar que al tenor del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, el pensionado tiene la obligación de asumir el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde el momento mismo en que ostenta esa calidad. Por ende, no es viable argüir la no afiliación o no disfrute del servicio so pretexto de eximirse del pago, pues, se itera, la obligación legal de contribución se adquiere a la par con la condición de pensionado y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha reiterado la necesidad de ordenar estos conceptos; por lo que es del caso adicionar que se autoriza a la demandada para deducir del valor de las mesadas a pagar al actor el importe para el pago de las cotizaciones para salud.

Finalmente, en lo correspondiente al recurso de apelación de COLPENSIONES sobre la condena en costas afirmando que actuó de buena fe y que la demora en el reclamo del actor no le es imputable; se advierte que conforme al artículo 365 del C.G.P. la condena en costas se impone a la parte vencida en juicio y solo cuando aparezca que se causaron. En este asunto, se advierte que la demandada desde la contestación ejerció actuaciones tendientes a negar la calidad de beneficiario y ante ello, mal podría afirmarse que su actitud procesal fue pasiva, por lo que se confirmará la condena en costas y se condenará por las de segunda instancia. Fíjense como agencias en derecho a favor del demandante el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

### **1. 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 literal a del numeral segundo de la sentencia del 11 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en el sentido de establecer como retroactivo la suma de \$60.719.981, conforme a lo expuesto en la parte motiva y detallado en cuadro anexo.

**SEGUNDO:** REVOCAR la orden de indexación contenida en los literales a y b del numeral segundo y parcialmente el numeral tercero de la sentencia impugnada, en lo correspondiente a la absolución por intereses moratorios; en su lugar, se CONDENA a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor JOSÉ ANTONIO ALIAN ZABALA los intereses moratorios causados a partir del 25 de octubre de 2017 para las mesadas de agosto de 2014 a octubre de 2017 y los que se causen por cada mesada causada desde noviembre de 2017 entre su respectiva fecha de exigibilidad hasta que se materialice su pago efectivo.

**TERCERO: ADICIONAR** que se autorizará a la demandada COLPENSIONES para deducir del valor de las mesadas a pagar al actor el importe para el pago de las cotizaciones para salud del actor.

**CUARTO: CONFIRMAR** en los demás aspectos la sentencia impugnada y consultada, según lo expuesto en la parte motiva.

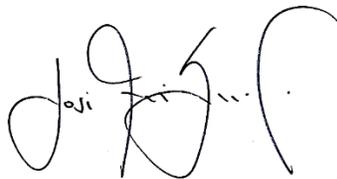
**QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la demandada COLPENSIONES, fijando como agencias en derecho a favor del actor el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES  
MAGISTRADA PONENTE**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA  
MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**

**Anexo 1. Liquidación de retroactivo.**

<b>Año</b>	<b>Mesada</b>	<b>No. Mesadas</b>	<b>Total</b>
2014	\$ 616.000	4,94	\$ 3.043.040
2015	\$ 644.350	14	\$ 9.020.900
2016	\$ 689.455	14	\$ 9.652.370
2017	\$ 737.717	14	\$ 10.328.038
2018	\$ 781.242	14	\$ 10.937.388
2019	\$ 828.116	14	\$ 11.593.624
2020	\$ 877.803	7	\$ 6.144.621
			\$ 60.719.981

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
 Por ESTADO No. 052 , fijado hoy en la  
 Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.  
 Cúcuta, 10 de julio de 2020




---

 Secretario



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

Nueve (09) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-003-2016-00231-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	18.757
<b>DEMANDANTE:</b>	MARIO JAVIER GARCIA y FLORALBA LEAL
<b>DEMANDADO:</b>	FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARIO JAVIER GARCIA y FLORALBA LEAL contra FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2016-00231-00, y Radicación interna No. 18.757 de este Tribunal Superior, a resolver la impugnación presentada por la parte demandada contra la sentencia del 28 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

**1.1 Identificación del Tema de Decisión**

En la presente diligencia, la Sala resuelve la impugnación presentada por la demandada contra la sentencia del 28 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, que condenó al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A a reconocer y pagar a los demandantes FLORALBA LEAL y MARIO JAVIER GARCIA, en su condición de padres del causante JACINTO JAVIER GARCIA LEAL, la pensión de sobrevivientes a partir del 19 de enero de 2015 en un porcentaje equivalente al 50% para cada uno de ellos, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, la mesada adicional de diciembre (mesada 13), retroactivo pensional causado desde el 19 de enero de 2015 hasta el 30 de julio de 2019, en atención a los lineamientos del artículo 75 de la Ley 100 de 1993, al igual que el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, hasta que se haga efectivo el pago de las mesadas pensionales adeudadas.

**1.2 Fundamentos de la Decisión de Primera Instancia**

La jueza a quo fundamentó su decisión señalando, que el principio de integralidad de la seguridad social y lo establecido en el literal G del artículo

13 de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es válido tener en cuenta la suma de las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media con prestación definida, sin que sea válido negar tal derecho bajo el argumento de que no se habían realizado el traslado de los aportes, debido a que este es un trámite administrativo, que se da entre la administradora de fondo de pensiones, y no puede constituirse una barrera administrativa que le impida a los afiliados, a los beneficiarios al acceso a las prerrogativas del sistema.

Que al computar las semanas que aparecen registradas en La Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, de forma válida, en los ciclos de enero, febrero, abril, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2012, y enero y febrero del 2013 los cuales corresponden a 152 días que completan 21.71 semanas; y aquellas cotizadas a Protección S.A en los ciclos de marzo, abril, mayo, junio, julio, septiembre y diciembre del 2013, y enero y febrero del 2014, que arroja un total de 30.14 semanas, se tiene que conclusión que entre el periodo del 19 de enero del 2012 al 19 de enero del 2015, el causante cotizó un total de 51.85 semanas, por lo que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a sí los demandantes acreditaron los requisitos para considerarse beneficiarios de esta, indicó que la administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A le reconoció la condición de beneficiarios a los señores Flor Alba Leal y al señor Mario Javier García en su condición de padres del causante al considerar que no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, dispuso reconocerle la devolución de saldos de conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley 100 del 93 por valor de \$837.960 en cuantía de un 50% a cada uno según consta en la comunicación del 26 de enero del 2016, obrante al folio 10 a 12 del expediente, lo que verdaderamente constituye un hecho que acredita que la entidad demandada al reconocerle la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los demandantes.

## **2. DEL RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la anterior decisión, la demandada Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A, la impugno, señalando que cuando Protección validó el reconocimiento de la pensión, encontró que en los últimos tres años únicamente tenían cotizada 30.14 semanas, tal como consta en el expediente, y claramente expuso la jueza a quo no existían periodos para cobrar a Colpensiones al momento de traslado, porque todos los aportes del afiliado se encontraron registrados ante Protección.

También, manifiesta inconformidad con la condena al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

## **3. 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.

#### **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.

**• PARTE DEMANDADA.**

AFP PROTECCION S.A indicó que los demandantes no reúnen los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, seguidamente transcribe los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

A su vez, citó la Sentencia T-136 de 2011, para destacar el requisito de la dependencia económica de los padres para acceder a la pensión de sobrevivientes; así mismo indicó que, no le asiste derecho a la parte actora al reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, porque la norma aplica en caso de mora en el pago de las mesadas al pensionado, para lo cual, se requiere que tenga esa calidad y se la haya reconocido el derecho, y los demandantes no son pensionados.

Agregó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia septiembre 23 de 2002, moderó la posición jurisprudencial, en cuanto a la postura de las administradoras de pensiones al negar el pago, cuando encuentre justificación, porque tenga respaldo normativo o provenga de la aplicación minuciosa de la Ley, sin los alcances o efectos que los jueces le den al ejercer la función propia de interpretar las normas y ajustarlas a los postulados y objetivos de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y le es posible predecir.

#### **5. DEL PROBLEMA JURÍDICO**

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

¿Si para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes MARIO JAVIER GARCIA y FLORALBA LEAL, en su condición de padres del afiliado JACINTO JAVIER GARCIA LEAL, es válido tener en cuenta la suma de las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual y en el de prima media con prestación definida?

#### **6. CONSIDERACIONES**

**a. Premisas Jurídicas**

Las normas que se aplicaran para la resolución de la controversia planteada, son las que a continuación se enuncian:

- Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003

## **b. Decisión de Fondo**

En atención al recurso de apelación interpuesto por la demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, el problema jurídico consiste en determinar si para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes MARIO JAVIER GARCIA y FLORALBA LEAL, en su condición de padres del afiliado JACINTO JAVIER GARCIA LEAL, es válido o no tener en cuenta la suma de las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual y en el de prima media con prestación definida; en caso afirmativo, si la sumatoria de éstas semanas en los últimos tres años al fallecimiento del afiliado, alcanzan un total de 50 semanas, toda vez que el recurrente alega, que el afiliado únicamente cotizó en el RAIS un total de 30.14 semanas.

Para determinar si hay lugar a la pensión de sobrevivientes hay que estarse a la normatividad vigente al momento en que acaece o se estructura la contingencia asegurada. De acuerdo con ella, los artículos 73 y 74 de la Ley 100 de 1993 son la regulación pertinente para definir el derecho a la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que en su vigencia ocurrió la muerte del señor JACINTO JAVIER GARCIA LEAL, el día 19 de enero de 2015, según el registro civil de defunción obrante a folio 4 del expediente.

A su vez, el artículo 73 de la Ley 100 de 1993, señala, que los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el régimen de capitalización individual con solidaridad, así como su monto, se deben regir por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48 de la Ley 100 de 1993; y el literal a) del artículo 46, dispone que es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, y b) 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.

En este caso, existe controversia respecto de si el afiliado fallecido JACINTO JAVIER GARCIA LEAL, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, dado que la administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A., alega que dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento no cotizó las 50 semanas que exige literal b) numeral segundo del artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 del 2003 aplicable al régimen de ahorro individual por remisión expresa del artículo 73 de la misma normatividad.

Al respecto, en el escrito de contestación a la demanda, explica el Fondo accionado que, el señor JACINTO JAVIER GARCIA LEAL, había cotizado en el periodo que va del 19 de enero del 2012 hasta el 19 de enero del 2015 únicamente 30.14 semanas; y preciso, que no existían periodos para cobrar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, debido a que trasladó todos los aportes que se encontraban registrados.

