

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2019-00363-00

Partida Tribunal: 19077

Demandante: MARÍA TORCOROMA CLARO OVALLOS

Demandada (o): COLPENSIONES-PORVENIR- PROTECCIÓN

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-001-2016-00363-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19077 promovido por la señora MARÍA TORCOROMA CLARO OVALLOS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A., EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A. y POVERNIR, S.A.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante MARÍA TORCOROMA CLARO OVALLOS demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada inicialmente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA, hoy PORVENIR, y posteriormente

a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS ING, hoy PROTECCIÓN, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene a el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

Subsidiariamente pretendió que se declare que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. le ocasionaron perjuicios a la demandante y por tanto deben ser reparados; así mismo, solicitó que, a manera de indemnización, deben proceder dichos fondos a reconocer la pensión por vejez a su favor, en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho, si se hubiese pensionado en el régimen de prima media.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que nació el 13 de marzo de 1967, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, el mismo día y mes del año 2024.
2. Que cotizó al régimen de prima media un total de 117 semanas, habiéndose trasladado a al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación a PORVENIR, traslado que no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, S.A., ésta dio formal contestación manifestando que se atiene a las resultas del proceso, en el entendido que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, razón por la cual tiene plena validez y respecto de la nulidad del contrato suscrito con la AFP DEL RAIS, alegada por la interesada, deberá probarse dentro del desarrollo del proceso judicial.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA RECLAMAR LA PRESTACIÓN ECONÓMICA, LA INNOMINADA O GENÉRICA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO Y COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACIÓN.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, manifestando que la entidad, previo a realizar cualquier tipo de afiliación a los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben los ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del sistema general de pensiones, y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación; indicó además que PROTECCIÓN no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen que hiciera inicialmente la demandante.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE y LA INNOMINADA.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que se opone a la totalidad de pretensiones principales incoadas por la demandante, ya que esta se encuentra afiliada a PROTECCIÓN, por lo que, en el remoto evento de una sentencia condenatoria, a la entidad le resultaría imposible atender lo solicitado.

Adicionalmente manifestó que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual.

Como de mérito propuso las excepciones que denominó FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 30 de julio de 2020, resolvió decretar la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual que la demandante María Torcoroma Claro Ovalles hizo de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir SA y con posterioridad a Protección SA y en consecuencia, condenó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA y a

Porvenir SA a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actora María Torcoroma Claro Ovalles, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; así mismo ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que una vez la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA y Porvenir SA den cumplimiento a lo ordenado, proceda a aceptar el traslado de la señora María Torcoroma Claro Ovalles del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La parte demandada no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado de la demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo segundo de la ley 797 del 2003, el cual modificó el Literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que establece que “después de un año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”; y teniendo en cuenta que la demandante nació el 13 de marzo de 1967, a la fecha de la demanda contaba con 52 años de edad, por tanto no es procedente el traslado del régimen, la declaratoria de ineficacia o nulidad de traslado; que además el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad goza de plena validez a la luz de las leyes colombianas, ya que el mismo se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 del literal B de la ley 100 de 1993 y según ley 1328 de 2009 en su artículo 48 que modificó el literal F.

Precisó que Colpensiones no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la demandante, quien fue de manera libre y voluntaria quien tuvo la facultad de decidir qué fondo le favoreciera para obtener su derecho a la pensión, ya que en ese momento tenía otras expectativas con el fondo privado.