Por otra parte, el sujeto activo de la acción alega que el causante cotizó a Colpensiones un total de 48.43 semanas de las cuales 22.16 semanas son cotizadas dentro de los tres últimos años anteriores a la muerte, y que éstas se deben tener en cuenta para el cómputo de semanas exigidas para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En relación con el computó y totalización de las cotizaciones realizadas en el régimen de prima media con prestación definida, y en el de ahorro individual con solidaridad, para el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia con Radicación No. 43289 de fecha 2 de mayo de 2012 indicó:

*“...Frente al punto objeto de debate, cabe decir que la Corte no puede desconocer que si bien el artículo 12 de Ley 100 de 1993 establece que los regímenes del sistema general de pensiones son excluyentes y que cada uno de ellos tiene su propia y especial regulación, también lo es que el artículo 13, literal f) de la misma normatividad prevé que para reconocer pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se deben tener en cuenta las cotizaciones hechas con anterioridad a la vigencia de dicha ley, entre otros al I.S.S.; que en su literal g) estableció que para tal reconocimiento en los dos regímenes se tendrían en cuenta la sumas de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos; y por su literal h) que en desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos por el artículo 12 de la presente ley garantizan a sus afiliados al reconocimiento y pago de una pensión mínima en los términos de la presente ley.*

*“De manera que analizados armónicamente los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993 y atendiendo los principios de universalidad, solidaridad e integralidad instituidos en el artículo 2° de la precitada ley, resulta imperioso predicar que las semanas cotizadas por un afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida tienen plena validez y, por tanto, deben contabilizarse junto a las que aportó para el régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando quiera que aquel cambió de régimen dentro del Sistema General de Pensiones”.*

De acuerdo con lo anterior, es claro que el Fondo de Pensiones Protección S.A., debe tener en cuenta los aportes realizados por el causante a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

En este caso, de la prueba documental obrante a folios 76 y 77 del plenario, la cual fue remitida por Colpensiones, en virtud de la prueba de oficio decretada por la jueza de primera instancia, se puede determinar que el señor JACINTO JAVIER GARCIA LEAL, se afilió a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, el día 13 de diciembre del 2006, realizando cotizaciones a partir de diciembre del 2006, en donde se reportan 15 días, con la observación, de que fueron devueltos por estar vinculados a Porvenir.

Posteriormente, registra cotizaciones en los meses de enero y febrero del año 2008, y febrero de 2009, en el consorcio ICAMEX TERMOTÉCNICA, pagos que fueron efectivamente realizados dentro de los términos estipulados en la Ley, por lo que fueron aplicados a cada período declarado.

Seguidamente, aparecen cotizaciones desde marzo de 2009 a diciembre del 2009, con el empleador Servintegralcoop; y durante los meses de septiembre, octubre de 2011, y de enero a abril de 2012, le aparecen cotizaciones con la Fundación Social Creamos. Ahora para el periodo de agosto a diciembre del año 2012, se observa que le aparecen cotizaciones a través del empleador Jairo Bustos León, todas estas aplicadas a los periodos declarados y fueron efectivamente canceladas a La Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones. Igualmente, para el ciclo de enero del 2013, con el empleador Rubio Rincón José Armando se realizó un pago de dos días de cotizaciones, que fueron aplicados a las semanas cotizadas a Colpensiones.

Ahora bien, según se observa a folios 22 a 25, y 80 a 81 del expediente, el señor JACINTO JAVIER GARCIA LEON, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., el 1º de febrero del 2013, pero en este únicamente registra cotizaciones para los ciclos de febrero a julio de 2013, septiembre y diciembre de 2013; y de enero a febrero del 2014, para un total de 30.14 semanas.

De manera que, si se tiene en cuenta los aportes realizados a La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los períodos arriba referenciados, los cuales no fueron trasladados al régimen que administra la entidad demandada, pues únicamente fue devuelto a Porvenir el aporte del mes de enero de 2006, correspondiente a 15 días; y aquellas cotizadas a Protección S.A entre el periodo de febrero a julio de 2013, septiembre y diciembre de 2013, y enero a febrero de 2014, se tiene que el causante dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, esto es, desde el 19 de enero de 2012 al 19 de enero de 2015, cotizó un total de 51.85 semanas, teniendo en cuenta para el período de cotización en Colpensiones los ciclos de enero, febrero, abril, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del 2012 y enero del 2013 los cuales corresponden a 152 días que completan 21.71 semanas; y para protección los ciclos de marzo, abril, mayo, junio, julio, septiembre y diciembre del 2013 y enero y febrero del 2014, que arroja un total de 30.14 semanas.

Así las cosas, se concluye que, contrario a lo indicado por la parte recurrente el señor JACINTO JAVIER GARCIA LEAL, dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente, sin que sea necesario determinar si los demandantes acreditaron los requisitos para considerarse beneficiarios de la pensión de sobrevivientes como quiera que ello no fue objeto de impugnación por la demandada PROTECCION S.A, máxime cuando a ellos se les hizo la devolución de saldos.

Finalmente, el apelante se duele de la condena al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, no obstante, en atención a lo dispuesto en dicha norma, estos proceden cuando se presenta mora en el pago de las mesadas pensionales. De igual forma, al referirse a este artículo la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral en sentencia SL2756 del 22 de febrero de 2017, rad. 68.425, reiterando postura adoptada desde providencia SL3087 de 2014, señaló:

*“(...) en lo que concierne a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, le asiste razón a la censura, pues esta Corporación ha encontrado improcedente esta sanción, para eventos en los que el no reconocimiento de la pensión por parte de la administradora encuentra pleno respaldo normativo, al haber actuado de conformidad con la norma vigente, pues en éstos no se puede predicar una mora en el reconocimiento pensional”.*

De lo expuesto, se concluye que en la tardanza de la administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A en el reconocimiento y pago de las pensiones obedeció al no acatamiento de la ley, por cuanto se evidenció que el causante había dejado el causado el derecho a la prestación económica y que sus padres eran beneficiario de la misma conforme al artículo 78 de la Ley 100 de 1993; en el presente caso se observa que la negativa se debió a una mala contabilización de las semanas cotizadas por parte de la demandada y no existe justificación legal que le exonere del reconocimiento de intereses.

En consecuencia, la Sala de Decisión Laboral confirmará la sentencia impugnada de fecha 28 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta.

Finalmente, al no ser favorable el recurso de apelación interpuesto por la demandada, se condenará en costas de segunda instancia a favor de la parte actora y se fijaran como agencias en derecho la suma correspondiente a UN S.M.L.M.V. a cargo de la demandada PROTECCION S.A y a favor de los demandantes.

#### **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 impugnada de fecha 28 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones anteriormente expuestas.

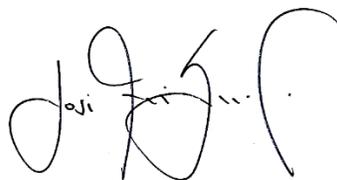
**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho la suma correspondiente a UN S.M.L.M.V, a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES  
MAGISTRADA PONENTE**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA  
MAGISTRADO**



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 052 , fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7  
a.m. Cúcuta, 10 de julio de 2020



---

Secretario



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

Nueve (09) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-003-2017-00330-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	18.488
<b>DEMANDANTE:</b>	XIOMARA FORERO DÍAZ
<b>DEMANDADO:</b>	EXTRA Rápido LOS MOTILONES S.A

**MAGISTRADA PONENTE:  
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES**

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral promovido por la Señora XIOMARA FORERO DÍAZ en contra de EXTRA RAPIDO LOS MOTILONES S.A., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2017-00330-00, y Radicación interna N.º 18.488 de este Tribunal Superior a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 11 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

**1.1 Identificación del Tema de Decisión**

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 11 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, y como consecuencia de ello absolvió a la empresa EXTRA RAPIDO LOS MOTILONES SA de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.

**1.2 Fundamento de la decisión**

Dentro de sus consideraciones, la A quo argumentó lo siguiente:

- Que no es un hecho discutido que entre la señora XIOMARA FORERO DÍAZ y la Empresa EXTRA RAPIDO LOS MOTILONES S.A existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año que se suscribió el 1 de marzo de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2015, cuando la empresa demandada decidió dar por terminado el contrato de trabajo alegando una justa causa.

- Que para declarar o dejar sin efecto el despido que realizó la Empresa EXTRA RAPIDO LOS MOTILONES S.A se debe tener por acreditado en este caso que la demandante tenía una enfermedad que le produjera una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, que el empleador conociera el estado de incapacidad de esta, y que el despido se produzca en razón de la discapacidad, y además que se realice sin la previa autorización del ministerio de la protección social.
- Que al examinar las pruebas allegadas por la parte demandante con la demanda se observa que no existe evidencia y tampoco se encuentra demostrado en el proceso que la demandante con anterioridad a la terminación del contrato ocurrido el día 30 de septiembre de 2015 hubiere sido calificada con pérdida de capacidad laboral ya señalada, razón por la cual, indicó que no puede predicarse la existencia de la limitación moderada de protección, y que el empleador tuviera conocimiento de ese estado de discapacidad, por lo que no tenía que darle cumplimiento a lo establecido en el artículo 26 de esa norma, para solicitar autorización del ministerio de protección social, razón por la cual concluyó que la pretensión de la demandante encaminada al reintegro no tiene procedencia en este caso.
- En cuanto a la pretensión subsidiaria que formula la parte demandante de indemnización por despido sin justa causa, señaló que en el plenario se encuentra acreditado a folios 68 a 71, el despido de la demandante, y que los hechos alegados por la empresa como causal de terminación del contrato de trabajo en verdad se dieron en la realidad, teniendo en cuenta que se comprobó que la actora incumplió con su obligación de realizar sus funciones en las formas establecidas por el empleador, toda vez que en el acta de descargos la misma demandante aceptó que una vez se recibía el pago de las encomiendas de las contra entregas, al día siguiente de recibir el dinero debía hacer la consignación a través del señor Wilson, y en esa medida al no ejecutar la demandante esta función, y encontrar evidenciado de las pruebas que se surtieron, que la demandante se apropió de estos dineros, y que posteriormente intento fue subsanar su falta dándolos en consignación después de que se realizara la auditoria, la a quo concluyó que el actuar de la actora no fue de buena fe ni honesto respecto a la confianza que le había brindado su empleador para el ejercicio de estas funciones, por lo que consideró configurada la causal de terminación justa del contrato, consagrada en el numeral [ del artículo 60 del C.S.T en concordancia con el numeral 6 del artículo 62 del CST.

## **2. DE LA IMPUGNACIÓN**

### **2.1 De la parte demandante**

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia señalando que a la demandante no se le respetó la estabilidad laboral reforzada en que se encontraba, en atención a que fue terminado su contrato laboral durante el proceso de reubicación temporal en el que se encontraba.

Agregó que el día 18 de septiembre la actora laboraba hasta las 3 de la tarde, por lo que no estaba obligada el día sábado y domingo de entregar el dinero a nadie, razón por la cual, el día lunes le hace entrega al señor Wilson

Ramírez del dinero, el cual, refiere nunca salió de la empresa, y que la gaveta donde tenía que guardarlo estaba dañada.

### **3. ALEGATOS**

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

### **4. 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.

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

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

¿Si la demandante XIOMARA FORERO DÍAZ, tiene derecho a que la demandada EXTRARAPIDO LOS MOTILONES S.A., la reintegre sin solución de continuidad en el mismo cargo y en las mismas condiciones salariales y prestacionales, y le cancele las prestaciones dejadas de percibir y la indemnización por despido sin justa causa consagrada en el artículo 65 del C.S.T?