Con respecto a la condena en costas que se le impusiere, indicó no se

encuentra conforme, teniendo en cuenta que la entidad ha actuado con la creencia y como en el efecto lo es, de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que el traslado de la señora demandante ocurrió en el año de 1998, anualidad en que se encontraban vigentes disposiciones que no establecían de manera específica las obligaciones o el contenido obligacional en particular que debían cumplir los fondos de pensiones para considerarse que un traslado se debía hacer en debida forma y en el decreto 663 de 1993 o estatuto orgánico del sistema financiero, establecía una obligación genérica de dar una debida información para la toma de decisiones de carácter financiero; que es el artículo 11 del decreto 692 de 1994, que establece que los fondos de pensiones deben elaborar un formulario de afiliación o traslado y ese mismo decreto establece el contenido informativo que debería tener esos formularios de afiliación traslado, el cual es suscrito por el afiliado y es precalificado por la Superintendencia Financiera de Colombia; que bajo ese entendido, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir diligenció dicho formato, fue suscrito por la señora afiliada y bajo el principio de la buena fe y de la confianza legítima, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir consideró que eso era suficiente para acreditar o probar que el traslado se realizó conforme a la ley.

Alegó que en este sentido, en su momento se cumplió con el deber informativo y se brindó la información necesaria y disponible de manera verbal a la afiliada, y la única prueba que se debía conservar en su momento para acreditar la existencia o la difusión de esa debida información era el formulario de afiliación que obra en el expediente.

Indicó igualmente que de manera trimestral, los fondos le ofrecen información a los afiliados acerca de su pensión y del sistema de seguridad social y su forma de operar, por lo que la demandante debió ejercer su derecho a trasladarse, no pudiendo alegar ahora su propia negligencia.

Manifestó que de mantenerse la decisión respecto de la nulidad del traslado de régimen, se revoque la orden de devolver los gastos de administración en que incurrió el fondo, en virtud del artículo 964 del CC.

Por último, se mostró en desacuerdo con la condena en costas impuesta ya que a la entidad le era imposible sustraerse del proceso y se vio abocado al mismo, debido a que para terminarlo de manera anticipada o evitar acudir a la jurisdicción, se encontraban en manos de Protección S.A., quien no accedió a las suplicas de la demanda.

PARTE DEMANDADA- PROTECCIÓN, S.A.

Fundamentó la parte su recurso de apelación en el hecho que en el momento en que se hizo el traslado de régimen y luego al momento en que se hizo el traslado entre fondos, especialmente el primero, no existió una norma específica que determinara cómo debía darse la información para efecto que el traslado se hiciera efectivo; indicó que el único requisito era un formulario de traslado que era avalado por la Superintendencia Financiera, de acuerdo con el decreto 692 del año 1994 y se está pidiendo que se aplique una doctrina de la Corte Suprema de Justicia que es posterior a ese hecho y este caso no es retroactivo.

En segundo lugar, consideró que exigirle a los fondos que se acredite que se brindó una información completa, cuando realmente el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección tanto como Porvenir cumplieron con la normatividad vigente cuando se efectuó ese traslado, se crea una prueba diabólica o imposible de cumplir, porque en ese entonces el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección se atuvo a los mandatos legales existentes en ese momento.

Con respecto a la devolución de los gastos de administración, indicó que no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y las mismas son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que el fruto o mejora de la AFP es la Comisión por la administración, la cual debe conservarse.

De otra parte, alegó que la exigencia de devolver el seguro previsional se considera inoperante porque el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección contrata con una aseguradora el pago del seguro previsional, cuando se presente el riesgo de la pensión de vejez o una pensión de invalidez o una pensión de sobrevivencia y en ese caso la aseguradora paga una suma adicional que se produce porque el fondo de pensiones mensualmente le está pagando, es girado directamente a la aseguradora prestando el servicio, la cual es un tercero de buena fe; que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe cuando se declara la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera: “los terceros que no se pueden ver perjudicados por la nulidad del negocio simulado, refiere la doctrina contemporánea, son los tercero de buena fe los que obran con base a la confianza que suscita un derecho aparente, los que no pudieron advertir un error no reconocible, los que obrando con cuidado y previsión se atuvieron a lo que entendieron o pudieron entender, vale decir a los términos que se desprenden de la declaración en a los que permanecen guardados en la conciencia de los celebrantes”.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

- 1. PARTE DEMANDANTE.** Solicitó la parte que se confirme la sentencia proferida en primera instancia; indicó que es claro que la demandante no recibió la información necesaria, ni pertinente, para efectuar el traslado del régimen que hoy se pide se declare ineficaz; insistió en que dicho traslado se dio sin un **CONSENTIMIENTO INFORMADO**, consentimiento que efectivamente debe de estar presente ante una decisión tan trascendental para una persona, como es su futuro pensional, que es el que viene a garantizar la vejez, y calidad de vida de los afiliados; que respecto de este punto de la **FALTA DE INFORMACION**, tenemos importante jurisprudencia y en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia, fallos que datan del año 2008 y hasta el 2020, donde cada vez se ha venido ampliando y reiterando en debida forma, que la suscripción del formulario de afiliación por parte de afiliado por sí solo, no es prueba de que se realizó una debida asesoría.
- 2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.** En sus alegatos de conclusión, la pasiva solicitó se revoque la sentencia proferida por el A quo, y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Indicó que revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia vigente en la época del traslado; que La AFP **PORVENIR** informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; que, de hecho, además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, **PORVENIR S.A.** junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y la demandante no hizo uso de esa legítimo derecho, por lo que nadie puede alegar su propia torpeza.
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 fondo, precisó que no comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una serie 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; que en tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos; 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.

- 3. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES.** Reiteró la parte en sus alegaciones, lo expuesto en la contestación a la demanda, resaltando que la entidad no está llamada a aceptar el traslado de la demandante la señora MARIA TORCOROMA CLARO OVALLOS, teniendo en cuenta que ha actuado conforme a las normas legales vigentes que para el presente caso; y reiterando que la entidad por vía administrativa no pudo reconocer en virtud, de la falta de requisitos legales, por cuanto a la fecha, el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito por la demandante, con la Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., de conformidad con lo consagrado en “Artículo 2° de la Ley 797 de 2003 modificó las condiciones para trasladarse de régimen, específicamente en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Insistió en que por parte de COLPENSIONES no se tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la señora MARIA TORCOROMA CLARO OVALLOS, quien, de manera libre y voluntaria, tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión, ya que en ese momento tenía otras expectativas con el fondo privado.

Que la ineficacia o nulidad, resultaría inoponible frente a terceros de buena fe, como en este caso COLPENSIONES, porque la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica, que en el caso de COLPENSIONES se consolida por el tiempo en que aquellos afiliados permanecieron en el RAIS, aunado a que la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad pretende proteger intereses patrimoniales de terceros, que en este caso, tienen alcance frente al principio de sostenibilidad financiera del sistema y planeación de la reserva pensional.

Solicitó también que se tenga en cuenta la excepción de prescripción, de conformidad con el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, en armonía con el artículo 151 del C.P.L., se establece que el transcurso del tiempo, en tres (3) años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado.

Por último, en cuanto a las costas impuestas el Instituto de Seguros Social I.S.S. hoy Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, indicó que la entidad ha actuado siempre con la

creencia, como en efecto lo es, de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas.

4. PARTE DEMANDADA- PROTECCIÓN, S.A. Indicó la pasiva que en el momento que se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige, solo el formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, en concordancia con el artículo 3 de esta norma.

Igualmente adujo que la acción de nulidad invocada en la demanda se encuentra prescrita, ya que si tenemos en cuenta la fecha de afiliación, se evidencia que ha transcurrido un término superior a los veinte (20) años y la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de diez (10) años.

Precisó que en el hipotético caso que se declare la nulidad, únicamente sería procedente la devolución de los aportes a la cuenta de ahorro individual mas los rendimientos financieros generados con la buena gestión de PROTECCIÓN, pero no es procedente que se ordene la devolución de las sumas descontadas por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, descuentos que se realizaron conforme a la ley; y tampoco sería procedente la devolución de las sumas que se descontaron por SEGURO PREVISIONAL, toda vez que este fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, quien es un tercero de buena fe.