### **6. CONSIDERACIONES**

En este caso, como primer punto se debe resolver si la demandante XIOMARA FORERO DÍAZ, tiene derecho a que la demandada EXTRA RAPIDO LOS MOTILONES S.A., la reintegre sin solución de continuidad en el mismo cargo y en las mismas condiciones salariales y prestacionales, desde el 30 de septiembre de 2015, y le cancele las prestaciones laborales dejadas de percibir, con la indemnización consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

Sobre este punto, se encuentran demostrados los siguientes hechos:

- Que la demandante XIOMARA FORERO DIAZ laboró para la empresa EXTRARAPIDO LOS MOTILONES S.A., desde el 1 de marzo de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2015 (fol. 67 a 71).
- Que la demandante sufre de una enfermedad general y se le recomendó una reubicación temporal por seis meses en área de trabajo donde realice actividades repetitivas de manipulación de peso, fuerza y digitación (Fol. 12 a 42).
- Que mediante comunicación del 30 de septiembre de 2015, la empresa EXTRA RAPIDO LOS MOTILONES S.A. dio por terminado el contrato de trabajo por justa causa (Fol. 68 a 71)

Ahora bien, la parte demandante pretende principalmente el reintegro por haber sido despedida encontrándose en proceso de reubicación y no solicitarse el permiso para despedir de 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 N° 32532 de 15 de Julio de 2008, 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 labora 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, la indemnización de 180 días, opera únicamente cuando el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral mayor al 15%, y que el empleador conozca tal situación y termine la relación laboral por esta causa, sin la respectiva autorización del Ministerio de la Protección Social.

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

- Que la enfermedad produzca una pérdida de capacidad laboral superior al 15%.

- Que el empleador conozca del estado de discapacidad del trabajador.
- Que el despido se produzca por causa de la discapacidad, y se realice sin la previa autorización del Ministerio de Protección Social.

En ese sentido, al examinar detalladamente las pruebas aportadas al proceso, resulta evidente que la Demandante XIOMARA FORERO DIAZ presenta una enfermedad en su hombro derecho, la cual, a la fecha no presenta calificación de pérdida de capacidad laboral.

Procederá la Sala a evaluar si, como consideró la jueza 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 y estudiando los argumentos del apelante que considera no se tuvieron en cuenta circunstancias como haber sido despedida durante un proceso de reubicación de su puesto de trabajo.

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 destruir tal presunción.

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

Pues bien, aplicando este precepto al caso concreto se tiene que aunque está acreditada la existencia de un quebranto de salud por parte de la señora XIOMARA FORERO DIAZ para septiembre de 2015 cuando se dio por terminado el contrato de trabajo, no existe dentro del plenario prueba alguna que evidencie que la enfermedad presentada por la actora en su brazo derecho le produjera una condición de discapacidad o pérdida de capacidad en un grado equivalente al exigido por la norma, esto es, el 15%,

lo que resulta, indispensable para acceder a la garantía del artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Considera la Sala necesario señalar que se reconoce la existencia una tesis sustentada en el modelo biopsicosocial aplicada por la Corte Constitucional, 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.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada de las pretensiones dirigidas a reclamar reintegro y pago de las prestaciones laborales dejadas de percibir.

**Finalmente**, en cuanto a la inconformidad planteada por el recurrente frente a la decisión de la jueza de instancia, de no imponer condena en contra de la demanda por la indemnización por despido sin justa causa, de que trata el artículo 65 del C.S.T. debe decirse, que el artículo 62 del CST le impone como obligación al trabajador, realizar sus funciones en las formas establecidas por el empleador y en este caso se imputó la causal de terminación justa del contrato consagrada en el numeral 1 en el artículo 60 del CST (haber sufrido engaño por parte del trabajador) en concordancia con el numeral 6 del artículo 62 del CST (violación grave de las obligaciones).

Para demostrar lo anterior se tiene que en el *acta de aclaraciones* obrante a folios 19 a 22 del expediente, la demandante aceptó que tenía estricta orden que a más tardar el día siguiente de recibir los dineros de las encomiendas contra entrega a domicilio, debía consignarlos a través del Señor Wilson Ramírez, y no lo hizo; desacatando la directriz dada por el empleador de que debía hacerlo a más tardar el día siguiente, se concluye que la señora XIOMARA FORERO DIAZ con el fin de subsanar su falta devuelve el dinero mediante consignación realizada después de la auditoria, confirmando el incumplimiento de sus obligaciones mediante una acción de engaño hacia el empleador tendiente a obtener un provecho indebido.

Frente a la gravedad de esta conducta, debe decirse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL3760 de 2019 recuerda que “*son las partes mismas las llamadas a calificar en primera medida la gravedad de una conducta en los términos del numeral 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, ante lo cual se excluye la competencia judicial para iguales efectos*”; es decir, si las partes previamente

han delimitado que una conducta es grave no puede el Juez entrar a valorar la gravedad pues ya para ello previamente se ha pactado la dimensión de la misma.

En este caso, no obra al expediente prueba alguna que permita establecer si las partes calificaron conductas como faltas graves para ser verificadas, al no contar con cláusulas referentes a este tema en el contrato de trabajo y no aportarse el reglamento interno de trabajo, por lo que compete al Juez valorar si la conducta puede calificarse como grave; y en esa medida, debe decirse que ostentar un cargo donde se maneja usualmente flujo de caja y no cumplir con el deber de estricto cuidado y diligencia que esto conlleva, al dejar de ingresar dinero para solo devolverlo cuando se es descubierta, constituye claramente una falta grave de las obligaciones del trabajador.

Por lo anterior, verificada la concurrencia de las justas causas imputadas, se confirmará en su integridad la sentencia apelada y se condenará en costas de segunda instancia a la parte actora. Fijense como agencias en derecho a favor de cada demandada, la suma de \$250.000.

#### **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:**

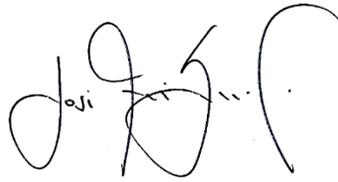
**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la Sentencia del 11 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandante; fijense como agencias en derecho a favor de cada demandada la suma de \$250.000.

Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.



**NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES  
MAGISTRADA PONENTE**



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



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 052, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7  
a.m. Cúcuta, 10 de julio de 2020



---

Secretario



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

Nueve (09) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-004-2018-00309-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	18.878
<b>DEMANDANTE:</b>	CARLOS ANDRÉS NAVARRO RODRÍGUEZ
<b>DEMANDADO:</b>	PROTECCIÓN S.A.

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CARLOS ANDRÉS NAVARRO RODRÍGUEZ contra PROTECCIÓN S.A., vinculada por pasiva la menor MELANY SOFIA NAVARRO BOTELLO representada mediante curadora ad-litem, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2018-00309-00, y Radicación Interna N° 18.878 de este Tribunal Superior, a decidir la impugnación presentada por la demandada en contra de la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del C. P. del T. y de la S.S. que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

**1.1 Identificación del Tema de Decisión**

La Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación presentada por la demandada y en Grado Jurisdiccional de Consulta, sobre la sentencia del 22 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió lo siguiente:

**“...PRIMERO.-** Condenar al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA.** a pagar la pensión de sobrevivientes en un 50% pensión vitalicia a favor del demandante señor **CARLOS ANDRÉS NAVARRO RODRÍGUEZ**, por el fallecimiento de su compañera permanente quien en vida se llamó **MAYERLY CAROLINA BOTELLO SÁNCHEZ**, afiliada al fondo demandado, pensión de sobrevivientes que había sido reconocida en su 100% a favor de la menor hija **MELANY SOFIA NAVARRO BOTELLO**, nacida el 18/01/2010, desde el fallecimiento de su señora madre 05/07/2015, prestación que se causa a partir de la ejecutoria de esta sentencia. Pasará a obtener como pensión el 50% el demandante de la misma sobre la base del smmlv, pensión que se incrementarán en los términos de art 14 Ley 100 del 93, al extinguirse el derecho de la menor por la mayoría de edad o en su caso de no estudiar y la edad de 25, no dependiente entonces del padre, a quien será ella el actor en su condición de excompañero permanente, de la fallecida,

*respecto del otro 50% en cabeza de su menor hija en su oportunidad cuando no acredite los requisitos para ser beneficiaria, conforme a lo considerado.*

**SEGUNDO.-** *NEGAR EL RETROACTIVO en atención a que la pensión viene disfrutándola su menor hija y de acuerdo con la norma señalada en las consideraciones de la presente sentencia.*

**TERCERO.-** *NEGAR INTERESES MORATORIOS ART 141 Ley 100 del 93, se causaran intereses moratorios en el evento en que ejecutoriada la sentencia incumpla con el pago. Pero es un hecho futuro, por eso se niegan.*

**CUARTO.-** *COSTAS a cargo del fondo pensional.”*

## **1.2 Fundamento de la Decisión.**

El A Quo, fundamenta la decisión de primera instancia en lo siguiente:

- Que el objeto del litigio es determinar si al demandante le corresponde la pensión de sobreviviente en su 50%, como quiera que su hija actualmente recibe el 100%, para que se le cancele el retroactivo y condene en costas, a lo que se opone la demandada.

- Afirma, no es materia de discusión los hechos aceptados por la demandada sobre el reconocimiento realizado a la menor MELANY SOFIA NAVARRO BOTELLO del 100% de la pensión de sobreviviente causada tras el fallecimiento de la señora MAYERLY CAROLINA BOTELLO SÁNCHEZ, por un monto equivalente al mínimo legal y que se negó al demandante como compañero permanente.

- Indica, que según declaraciones extrajuicio aportadas a folio 8 y 9, ratificadas, se prueba la convivencia del 16 de diciembre de 2007 al 5 de julio de 2015 (fecha de fallecimiento) a través de lo manifestado por DEYSI PATRICIA GALVIS OCHOA y JOSEFA JAIMES JAIMES; quedando demostrados los requisitos conforme al numeral 2° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por el reconocimiento previo a la menor y respecto de la calidad de beneficiario conforme al literal a, pues si bien el actor tiene menos de 30 años, sí procreó una hija con la causante.

- Refiere que es materia de debate la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento de la señora MAYERLY CAROLINA BOTELLO SÁNCHEZ. Los testigos recepcionados al proceso confirman este requisito y la única prueba en contrario es la investigación que afirma haber realizado PROTECCIÓN, pero que no fue allegada al proceso pese a haber sido requerida y se queda en un dato, no existiendo documentos firmados o declaraciones suscritas que respalden la validez del mismo y tampoco asistió el investigador ni los testigos allí indicados, quienes fueron citados pero no asistieron.

- Que se aportó una propiedad conjunta entre los compañeros, pero se trata de una situación que no acredita nada para la convivencia y tampoco la afiliación del sistema de salud, pues si el actor trabaja, debe estar afiliado por su propio empleo y no como beneficiario, por lo que son aspectos que no sostienen ni restan para efectos de la convivencia; y en todo caso, no se acreditó la separación que por 2 años afirma haber evidenciado la AFP en su investigación privada.

- Que se ordenará el reconocimiento pensional del 50% de la prestación ya reconocida a la menor, a partir de la ejecutoria de esta sentencia; es decir, sin retroactivo, pues es el padre como representante de la menor quien ha venido administrando esa pensión en su 100%, como lo dispone la Ley 1204 de 2008 que en su artículo 6°. Así mismo, este porcentaje se acrecentará cuando la hija deje de ostentar la calidad de beneficiaria por mayoría de edad y demostración de estudios.

- Que los intereses moratorios no tienen lugar en este caso pues la negativa del fondo se debe a una investigación que le dio la convicción de no adeudarla, pero que no respaldó probatoriamente en este proceso.

## **2. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN**

### **2.1 Por parte de la demandada**

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de PROTECCIÓN S.A., fundamentó su recurso en:

- Que el documento contentivo de la investigación de convivencia que efectuó PROTECCIÓN, en aras de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, es un documento privado y auténtico en los términos del C.G.P. sobre lo que de él emana. No fue controvertido por la parte demandante.