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

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante MARÍA TORCOROMA CLARO

OVALLOS en el año 1998 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliado con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Por último, se revisará la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

ANÁLISIS PROBATORIO

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por la demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por la demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a hoy PORVENIR S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la señora MARÍA TORCOROMA CLARO OVALLOS para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta colegiatura precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

El artículo 97 de la ley 100 de 1.993, enmarcó a los fondos de pensiones como constitutivos de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, lo que conlleva a la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se ligan a ellas, el que inicia desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

Por tanto se entiende que, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica un asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 “*por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones*” impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro 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.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2015 y la circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los

artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración esta que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de Octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su

libelo introductorio, la señora CLARO OVALLES afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR, lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante nació el 13 de marzo de 1967 (fl.3) y en calidad de trabajadora independiente desde el 29 de agosto de 1994 y dependiente a partir del 01 de agosto de 1995, inició sus cotizaciones al sistema pensional con el ISS hoy COLPENSIONES (fl. 33), para luego trasladarse al RAIS (COLPATRIA, hoy PORVENIR, S.A.) el 08 de septiembre de 1998, con afiliación efectiva desde el 01 de noviembre de la misma anualidad según información vista a folios 213 y 112, y estando en el RAIS se trasladó de fondo hacia PROTECCIÓN el 01 de abril de 2000 (fl. 112), es decir, actualmente la demandante se encuentra afiliada a PROTECCIÓN, S.A.

Luego entonces, de las pruebas arrojadas al proceso se observa que no fue aportado siquiera el formulario de solicitud de traslado de régimen que hiciera inicialmente la demandante, de COLPENSIONES a COLPATRIA, hoy PORVENIR, S.A., sin que fuera demostrado por PORVENIR, en virtud de la inversión de la carga probatoria, que a la señora CLARO OVALLES se le hubiera suministrado una información con las calidades exigidas que lleva consigo la migración de régimen pensional, más allá de la simple suscripción de un formulario, con una expresión genérica de manifestación de voluntad libre e informada.

Así las cosas, en efecto, PORVENIR no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante.

Reiterándose que, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante MARÍA TORCOROMA CLARO OVALLES en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte de la actora,

precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PORVENIR.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo a la demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR, y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual de la demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable a la demandante MARÍA TORCOROMA CLARO OVALLOS por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro 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 septiembre de 1998, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy 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 que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, 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 manera completa, de 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, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Esto fue recientemente establecido por la HCSJ en su Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL2877 de 2020, donde se indicó lo siguiente:

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

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

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

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

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a las demandadas “devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actora María Torcoroma Claro Ovalles, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto con los rendimientos que se hubieren causado, en virtud del regreso automático al

régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2° de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la forma en que nació a la vida jurídica el HECHO DE LA AFILIACION al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL de la demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

En ese sentido, podemos concluir que la condición de afiliado y por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que los elementos consustanciales de la pensión no prescriben, como es el caso, del factor porcentual de la mesada, el salario, los límites temporales del IBL y la indexación, por lo que, la afiliación y cualquier acto derivado de la misma en el sistema pensional, a pesar que no sea un factor cuantitativo del derecho, necesariamente deben calificarse como elementos esenciales de status pensional, porque recuérdese que de la validez jurídica de esos actos deriva no solo el régimen a aplicar al pensionado, sino también a cual la entidad administradora de fondos de pensiones le compete el reconocimiento y pago de una prestación económica.

En suma, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, valga decir, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular los reparos correspondientes en cualquier tiempo, al punto que, si se pensara de forma contraria, ni si quiera sería viable el retorno al régimen de prima media, en el evento en que se cumpla el requisito de permanencia mínima, ni los traslados entre administradoras pensionales.

Es entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas.

Igualmente, este criterio de imprescriptibilidad tiene sustento en argumentos expuestos en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, en providencia STL4593 de 2015, Radicación 39718 siendo magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señaló que la nulidad de traslado sería imprescriptible si estuviera estrechamente ligado con la adquisición del derecho pensional, como derecho fundamental y como prestación económica ligada al mínimo vital y al derecho al trabajo del demandante, y el mismo estuviere amenazado con la proposición del medio defensivo de la prescripción.