- Que el testigo, conforme a las reglas de la Sana Crítica no es conteste para acreditar la convivencia entre el demandante y la afiliada.

- Que la carga de la prueba se debió aplicar también a la parte demandante, quien solicitó varios demandantes pero solo aportó uno y no resulta suficiente bajo las reglas de la sana crítica, que sobre este único testigo se cimiente la concesión de la pensión de sobreviviente.

## **3. ALEGATOS**

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las partes no presentaron alegatos de conclusión.

## **4. 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.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO**

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

¿Si el demandante CARLOS ANDRÉS NAVARRO RODRÍGUEZ tiene derecho a que PROTECCIÓN S.A. le reconozca y pague la pensión de sobreviviente causada tras el fallecimiento de su compañera permanente MAYERLY CAROLINA BOTELLO SÁNCHEZ en la proporción del 50%?

## **6. CONSIDERACIONES**

El debate en esta instancia está encaminado a determinar si el señor CARLOS ANDRÉS NAVARRO RODRÍGUEZ, en su condición de compañero permanente supérstite, tiene derecho al reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de la señora MAYERLY CAROLINA BOTELLO SÁNCHEZ, acaecida el 5 de julio de 2015, la cual ha sido reconocido a su hija en común por parte de AFP PROTECCIÓN S.A. pero denegada a él por no reconocer el requisito de convivencia.

El de primera instancia, accedió a las pretensiones de la demanda por estimar que el actor demostró con las pruebas aportadas, haber convivido con la causante del año 2007 hasta el momento del fallecimiento; siendo la única prueba en contrario, la investigación administrativa de PROTECCIÓN que afirma existió una interrupción, pero cuya validez no está respaldada por la firma de los allí declarantes ni por sus ratificaciones. Conclusión a la que se opone al apelante por estimar que el documento contentivo de la investigación de convivencia que efectuó es privado y auténtico en los términos del C.G.P. sobre lo que de él emana, no siendo adecuadamente controvertido por el demandante, así mismo que la testigo no es conteste ni suficiente para acreditar convivencia y que el demandante también cumplió indebidamente su carga probatoria.

De manera preliminar, conforme al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., se advierte que no fue objeto de controversia por ninguna de las partes la modalidad, cuantía y periodicidad del reconocimiento pensional, sino exclusivamente la calidad de beneficiario, por lo que a ello se limitará la presente decisión.

Como principales hechos demostrados en el proceso, se encuentran los siguientes:

- Que la señora MAYERLY CAROLINA BOTELLO SÁNCHEZ y el señor CARLOS ANDRÉS NAVARRO RODRÍGUEZ procrearon una hija, de nombre MELANY SOFIA NAVARRO BOTELLO, nacida el 18 de enero de 2010 según registro civil de nacimiento visto a folio 3.
- La señora MAYERLY CAROLINA BOTELLO SÁNCHEZ falleció el 5 de julio de 2015 según registro civil de defunción No. 04571273 (Fol. 4)
- El señor NAVARRO RODRIGUEZ presentó reclamación de pensión de sobreviviente en causa propia y representando a su menor hija, resolviendo la entidad el 22 de julio de 2016 reconocer el 100% de la prestación a la menor y negar al alegado compañero por no acreditar el tiempo de convivencia exigido en la norma. (Fol. 6-7)

De acuerdo al problema jurídico puesto a consideración por la Sala, es preciso indicar, que no está en discusión la causación de la pensión de sobreviviente a cargo de PROTECCIÓN S.A. tras el fallecimiento de la afiliada MAYERLY BOTELLO SÁNCHEZ, prestación que actualmente devenga su hija menor en un 100%. Lo que, si lo está, es la calidad de beneficiario del aquí demandante, que alega la condición de compañero permanente, reclamando el reconocimiento por el 50% de la prestación y el posterior acrecentamiento cuando la menor pierda la calidad de beneficiaria conforme edad y estudios.

Sobre los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes, el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, dispone que lo son: *“...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.”*

De conformidad con la norma anterior, para que el compañero permanente adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, debe demostrar que convivió con el causante durante los últimos cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; requisito que ha sido analizado por 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, en la cual se indica que *“...la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante (...) 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.”*

En todo caso, en la misma decisión, la Corte recuerda que los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia, pues ha entendido que *“...en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece”* y ante ello, agrega, *“la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio”*.

De conformidad con la Jurisprudencia y la Ley, la Sala procederá a analizar si en el presente caso, el señor CARLOS ANDRÉS NAVARRO RODRÍGUEZ, logró demostrar 5 años de convivencia con la fallecida MAYERLY CAROLINA BOTELLO SÁNCHEZ, en los 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento para acceder al derecho pretendido, y en ese sentido el libelo probatorio se compone de los siguientes elementos:

- Declaración extrajuicio rendida por la señora DEYSY PATRICIA GALVIS OCHOA, ante la Notaría Sexta del Círculo de Cúcuta, donde manifestó conocer hace más de 15 años a la fallecida MAYERLY BOTELLO y que por ello le consta que convivió desde el 16 de diciembre de 2007 hasta su fallecimiento el 5 de julio de 2015 con el señor CARLOS NAVARRO, de manera permanente, ininterrumpida y compartiendo lecho, techo y mesa de manera pública; siendo la señora BOTELLO quien se hacía cargo de los gastos de alimentación, vestuario, vivienda y demás del núcleo familiar.
- Declaración extrajuicio rendida por JOSEFA JAIMES JAIMES, ratificada mediante testimonio rendido en audiencia del 18 de septiembre de 2019, donde expuso que conoció a Carlos desde muy joven, cuando eran vecinos en el Barrio La Concordia, porque trabajaba con el grupo juvenil y en una actividad de este llevó a la novia MAYERLY BOTELLO, quien se hizo muy amiga de sus hijas y al año se fueron a vivir. Lo recuerda porque fue al mismo tiempo que una de sus hijas; relatando, además, que la joven era quien mantenía un trabajo estable, inclusive estando en una empresa ayudó a vincular a su hija, y les unió una fuerte amistad. Indica que durante más o menos un año el actor y la causante se fueron a residir a Bucaramanga por trabajo de ella, a donde acudió una vez de visita y puede dar fe que entonces no se separaron, volviendo juntos a residir en otro barrio hasta el fallecimiento de la joven, dando fe que nunca se separaron pese a aparentes presiones de la familia de ella por la falta de trabajo del joven y que permanentemente visitaba su hogar porque les ayudaba a cuidar de su hija cuando requerían, por reciprocidad ante su cercanía y apoyo mutuo con sus propias hijas.
- Investigación administrativa contratada por PROTECCIÓN S.A., y adelantada por ALIANZA INVESTIGACIONES – Analista de investigaciones y siniestros S.A.S., suscrita por su Gerente DIEGO LUIS SALDAÑA ÁLVAREZ, donde concluye que según relato de ALCIRA SÁNCHEZ, madre de la fallecida, ANDREA BOTELLO SÁNCHEZ, hermana de la fallecida y PATRICIA GALVIS, compañera de trabajo, hubo una interrupción en la convivencia de diciembre de 2012 a diciembre de 2014, llevando apenas 7 meses de volver juntos cuando ocurrió el fallecimiento; así mismo refiere declaraciones de vecinos y amigos: LUIS ALFONSO CABALLERO, JOSÉ EDILSON RÍOS CAMPIÑO y PEDRO ANDRÉS DAZA, que niegan conocer alguna separación de la pareja. Documento que no está respaldado por la declaración del investigador, ni acudieron a ratificar su declaración las tres testigos allí citados.

Para el análisis del material probatorio es menester tener en cuenta los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, como 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.

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

Bajo esta libertad de configurarse un criterio a partir de los elementos probatorios, esta Sala procederá a revisar si como lo afirma el apelante, hubo una indebida valoración de las pruebas con que se encontró acreditada la convivencia.

Para ello, se encuentran dos versiones contradictorias: la del demandante sobre una convivencia con la señora BOTELLO SÁNCHEZ entre diciembre de 2007 y julio de 2015 sin interrupciones respaldada por las declaraciones extrajuicio y testimonio recepcionado en audiencia, frente a la versión de la demandada sobre la existencia de una separación entre diciembre de 2012 y diciembre de 2014, respaldada en su propia investigación administrativa, que se alega indebidamente valorada por el apelante.

Sobre la investigación administrativa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2267 de 2019 reitera el criterio fijado en sentencia del 15 de mayo de 2012, Rad- 43.212, donde se explica: *“...los informes que recogen las investigaciones efectuadas por los funcionarios de las administradoras de pensiones para efectos de determinar la convivencia o la dependencia económica para discernir la condición de beneficiario de un derecho pensional, deben tenerse como “documento declarativo emanado de terceros”, cuya valoración se hace en forma similar al testimonio”*.

A su vez, el artículo 262 del Código General del Proceso, establece que *“...los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación”*; al respecto, en audiencia del 18 de septiembre de 2019, se solicitó por parte del Ministerio Público y la curadora ad-litem de la menor, que se citara a las declarantes ALCIRA SÁNCHEZ, ANDREA BOTELLO SÁNCHEZ y PATRICIA GALVIS, para controvertir su versión sobre la separación temporal de la pareja; sin embargo, estas no asistieron sin que al cierre de la etapa probatoria fuera objeto de controversia por la parte demandada razón por la cual, la consecuencia que acarrea esta falta de ratificación conlleva a que no tengan valor probatorio.

Caso contrario ocurre con la declaración extrajuicio rendida por la señora DEYSY PATRICIA GALVIS OCHOA, cuya ratificación no fue solicitada por la demandada en la contestación y por lo cual adquiere plena validez en los términos del artículo 222 del C.G.P.; prueba de la que se desprende cierto nivel de conocimiento sobre la relación del demandante con su fallecida compañera que corrobora la versión de la parte actora, aunque por sí sola no constituye prueba suficiente dado que no explica las razones por las que conoce y sostiene una relación con la pareja.

Ahora bien, frente a la valoración del testimonio de la Señora JOSEFA JAIMES, que el apelante afirma no fue conteste, estima la Sala, que una vez

analizado el mismo la declarante demuestra un conocimiento directo de la relación entre el señor NAVARRO y la señora BOTELLO SÁNCHEZ, en razón a la amistad familiar que estos mantenían con ella y sus hijas desde inicios de su noviazgo en 2006, relatando de manera espontánea y coherente su historia sin que se avizoren contradicciones, lagunas o conocimiento indirecto. Nótese, como relaciona las fechas en que se fueron a vivir juntos o tuvieron su hija, con las fechas en que su propia hija pasó por las mismas etapas, y su falta de interés en este asunto, le confiere plena credibilidad a su dicho sobre una convivencia pública, ininterrumpida y total entre diciembre de 2007 y el fallecimiento ocurrido en julio de 2015; lo cual, resulta coherente con la declaración de la señora GALVIS OCHOA.

El ejercicio o sistema normativo impone el deber de aplicar una apreciación en conjunto y acorde a las reglas de la sana crítica, esto es, un análisis juicioso, serio y razonado de los elementos de la lógica y la experiencia, sin apartarse de los conocimientos científicos o intelectuales; para que a través de este ejercicio, se alcance una mayor persuasión o credibilidad de lo que es la verdad material del objeto de estudio, sin que ello dependa de la cantidad de pruebas, sino del convencimiento que ejercen sobre el juzgador las obrantes al plenario.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral en múltiples pronunciamientos como la reciente SL1950 de 2019, ha señalado “*en presencia de varios testimonios contradictorios u opuestos, que permiten arribar conclusiones enfrentadas o disímiles, corresponde al juzgador, dentro de su libertad y autonomía y en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, establecer, conforme a la libre formación del convencimiento previsto en el artículo 61 del CPTSS, su mayor o menor credibilidad, pudiendo escoger a un grupo de deponentes como fundamento de la decisión y desechar el otro, lo cual no configura de ninguna manera un yerro, tal como se expuso en Sentencia CSJ SL, 23 nov. 2016, rad. 47003*”.

En el caso en estudio, no hubo otro testigo que controvirtiera en audiencia pública la versión de la convivencia ininterrumpida que respalda el reclamo del accionante, siendo una carga procesal de la parte demandada aportar elementos de convicción suficientes para acreditar su versión sobre una interrupción que ni siquiera es la versión íntegra de su propia investigación, donde se dejó constancia que los 3 declarantes que niegan hubiera dicha separación temporal y ante lo cual, se puede concluir que el material probatorio obrante respalda la versión del actor sobre su convivencia con la causante por más de 7 años anteriores y continuos al fallecimiento de su compañera permanente.

De acuerdo con el análisis precedente la respuesta al problema jurídico es que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, en virtud de la línea jurisprudencial actualmente manejada como doctrina legal probable y precedente vertical por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Fluye de lo expuesto, que se confirmará íntegramente el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el 22 de noviembre de 2019 y se fijarán como agencias en derecho a favor del actor, el equivalente a un 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** en su totalidad la sentencia de primera instancia proferida el 22 de noviembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, según lo expuesto en la parte motiva.

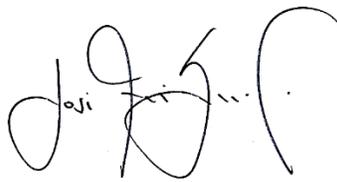
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la demandada PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho a favor del actor el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES**  
**MAGISTRADA PONENTE**



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



**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 052, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.  
Cúcuta, 10 de julio de 2020



Secretario



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

Nueve (09) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-004-2018-00440-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	<b>18.837</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	ALEXANDER GÓMEZ SANTAMARÍA
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES y PROTECCIÓN

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ALEXANDER GÓMEZ SANTAMARÍA en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y A.F.P. PROTECCIÓN S.A., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2018-00440-00, y Radicación Interna N° **18.837** de este Tribunal Superior, a conocer de los recursos de apelación interpuestos por las partes y el Grado Jurisdiccional de Consulta de la Sentencia del 16 de octubre de 2019, 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. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

**1.1 Identificación del Tema de Decisión**

En la presente diligencia, la Sala conocerá de los recursos de las partes y el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia del 16 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, la cual resolvió:

**“...PRIMERO:** *CONDENAR a favor de ALEXANDER GOMEZ SANTAMARÍA y a cargo de COLPENSIONES, a pagar la prestación de pensión de invalidez por riesgo común a partir del 15 de diciembre de 2008, por 14 mesadas anuales sobre salario mínimo legal vigente en cada vigencia, indexada a la fecha de pago efectivo.*

**SEGUNDO:** *NEGAR los intereses legales moratorios.*

**TERCERO:** *DECLARAR la buena fe de las partes, pese a que no enerva las pretensiones.*

**CUARTO:** *DECLARAR no probada la excepción de prescripción.*

**QUINTO:** *ABSOLVER a PROTECCIÓN S.A. de las pretensiones.*

**SEXTO:** *DECLARAR no probadas las demás excepciones de COLPENSIONES.*

**SÉPTIMO:** *CONDENAR en costas a COLPENSIONES a favor del actor.*

**OCTAVO:** *CONDENAR en costas al actor a favor de PROTECCIÓN.”*

## **1.2 Fundamento de la decisión**

Dentro de sus consideraciones, el A quo argumentó lo siguiente:

- Que la fijación del litigio consistió en determinar la procedencia de la pensión de invalidez a favor del Señor ALEXANDER GÓMEZ SANTAMARÍA y la entidad que le correspondería asumirla, en razón al conflicto sobre la afiliación, con el correspondiente pago del retroactivo, indexación, intereses moratorios y demás pretensiones de la demanda.

- Mediante la Resolución SUB207969 del 26 de septiembre de 2017, se tiene que el actor tiene 66 semanas cotizadas para cubrir el insuceso, siendo calificado mediante el Dictamen No. 2017\_231255BB del 18 de agosto de 2017 con 56.29% de PCL estructurada el 15 de diciembre de 2008. Así mismo, solicitó el traslado del fondo privado a Colpensiones el 1 de octubre de 2015 y que conforme a los artículos 14 y 15 literal b del Decreto 692 de 1994, y a la fecha de estructuración le corresponde a PROTECCIÓN asumir su pago.

- La normativa citada, establece que la entidad que recibe los aportes es a quien le corresponde asumir la prestación, pero no queda claro que sucede cuando la fecha de estructuración corresponde a un momento donde el afiliado cotizaba a otro fondo del cual se trasladó, pues este fondo anterior se quedó sin base para reconocimiento por haber trasladado los recursos y al respecto se encuentra la sentencia T-131 de 2019, cuya tesis es controvertida por el Procurador.

- Del análisis de estas posturas, se tiene que el Decreto 1406 de 1999 en su artículo 42 establece la forma en que se suscita el traslado entre entidades administradoras, indicando en su literalidad que “...*La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad*” pero al analizar un caso concreto idéntico la Corte Constitucional indica que es la entidad que recibe quien tiene la obligación pese a ser anterior la fecha de estructuración.

- Y que la Corte hace énfasis en la imposibilidad de imponer al afiliado las consecuencias de la controversia administrativa entre los fondos de pensiones, pues una vez aceptado un traslado, se debe entender cubierto el siniestro por la entidad que recibe los saldos conforme los lineamientos de los artículos 70 y 113 de la Ley 100, de lo que analiza el despacho se entiende trasladada la efectividad del seguro previsional que compone la mayor parte de la pensión de invalidez.

- Esta tesis conlleva a problemas en la práctica como la seguridad del cobro de este seguro o lo que sucedería si el conflicto fuera inverso, pero en todo caso, la providencia SL2150 de 2017 concluye en un asunto algo

parecido que “...la prestación se encuentra debidamente financiada a través de los mecanismos previstos en la ley, la pensión de invalidez no se puede afectar o frustrar en virtud del traslado de régimen que se efectuó”.

- Que siendo el fondo receptor el que tiene todos los recursos, es el encargado de asumir la prestación, entendiéndose que incluye el seguro previsional, conforme a la justificación constitucional y ante ello, es a COLPENSIONES a quien le compete asumir la pensión de invalidez del actor, desde su fecha de estructuración, al no existir incapacidades temporales, debidamente indexadas y sin intereses de mora por haberse ajustado la decisión de COLPENSIONES a la redacción literal de la norma cuya interpretación no es pacífica.

- A su vez explica, que la prescripción, no está llamada a prosperar dado que ésta debe contarse desde la calificación de la PCL del actor y este conoce la misma, y según se ve a folio 5 fue notificada a otra persona el 26 de agosto de 2017 y la demanda se presenta el 10 de octubre de 2018, fecha en que se interrumpe la prescripción, sin que antes del conocimiento del estado de la invalidez pueda contabilizarse.

## **2. DE LA IMPUGNACIÓN**

### **2.1 De la parte demandante**

El apoderado de la parte actora presenta recurso de apelación contra dos aspectos concretos:

Que se debieron reconocer los intereses moratorios teniendo en cuenta que COLPENSIONES no aplicó la Ley 100 en los artículos 7 y 113, por lo que la demora de la administradora para reconocer y pagar la prestación perjudicó al demandante al someterlo a un proceso judicial, lo que pudo haberse evitado con un estudio juicioso y eficiente por la administradora

No se debió condenar en costas a su representado a favor de PROTECCIÓN, pues fue COLPENSIONES la vencida en juicio.

### **2.2 De la parte demandada**

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la totalidad de la decisión argumentando que el demandante tiene como fecha de estructuración de la invalidez el 15 de diciembre de 2008, conforme dictamen emitido el 18 de agosto de 2017, fecha en la que estaba en el RAIS pues los efectos de este traslado son del 1 de octubre de 2015 y por ende no era procedente acceder al reconocimiento de esta pensión de invalidez, es a cargo del fondo privado, dado que los siniestros que ocurrieran antes de la efectividad del traslado están a cargo de la entidad de la que se retiró el afiliado.

Agrega, que no está de acuerdo con las costas, toda vez que COLPENSIONES ha actuado bajo la buena fe y no se ha creado ninguna obligación o responsabilidad con el demandante

### **2.3 Del Ministerio Público**

El Procurador Judicial del Trabajo y la Seguridad Social de la Regional Cúcuta, presentó recurso de apelación exponiendo los siguientes argumentos:

- Que no se controvierte el derecho que tiene el demandante a una pensión de invalidez, estando probado que goza de este el actor y debe ser reconocido, pero no se está de acuerdo en que sea COLPENSIONES la entidad condenada a este pues a criterio del Ministerio Público corresponde a PROTECCIÓN.

- Que la sentencia citada por el señor juez hace relación a T-131 de 2019 que resuelve un asunto similar y la SL2150 de 2017, pero a criterio de la Procuraduría esta última no constituye un precedente aplicable por resolver un asunto diferente; en este caso tratamos con una invalidez estructurada en diciembre de 2008 y se traslada posteriormente a otro fondo de pensiones, discutiendo quien cubre por haberse presentado la estructuración antes del traslado, pero en la sentencia SL2150 la invalidez se estructuró después del traslado y el debate era analizar la condición más beneficiosa pese a este traslado.

- Que frente a la T-131 de 2019 el supuesto fáctico es similar, pero fue aplicada pese a la preocupación expuesta previamente por la Procuraduría sobre la financiación de la pensión dado que dice la Corte Constitucional que es irrelevante el fondo al que estuviera afiliado al momento de la estructuración sino el que calificó y determinó el estado porque los fondos se han trasladado, pero no se tiene en cuenta que no se trata de una pensión de vejez donde están todos los aportes dado que se ignora la figura del seguro previsional y su importancia para la financiación de esta en el RAIS, pues la relación contractual de estos no se extiende a COLPENSIONES y quedará desfinanciada.

- Que la literalidad de la norma aplicable para efecto de responsabilidad ante traslado, no da a la interpretación que hace la Corte Constitucional, pues claramente dice que el fondo antiguo está obligado a reconocer las obligaciones que surjan hasta la efectividad del traslado y es donde toma validez el derecho adquirido, pues para este caso no es con la calificación sino con la estructuración.

- Que así mismo, debe cuestionarse la validez de un traslado frente a un riesgo que ya se estructuró, pues ya el suceso se había materializado cuando se pasó a un nuevo fondo y resulta discutible que este debe asumir las consecuencias de un acto ya acontecido.