En virtud a lo anterior, esta Sala arriba a la conclusión sobre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la nulidad de la afiliación, si se tiene en cuenta que precisamente la afiliación es la que genera para el afiliado la posibilidad de obtener el derecho pensional, por supuesto, en las condiciones más beneficiosas, por lo que al estar íntimamente ligados, afiliación y status de pensionado, de ambos se debe predicar la imprescriptibilidad para hacer valer tales derechos de forma que se acompasen a la legalidad.

COSTAS PROCESALES

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales,

materia de inconformidad por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio, y dado que en el presente asunto dichas entidades fueron vencidas en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

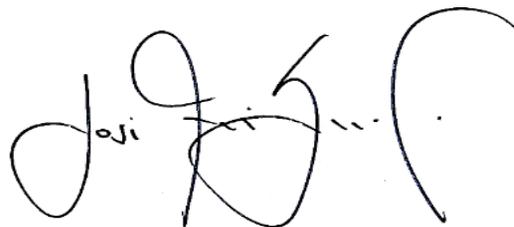
Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a cada una de las entidades demandadas, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A. y en favor de la demandante.

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de julio de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a cada una de las entidades demandadas, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A. y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 050, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de abril de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2018-00474-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19001
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: LUIS FELIPE GRIMALDO TORRADO
DEMANDADO: COLPENSIONES
TEMA: PENSIÓN DE INVALIDEZ
ASUNTO: APELACIÓN

DR. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021).

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver los recursos de alzada interpuestos por las partes y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 19 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral, con radicado interno No. 54-001-31-05-002-2018-00474-00 y Partida del Tribunal No. 19001 promovido por el señor LUIS FELIPE GRIMALDO TORRADO a través de apoderado judicial, contra COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES.

El demandante a través de apoderada judicial interpone demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 13 de septiembre de 2017, a la inclusión en nómina de pensionados y las costas procesales.

II. HECHOS:

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Que inició vínculo laboral con la empresa TRASAN S.A. desde el 1º de julio de 2016 en el cargo de conductor, devengando un salario mínimo, que el 15 de abril de 2017 ingresó a urgencias de la Clínica Medical Duarte por causa de un ECV del hemisferio derecho,

además, que padece de las siguientes enfermedades, secuelas de hemorragia intraencefalia, bursitis y sinovitis; que COLPENSIONES calificó las enfermedades arrojando un resultado del 70.60% de PCL con fecha de estructuración del 15 de abril de 2017; mediante Resolución No.SUB293679 del 13 de noviembre de 2018 COLPENSIONES negó la prestación solicitada por insuficiencia de semanas previstas en el art. 1º de la Ley 860 de 2003.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, manifestando que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez porque no cumple con el presupuesto de semanas exigidas en el art. 1º de la Ley 860 de 2003, propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la obligación, la no procedencia de los intereses moratorios, el cobro de lo no debido, la buena fe y la prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del **19 de mayo de 2020**, declaró probada la excepción de fondo de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada, en consecuencia, **ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas por el demandante y lo Condenó en costas.

El Juez A quo sostuvo que **(i)** el demandante no cumple con el presupuesto de semanas de cotización exigidas en la normatividad aplicable, art. 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el art. 39 de la Ley 100 de 1993, pues solo tiene 38.7 semanas desde el 17 de abril de 2014 hasta el 17 de abril de 2017 (fecha de estructuración de la invalidez). **(ii)** que el demandante no demostró que las semanas aportadas posterior a la fecha de estructuración, hubiesen sido efectivamente cotizadas en virtud del ejercicio de la capacidad laboral residual, en aras de dar aplicación al precedente constitucional para enfermedades degenerativas, congénitas y/o progresivas, ya que, el actor estuvo en incapacidad médica desde el 15 de abril hasta el 21 de diciembre de 2017, tiempo que no puede ser considerado a la prestación de servicios. **(iii)** que no es procedente dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, porque la estructuración de la invalidez fue en vigencia de la Ley 860 de 2003, y el actor no cotizó durante el Acuerdo 049 de 1990, siendo la norma inmediatamente anterior la Ley 100 de 1993 en su versión original.