- Que entre las dudas que deja el decreto y su interpretación constitucional, está el de la asunción del retroactivo por parte de COLPENSIONES cuando el traslado fue posterior y si resultaría más adecuado que PROTECCIÓN asuma las mesadas causadas hasta la efectividad del traslado.

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

Como quiera que la sentencia fue desfavorable a COLPENSIONES como administradora del régimen de prima media con prestación definida del que es garante el Estado conforme el literal n del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se ordenó el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 y apelación.

#### **4. ALEGATOS**

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

##### **• PARTE DEMANDANTE.**

El apoderado de la parte actora solicita que se confirme el reconocimiento en cabeza de Colpensiones pero que se analice debidamente la operación de la prescripción aplicada; sobre el reconocimiento pensional indica que al haber recibido los dineros de la cuenta de ahorro, COLPENSIONES aceptó y perfeccionó el traslado de las obligaciones a favor del afiliado y así lo ha entendido la Corte Constitucional en sentencias T-411 de 2019 y T-131 de 2019, así como en SL2150 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia y en decisión de la misma Sala de Decisión, Rad. 18.234 fallo del 25 de junio de 2019 del Magistrado Ponente Dr. José Andrés Serrano Mendoza. Que se deben reconocer los intereses moratorios por ser resarcitorios y no indemnizatorios, sin que para ello influya la buena fe. Reclama que se analice la prescripción pues entre la notificación del dictamen y la reclamación no transcurrieron 3 años, por lo que no hay lugar a su declaración parcial.

##### **• PARTE DEMANDADA.**

COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión de primera instancia por no tener la obligación de pagar la pensión de invalidez que reclama el señor GÓMEZ SANTAMARÍA, dado que estaba vinculado a la AFP PROTECCIÓN al momento de causar la misma con la fecha de estructuración.

Señala que el Decreto 780 de 2016 sobre la efectividad de la afiliación y el traslado entre entidades administradoras que la entidad de donde se retira el cotizante atenderá las obligaciones que surjan hasta el día anterior en que se haga efectivo el traslado; es decir, que si la pérdida de capacidad laboral se estructura antes de los efectos que produce la afiliación entre el cambio de fondo de pensiones, antes del primer día calendario del segundo mes siguiente a la solicitud del traslado, la Administradora de pensiones encargada del reconocimiento de la prestación económica, será en la que se encontraba antes de los efectos del cambio hacia el nuevo fondo, como lo ha indicado la Superintendencia Financiera en Concepto 2000014333-6 del 19 de julio de 2000. Por ende, como la fecha de estructuración fue el 15 de diciembre de 2018 y el traslado a COLPENSIONES se hizo hasta el 1 de octubre de 2015, no debe imponérsele el reconocimiento.

PROTECCIÓN solicita se confirme la sentencia que le absuelve por encontrarse ajustada a derecho, indicando que no es procedente demandar el pago a esa entidad por cuanto la afiliación realizada por el actor a COLPENSIONES es válida, fue aceptada sin objeción y se recibieron los aportes, tanto los ya realizados como los que se siguieron efectuando. Por ende, siendo la última vinculación válida es a COLPENSIONES a quien corresponde el reconocimiento de la prestación demandada, sin perjuicio del momento en que se determinara el estado de invalidez mediante la calificación conforme a la jurisprudencia que existe sobre la materia.

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

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

## **6. PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER**

El problema jurídico para dirimir la controversia sometida a su consideración es el siguiente:

¿Resulta procedente imponer el reconocimiento de la pensión de invalidez a que tiene derecho el señor ALEXANDER GÓMEZ SANTAMARÍA a cargo de COLPENSIONES y en qué condiciones debe ordenarse esta prestación? Así mismo se analizará lo correspondiente a los intereses de mora y las condenas en costas impugnadas.

## **7. CONSIDERACIONES**

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar como principal problema jurídico, en virtud de las apelaciones propuestas y del grado de consulta, si efectivamente corresponde a COLPENSIONES y no a PROTECCIÓN S.A., asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez del actor ALEXANDER GÓMEZ SANTAMARÍA, por el conflicto suscitado entre las administradoras por la fecha de estructuración de la invalidez y el posterior traslado del afiliado antes de ser calificado.

Al respecto, el juez a quo estimó que si bien de la literalidad de la norma podría derivarse que le compete a la entidad a la que estaba afiliada el actor al momento de la estructuración asumir la pensión; conforme a la interpretación jurisprudencial, se entiende, que es la receptora de los recursos que componen la pensión quien carga con la obligación. Conclusión, que es controvertida por COLPENSIONES quien sostiene, que es la entidad donde el actor estructuró su estado de invalidez la que debe responder. Argumento respaldado por el agente del ministerio público, quien enfatiza en el absurdo de la interpretación aplicada por controvertir el tenor literal de la norma y no corresponder con la capacidad de financiación prevista para las pensiones de invalidez.

Sea lo primero advertir, que como quiera que el señor ALEXANDER GÓMEZ SANTAMARÍA, fue calificado por COLPENSIONES mediante el Dictamen No. 2017231255BB del 18 de agosto de 2017, con pérdida de capacidad laboral del 56.29% de origen común y estructurada el 15 de diciembre de 2008 (fol. 16-19), la norma aplicable al caso es el art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1 de la Ley 860 de 2003, el cual dispone que tendrán 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: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”*

Del texto normativo citado se concluye, que para que un afiliado sea beneficiario de la pensión de invalidez, debe estar calificado con pérdida de capacidad laboral superior al 50% y haber cotizado un mínimo de 50

semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; y en este caso, según se advierte de los tiempos de servicio acreditados en el folio 10, el señor GÓMEZ SANTAMARÍA, laboró un tiempo total equivalente a 66.45 semanas de cotización; por lo que no es objeto de controversia por ninguna de las partes, que el actor cumple debidamente los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

El conflicto se suscita porque el actor para la fecha de estructuración de la invalidez que fue el día 15 de diciembre de 2008 se encontraba afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A., pero se trasladó a COLPENSIONES el 1 de octubre de 2015, solicitando hasta el año 2017 el trámite de calificación y reconocimiento de su pensión de invalidez. De tal manera que, la apelación se encamina a negar la responsabilidad de COLPENSIONES para asumir una prestación causada en una fecha donde el actor estuvo afiliado en otro régimen.

Como enunció el juez a quo, la norma que está llamada a regular este supuesto de hecho, es el artículo 42 del Decreto 1406 de 1999 recopilado en el artículo 3.2.1.12 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, que en su inciso segundo reza:

*“(…), el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora. **La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.**”*

Sobre este parámetro normativo concluye el juez de primera instancia, que su tenor literal parece indicar que es la entidad a la que esté afiliado el actor al momento de estructurarse la invalidez, la llamada a responder; pero que basado en la interpretación dada por la Corte Constitucional en la providencia T-131 de 2019, sobre el hecho de que lo importante no es la fecha de estructuración, sino que se haya hecho efectivo el traslado a la entidad receptora de los fondos y rendimientos, en este caso, se debía aplicar la misma regla jurisprudencial sobre lo que se entendía del tenor literal. A lo que se opone el agente del ministerio público, al entender que era equivocado imponer el reconocimiento a una entidad que no tenía afiliado al actor cuando se causó la obligación y que se desconoce con ello, la forma de financiación de la pensión de invalidez, debiendo primar la literalidad de la norma aplicable antes que una interpretación que realmente no se ajusta al funcionamiento normativo de la prestación reclamada.

Pues bien, debe analizarse entonces, si efectivamente, como señalan el juez de instancia y los apelantes, el tenor literal le impone a PROTECCION S. A la obligación, para después verificar si la interpretación constitucional que se alega aplicable al caso concreto efectivamente se corresponde con la solución adecuada o desconoce los principios de la separación de regímenes del sistema de seguridad social en pensiones.

El aparte en cuestión establece “...**La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad**”; resultando fundamental que se establezca, en materia de pensión de invalidez, cuando surge para una

entidad administradora de pensiones la obligación de reconocer esta clase de prestación.

De conformidad con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, *“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 semanas suficientes, agregando el artículo 40 en su inciso final que *“...La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”*.

De lo anterior se derivan dos situaciones de hecho diferentes: la acusación y el disfrute de la prestación. La causación se refiere a la exigibilidad de la obligación contenida en el artículo 39 de la norma referida, y al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció en providencia SL1562 de 2019 que se suscita *“...es a partir de la firmeza del diagnóstico por parte de la correspondiente autoridad médica que el padecimiento alegado adquiriría la connotación de un hecho determinado, cierto y exigible, y, por ende, producía efectos jurídicos en lo que se refería a las prestaciones sociales que de su ocurrencia emanaban”*, es decir, con la firmeza del dictamen de calificación. Por otra parte, el disfrute es el momento desde cuando se reconocen las mesadas y el legislador previó expresamente que sería la fecha de estructuración en el artículo 40 de la ley en cita.

Es decir, la obligación de reconocer la pensión de invalidez se hace exigible y surge con la declaratoria del estado de invalidez, siendo la fecha de estructuración que allí se establezca el momento a partir del cual se adeudan las mesadas. Inclusive, es por ello, que la prescripción de estas mesadas se contabiliza desde el conocimiento del estado de invalidez y no desde la fecha de estructuración, pues ello implicaría determinar la exigibilidad de una obligación sobre un estado de invalidez no conocido por parte de ninguno de los interesados.

Así lo reconoce la Sala de Casación Laboral, que en sentencia SL2599 de 2019 dice: *“...Es consolidado el criterio, según el cual, **el derecho pensional por invalidez surge con la calificación de la pérdida de capacidad laboral**, a partir de la fecha de estructuración que ella determine”*; criterio reiterado en providencia SL3529 de 2019.

De lo anterior se deriva, que el momento en que surge la obligación no es la fecha de estructuración como erradamente interpretan los apelantes COLPENSIONES y el agente del ministerio público, sino la declaratoria del estado de invalidez a través del Dictamen No. 2017231255BB del 18 de agosto de 2017 para cuando el señor GÓMEZ SANTAMARÍA estaba afiliado a COLPENSIONES.

Esta aplicación normativa puede verse en decisiones de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como la SL5234 de 2019, que resulta ser un caso análogo al presente; allí, el demandante estructuró su invalidez el 5 de abril de 1995, cuando estaba afiliado al I.S.S. pero fue calificado posteriormente mientras pertenecía a la A.F.P. PROTECCIÓN. Habiendo realizado su última cotización a Protección. indica la Corte que no se equivoca el Tribunal cuando impuso a PROTECCIÓN la obligación de reconocer la prestación.

Para ello, recuerda la Corte que mediante sentencia CSJ SL 18611-2016, expuso *“...En claro lo anterior, es necesario estimar que siendo el sistema el*

*que debe responder por la pensión, pierde importancia determinar a cuál entidad le corresponde resolver sobre su reconocimiento y efectuar el pago de las mesadas, eso sí sin, perder de vista que por razones de orden lógico y práctico, y como lo enseña el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, conviene que el reconocimiento de la pensión y el pago directo de las mesadas corresponda a la última entidad de seguridad social a la que se realizaron aportes, que será la que se encargue de recaudar los recursos aportados a otros entes de la misma naturaleza, en beneficio de la salud financiera de aquella y del sistema mismo, empero sin que sea conditio sine qua non el tiempo de permanencia exigido en el precepto reglamentario recién citado, entre otras razones porque se trata de un asunto de orden meramente administrativo, al que no se le puede dar mayor trascendencia que al derecho sustancial de que está asistido el demandante”.*

No estamos entonces, ante una interpretación realizada exclusivamente para garantizar derechos fundamentales sin tener en cuenta la literalidad de la norma aplicable, como afirma el agente del Ministerio Público; sino, se trata de la lectura generalizada que tanto Corte Constitucional como Corte Suprema de Justicia han realizado del citado artículo 42 del Decreto 1406 de 1999, tras identificar la calificación del estado de invalidez como el momento en que surge la obligación.

Así mismo, debe recalcarse que el sistema general de seguridad social en salud, consagró la existencia de 2 regímenes independientes y autónomos, sobre los que cada afiliado tiene la libertad de elegir y cuya financiación está debidamente prevista en todos los escenarios y prestaciones consagradas; por lo que, no es del resorte de este proceso judicial dirimir sobre la efectividad del seguro previsional ni la efectividad del traslado, que son asuntos no planteados por las partes y que resultan ajenos a la definición de quien debe asumir el derecho pensional conforme a la afiliación que estaba vigente cuando se determinó el estado de invalidez.

Fluye de lo expuesto, que se confirmará la decisión de primera instancia que estableció a cargo de COLPENSIONES la pensión de invalidez a favor del señor ALEXANDER GÓMEZ SANTAMARÍA, por ser esta la entidad donde estaba válidamente afiliado el actor cuando se declaró su estado de invalidez y causó el reconocimiento pensional, a cuyo disfrute tiene derecho desde la estructuración indicada el 15 de diciembre de 2008.

Procediendo a analizar, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, las circunstancias en que fue ordenada la pensión; se tiene que el monto a reconocer es el equivalente al salario mínimo mensual legal vigente por ser bajo este que se realizaron todas las cotizaciones. Así mismo, al ser anterior la fecha de estructuración al 31 de julio de 2011 se ordenará el pago de 14 mesadas anuales.

Frente a la prescripción, el estado de invalidez del actor le fue notificado desde el 18 de agosto de 2017 (Fol. 15) y solicitó su prestación el 8 de septiembre de 2017, que fue negada en la Resolución SUB207969 del 26 de septiembre de 2017 notificada el 28 del mismo mes y año; siendo la demanda radicada en primer lugar el 30 de octubre de 2017 y en segundo lugar el 10 de octubre de 2018, sin que en ninguna oportunidad transcurrieran más de 3 años para entender configurado el término prescriptivo.

Procediendo con la liquidación en concreto de la condena, omitida en primera instancia, según liquidación realizada por la Sala, se adeuda un total a la fecha de \$102.683.265 discriminando los valores y conceptos en cuadro anexo, que se adicionará a la decisión de primera instancia.

Cabe resaltar que al tenor del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, el pensionado tiene la obligación de asumir el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde el momento mismo en que ostenta esa calidad. Por ende, no es viable argüir la no afiliación o no disfrute del servicio so pretexto de eximirse del pago, pues, se itera, la obligación legal de contribución se adquiere a la par con la condición de pensionado y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha reiterado la necesidad de ordenar estos conceptos; por ello, es del caso agregar que se autorizará a la demandada para deducir del valor de las mesadas a pagar al actor el importe para el pago de las cotizaciones para salud.

En lo que se refiere a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, asunto apelado por la parte demandante y que el juez niega por estimar ajustada a la norma la decisión de COLPENSIONES, se establece que el criterio de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la posición de los mismo varió y determinó que los mismos no se imponen cuando la Administradora de Fondo de Pensiones, ha actuado de acuerdo a los preceptos legales, citando para ello, la sentencia SL-787 del 6 de noviembre de 2013.

De acuerdo a art. 141 de la Ley 100 de 1993 “...A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.”

En providencia SL508 de 2020, Rad. 79.679 y M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS, se resume la postura vigente en este tema así:

*“(...) de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que la condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 opera de manera automática cuando, a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales (CSJ SL4601-2019).*

*Lo anterior significa que para establecer la viabilidad de los intereses moratorios, los jueces laborales no deben analizar el actuar de las administradoras de pensiones para determinar si se enmarcó dentro de los postulados de la buena fe al negar una prestación.*

*Además, conviene recordar que esta Sala ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas, las cuales no corresponden a la del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014); y el segundo, cuando la actuación de la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial. De lo expuesto, se concluye que si la tardanza de las administradoras en el*

*reconocimiento y pago de las pensiones obedece al acatamiento de la ley, será viable la exoneración del pago de los intereses moratorios.”*

Para el caso concreto, se tiene que la actuación de COLPENSIONES se justificó en la lectura que asumió de la norma que regula los traslados entre administradoras del sistema general de seguridad social, que como vemos en la exposición jurisprudencial atrás, no resulta pacífica y la resolución se dio por la vía de interpretación de decisiones judiciales emitidas en el año 2019, posterior a la resolución en vía administrativa.

De lo anterior se desprende, que al haberse reconocido la presente prestación en razón a un criterio de origen jurisprudencial se hace improcedente la imposición de intereses moratorios, por lo que habrá de confirmarse la absolución en este concepto y se mantendrá la indexación como mecanismo de protección de la corrección monetaria para el pensionado.

Finalmente, COLPENSIONES y el demandante controvierten en su apelación la imposición de las costas; al respecto, debe decirse que el artículo 365 del Código General del Proceso “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*” y en el presente caso, no existen dudas sobre que la posición de vencido corresponde a COLPENSIONES por ser la entidad a quien se impuso el reconocimiento pensional. Sin que la existencia de buena fe sirva para enervar este concepto, que busca compensar los gastos en que incurrió la parte vencida al acudir al proceso.

Frente a la condena en costas a favor de PROTECCIÓN S.A. a cargo del demandante, se observa que en el escrito de demanda se reclama la obligación a cargo de COLPENSIONES y se aclara que se dirige también contra PROTECCIÓN por ser la otra entidad en conflicto, de lo que se deriva que mal puede enunciarse al actor vencido respecto de la AFP del RAIS y por ello se revocará el numeral octavo de la decisión de primera instancia, imponiendo a COLPENSIONES la asunción de estas costas por ser la vencida en juicio.

Así mismo, al no prosperar el recurso de apelación interpuesto, se condenará en costas de segunda instancia a COLPENSIONES a favor exclusivamente del demandante, cuyo recurso si prosperó parcialmente, y se fijarán como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

## **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: REVOCAR** el numeral octavo de la sentencia del 16 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, y en su lugar **CONDENAR EN COSTAS** de primera instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de PROTECCIÓN S.A., conforme se expuso en la parte motiva.

**SEGUNDO: ADICIONAR** al fallo impugnado que el retroactivo causado desde el 15 de diciembre de 2008 a mayo de 2020 asciende a un total de \$102.683.265 discriminando los valores y conceptos en cuadro anexo, y que se autorizará a la demandada para deducir del valor de las mesadas a pagar al actor el importe para el pago de las cotizaciones para salud.

**TERCERO: CONFIRMAR** en los demás aspectos la sentencia impugnada y consultada, según lo explicado en la parte considerativa.

**CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la demandada COLPENSIONES, a favor de la parte actora, fíjense las agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Nidia Belén Quintero G.*

**NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES  
MAGISTRADA PONENTE**

*José Andrés Serrano Mendoza*

**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA  
MAGISTRADO**

*Elver Naranjo*

**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**

**ANEXO 1. LIQUIDACIÓN DE RETROACTIVO**

<b>AÑO</b>	<b>MESADA</b>	<b>NO. MESADAS</b>	<b>TOTAL</b>
2008	\$ 461.500	0,62	\$ 286.130
2009	\$ 496.900	14	\$ 6.956.600
2010	\$ 515.000	14	\$ 7.210.000
2011	\$ 535.600	14	\$ 7.498.400
2012	\$ 566.700	14	\$ 7.933.800
2013	\$ 589.500	14	\$ 8.253.000
2014	\$ 616.000	14	\$ 8.624.000

2015	\$ 644.350	14	\$ 9.020.900
2016	\$ 689.455	14	\$ 9.652.370
2017	\$ 737.717	14	\$ 10.328.038
2018	\$ 781.242	14	\$ 10.937.388
2019	\$ 828.116	14	\$ 11.593.624
2020	\$ 877.803	5	\$ 4.389.015
			\$ 102.683.265

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
 Por ESTADO No. 052 , fijado hoy en la  
 Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7  
 a.m. Cúcuta, 10 de julio de 2020.




---

Secretario



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

Nueve (09) de Julio de Dos Mil Veinte (2020)

<b>PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>RADICADO ÚNICO:</b>	54-001-31-05-004-2019-00013-00
<b>RADICADO INTERNO:</b>	18.858
<b>DEMANDANTE:</b>	LUIS JAIRO MENDOZA FERREIRA
<b>DEMANDADO:</b>	PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario Laboral instaurado por LUIS JAIRO MENDOZA FERREIRA contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, con radicación única 54-001-31-05-004-2019-00013-00 y radicado interno No 18.858, a resolver tanto el recurso de apelación interpuesto por la parte Demandada como el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia del 7 de noviembre de 2019, 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. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

**1.1 Identificación del Tema de Decisión**

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación interpuesto por la parte Demandada PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia del 7 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO:** DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por la pasiva, declarando la buena fe sin que determine en los efectos de la decisión.

**SEGUNDO:** DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

**TERCERO:** DECLARAR la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR, del actor acontecido el 31 de octubre de 1995.

**CUARTO:** CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, y a esta a recibir, el monto total del recaudo por aportes hecho por el demandante y sus empleadores e incluso con el reconocimiento de los gastos de administración; es edcir, a devolver el 100% del total de aportes con sus respectivos frutos e intereses, aportes adicionales para que sean traducidos

en semanas cotizadas por el tiempo aportado, en un término de 30 días hábiles a la ejecutoria de la sentencia.

**QUINTO:** COSTAS a favor del demandante

## **1.2 Fundamento de la decisión apelada**

El A Quo, fundamentó la decisión de primera instancia en los siguientes argumentos:

- Que el litigio gira en torno a determinar si procede la nulidad o ineficacia del traslado de fondo pensional de régimen de prima media al fondo privado de régimen de ahorro individual con solidaridad con devolución de todos los valores recibidos y que se generen hasta que se produzca el reintegro al fondo público; con base en los documentos aportados por ambas partes.

- Que son hechos aceptados por COLPENSIONES, que el actor estuvo vinculado inicialmente al sector público a través de la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER y el ISS, y al sector privado realizando aportes al ISS cuando el 31 de octubre de 1995 suscribió formulario de vinculación a AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.), esto último también aceptado por PORVENIR S.A.

- Que conforme a lo demostrado en el plenario, el actor inicialmente era beneficiario del régimen de transición, solicitó a PORVENIR los documentos sobre la información suministrada para tomar la decisión de traslado que respondió la entidad era información verbal dada por un asesor y que posteriormente la solicitud de traslado fue negada por COLPENSIONES al estar fuera del rango de edad permitido.

- Que se recepcionó la declaración testimonial de CONSUELO FLOREZ y SAÚL MEDINA PARRA, trabajadores subalternos al actor para el año 1995, quienes detallan como el asesor comercial solicitó reunión con los trabajadores y dio una charla sobre traslado de régimen, ofreciendo menor cotización y menos tiempo para pensionarse, agregan que en términos generales se hablaba mal del ISS y las cajas, asegurando que los fondos privados daban mayores garantías, montos y términos; aclarando que el demandante autorizó pero no estuvo presente en esa charla, firmando su traslado personalmente en otro momento.

- Que el ordenamiento jurídico impone protección a la libertad, dignidad humana y al trabajo en cuanto a su relación con el sistema de seguridad social; sin embargo, no se demuestra que al actor en el momento del traslado se le pusieran en conocimiento las consecuencias desfavorables de su decisión, sino que se entregó información genérica encaminada a resaltar las bondades del ahorro en entes privados frente al riesgo pensional de las cajas susceptibles a liquidación, ni se analizó que régimen le generaría mejor expectativa pensional en función de su régimen de transición.

- Que en recientes decisiones la Sala de Casación laboral ha destacado el deber de información de las administradoras de pensiones y la exigencia de información necesaria y transparente, como en SL1452 de 2019, y que este es un requisito ya contemplado por la legislación para 1995 y no se discute que se tratara de una elección libre sino que se afectó por el conocimiento suministrado.

- Que la jurisprudencia también ha identificado que al ostentar el deber de información, la administradora de fondo de pensiones tiene la carga de la

prueba de demostrar que suministró esto en forma diligente, cuidadosa y adecuada; pues el silencio del asesor en materias fundamentales puede conducir a una iniciativa engañosa, de manera que cuando las personas han consolidado el derecho y se trasladan, es ineficaz el traslado sin asesoría completa oportuna sobre ventajas y desventajas de uno u otro régimen pensional.

- Que se ha establecido además que se ha adoptado la improcedencia en materia de seguridad social integral de un término prescriptivo para este asunto, por tratarse de un derecho irrenunciable y de carácter progresivo, por lo que el pago del tiempo no puede ser un obstáculo para mantener los efectos de un acto viciado de nulidad.

- Que se declararan no probadas las excepciones propuestas por la demandada, y se tendrá como ineficaz el traslado del actor de COLPENSIONES a PORVENIR S.A., debiendo esta última devolver el total del monto recaudado por aportes del demandante que deben ser recibidos y traducidos en semanas cotizadas, con sus respectivos frutos, intereses y gastos de administración a título de indemnización para evitarle perjuicios al eventual reconocimiento pensional del demandante, pues la jurisprudencia exige que se traslade indemne este capital.

## **2. APELACIÓN**

### **2.1 Apelación de la parte Demandada**

La parte Demandada, PORVENIR S.A., presenta recurso de apelación con fundamento en lo siguiente:

- Que no comparte la decisión que si bien se soporta en doctrina de la Corte Suprema de Justicia que invierte la carga de la prueba en la asesoría profesional que se da por parte de los fondos a sus afiliados, se sustenta en unas normas pero deja de lado otras igualmente aplicables del código civil, en cuanto a que la prueba del vicio del consentimiento debe ser a cargo del demandante y es a quien incumbe probar el supuesto de hecho que le es favorable, sin que en el presente caso, el demandante no acreditó ni documental ni testimonialmente la concurrencia de un vicio del consentimiento.

- Que se está haciendo una interpretación equivocada sobre la providencia SL19447 de 2017, pues allí se establece que uno de los requisitos fundamentales para que opere la nulidad del traslado es que la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en derecho pensional del afiliado impidiéndole su acceso al derecho; sin que obre prueba alguna en el expediente que permita establecer si el actor se ve afectado por su permanencia en el régimen de ahorro individual y por el contrario, se puede verificar que en ambos accederá a su pensión siendo las condiciones diferentes una imposición del sistema.

- Que la única prueba de la realidad es el formulario suscrito por el demandante donde deja constancia expresa de haber recibido una asesoría y de haber tomado la decisión de manera libre y espontánea, que si bien es un formulario preimpreso, estaba aprobado por la entidad encargada y llena el requisito exigido.

- Que los testimonios recepcionados también evidencian y prueban que se dio al demandante información veraz, permiten establecer que sí hubo una

asesoría donde se explicó el peligro de permanecer en fondos de carácter público o territorial que son hechos ciertos, pues estos ya han desaparecido.

- Que en todo caso, se solicita reconsiderar la devolución de los gastos de representación, pues si bien el artículo 963 del código civil establece esta consecuencia también el 964 establece en su parte final que toda restitución de frutos se abonarán al que hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlo, como sucede en este caso donde los gastos de administración deben reconocerse a favor de PORVENIR por haberlos invertido en producir rentabilidad y ser el costo que los fondos usan para cubrir nómina, seguros y demás gastos operativos.

- Que se opone a la imposición y liquidación de las costas, pues si bien el demandante salió avante en sus pretensiones se trata de un tema ya desarrollado en la jurisdicción local y nacional, con una línea jurisprudencial aparentemente clara y que no amerita mayor esfuerzo probatorio, ni complejidad para su resolución por lo que se estima que 4 salarios mínimos mensuales son excesivos.

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

Como quiera que la sentencia fue impone obligaciones a cargo de 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.

### **4 ALEGATOS**

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

#### **• PARTE DEMANDANTE.**

La apoderada de la parte actora solicitó que se confirmara el fallo de primera instancia, pues es abundante la jurisprudencia sobre la ineficacia del traslado que impone a los fondos de pensiones la carga de demostrar que hubo una asesoría clara, precisa y detallada previo al traslado y en este caso no se aportó prueba de esta diligencia; manifiesta que los testigos dan fe de la escasa advertencia al actor de las características de los regímenes pensionales y que la decisión se tomó sin la información suficiente, pues para el actor era más beneficioso el régimen de prima media.

#### **• PARTE DEMANDADA.**

COLPENSIONES manifestó que su actuación se ha ajustado a la normatividad vigente para el caso y la no admisión del traslado se debió al incumplimiento de los requisitos legales para acceder al mismo, específicamente por que el rango de edad en que se solicitó al traslado es inferior a 10 años para la edad de jubilación y la actuación de la entidad está ajustada a la protección de los intereses públicos. Agrega que correspondía a PORVENIR S.A. la carga de probar que la afiliación se ajustó a los parámetros legales y estuvo libre de vicios, en lo que no tuvo intervención

COLPENSIONES por tratarse el traslado de una facultad exclusiva del afiliado.

**PORVENIR** no presentó alegatos de conclusión.

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

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

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

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora LUIS JAIRO MENDOZA FERREIRA del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración.

## **7. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor LUIS JAIRO MENDOZA FERREIRA, 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 nulidad y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo consideró que conforme al material probatorio obrante al proceso, no se acreditó que al momento del traslado se suministrara la información completa y suficiente que permitiera al afiliado dilucidar las consecuencias de su decisión, máxime siendo beneficiario del régimen de transición; situación que rechaza el apoderado de PORVENIR, al estimar que el A Quo dio por demostrados hechos sin un adecuado respaldo probatorio y no tuvo en cuenta que la jurisprudencia también exige que se demuestre una lesión injustificada en el acceso a la pensión de la actora, que la inversión de la carga de la prueba no exonera al actor de demostrar sus hechos y que en todo caso se extralimitó al impartir las órdenes de restitución al incluir los gastos de administración y unas costas exageradas.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia de ese acto por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora; 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.

En virtud de lo anterior, 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 y así, de tal 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

Más recientemente, 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 y 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 definitivos 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.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PORVENIR; pues argumenta el demandante que suscribió el formulario tras una escueta información del asesor de la AFP sobre la ventaja del sector privado frente a la crisis de la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL y la falta de seguridad ofrecida por los problemas administrativos del ISS, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario

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

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado al entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL para 1995, luego de varios períodos intermitentes en el sector público cotizados en la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL DE NORTE DE SANTANDER y tiempos públicos y privados con aportes al I.S.S. (Fol. 156) y mediante formulario de vinculación o traslado suscrito el 31 de octubre de 1995 (Folio 15) se afilió a A.F.P. HORIZONTE (Hoy PORVENIR S.A.), apreciando en el recuadro en el tercer cuarto del documento junto a la firma del demandante, la manifestación preinsertada al formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia.

Ahora bien, aunque en respaldo de las manifestaciones de la demanda los testigos CONSUELO FLOREZ y SAÚL MEDINA PARRA certifican que hubo una asesoría donde se informó de las ventajas por seguridad financiera del sector privado frente a las crisis de las cajas de previsión y el Seguro Social, ambos aceptan no haber presenciado la firma del formulario realizado por el actor y ante ello mal podrían servir sus declaraciones para afirmar con certeza que hubo una confusión o error en la actuación de la demandante.

No obstante, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, él no se encuentra en la obligación para alcanzar sus pretensiones de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario; 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 hacer una proyección sobre su caso concreto teniendo en cuenta que la determinación implicaba la pérdida del régimen de transición.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A. brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 31 de octubre de 1995 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

De acuerdo con lo explicado, en su momento Porvenir S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo se aportó el formato de vinculación suscrito, que se corresponde con un modelo pre-impreso, del que no se infiere con certeza que sí 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 LUIS JAIRO MENDOZA FERREIRA donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que 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, son desestimados pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía.

Sobre los demás puntos específicos apelados, no son de recibos los argumentos planteados en la alzada por Porvenir S.A al indicar que no se encuentra probada la lesión o perjuicio a la accionante por la insuficiencia de la información, que impida el acceso al derecho pensional, toda vez, que en la previamente citada sentencia SL1452 de 2019 la Sala de Casación Laboral estableció que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* de manera que *“sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse”* es la violación del deber de información la que constituye la invalidez del acto jurídico de traslado.

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor. Se ha concluido que PORVENIR S.A. 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 mes de octubre de 1995, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su

Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones.

Finalmente, la Sala se abstendrá de analizar lo correspondiente al monto en que se fijaron las agencias en derecho de primera instancia, pues conforme al numeral 5° del artículo 366 del C.G.P. esta actuación se debe surtir mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 7 de noviembre de 2019, y condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada al no haber prosperado su apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

#### **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** íntegramente la sentencia del 7 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, según lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la demandada PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho, a favor de LUIS JAIRO MENDOZA FERREIRA, el equivalente a 1 salario mínimo mensual legal vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELÉM QUINTERO GELVES  
MAGISTRADA PONENTE**

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

**ELVER NARANJO**

**MAGISTRADO**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 052 , fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 7 a.m.  
Cúcuta, 10 de julio de 2020

---

Secretario

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



**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**Ref. Proceso Rad. 544983105001201900094-00**

**Demandante: OSCAR ÁLVAREZ TORRADO**

**Demandado: UNIDAD DE SERVICIOS PÚBLICOS DE  
ÁBREGO**

Cúcuta, nueve (09) de julio de dos mil veinte (2020)

En la fecha el apoderado de la parte actora remitió al correo electrónico de la Secretaría de ésta Sala escrito mediante el cual desiste del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña el 25 de enero de 2020, por lo que previo a realizar algún pronunciamiento se dispone dar traslado del mismo a la parte demandada para lo que estime pertinente. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo 806 de 2020 podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría ([secltsuc@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secltsuc@cendoj.ramajudicial.gov.co)) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

**P.T. 18932**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 052, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 7 a.m. Cúcuta, 10 de julio de 2020.



Secretario