V. ARGUMENTOS DE LOS RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior, alegando que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, porque si bien es cierto se encuentra con PCL del 70.60%, la

empresa TRASAN todavía lo tiene vinculado, inclusive Colpensiones no le está pagando las incapacidades, se las está pagando TRASAN y automáticamente le hace aportes al sistema.

Trae a colación las sentencias proferidas por la Corte Constitucional **T10 del 2009** (sic) se estudió el caso de la persona con VIH con pérdida de capacidad laboral de 61,75 y fecha de estructuración del 23 de junio del 2000, a quien le fue negada la pensión de invalidez, la sala estimó que a pesar de su enfermedad el actor pudo seguir cotizando al sistema de seguridad social hasta completar las semanas mínima de cotización requerías exigidas por la ley 860 de 2003 y en consecuencia ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta todas las semanas cotizadas; la sentencia **T199 del 2017**, que determina las reglas de la fecha de estructuración de invalidez en los casos de enfermedades degenerativas crónicas congénitas y de la situación en que se encuentran las personas en debilidad en manifiesta, en las cuales se encuentra el señor Luis Felipe Grimaldo; igualmente, se analizó el principio de la condición más beneficiosa, bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990, indicando que si una persona cumplido con los requisitos de determinado régimen pensional para que se le reconozca la pensión de invalidez antes del 1 de abril de 1994, es posible aplicarle dicho régimen para conceder la pensión aunque no reúna las exigencias de la norma vigente al momento de la fecha de estructuración.

Que el señor Luis Felipe Grimaldo tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, esto es, en cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 o se le cambie la fecha de estructuración al 13 de septiembre en el cual fue calificado por el médico laboral de Colpensiones.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

La apoderada judicial de COLPENSIONES reiteró la contestación de primera instancia, asegurando que el actor no cumple con los presupuestos de la Ley 860 de 2003 respecto a las semanas de cotización y tampoco reúne los requisitos establecidos para acceder a la prestación en aplicación al principio de la condición más beneficiosa.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

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

Si la decisión del Juez A quo se ajusta a derecho, al determinar que el demandante Luis Felipe Grimaldo Torrado en su condición de inválido, no cumplió con la totalidad de semanas exigidas en la (i) normatividad aplicable desde la fecha de estructuración, (ii) la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para acudir al Decreto 758 de 1990 aprobado por el Acuerdo 049 del mismo año, y/o (iii) los presupuestos señalados por la Corte Constitucional para las enfermedades degenerativas, congénitas y/o progresivas, para el reconocimiento de la pensión de invalidez a cargo de COLPENSIONES.

Normatividad Aplicable. Ley 860 de 2003.

Así las cosas, **en principio**, la normatividad aplicable en materia de pensión de invalidez, es la vigente al momento de estructurarse la invalidez, y **las excepciones** están constituidas por los expresos eventos en que se ha aceptado la aplicación ultra-activa de normas anteriores ya derogadas, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, por consiguiente, si el afiliado posee un número considerable de cotizaciones que satisface las exigencias de la legislación anterior de la norma vigente, tendrá derecho al reconocimiento de esta prestación económica. Las otras excepciones, fueron determinadas jurisprudencialmente, por la Corte Constitucional y ratificadas por la Corte Suprema de Justicia, y hacen referencia a los casos en que los afiliados padecen **enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas**, en donde la prudencia obliga a analizar las particularidades de cada caso a efecto de conceder u otorgar oportunamente las prestaciones económicas y de salud necesarias para la recuperación del afiliado y/o su subsistencia; de igual forma, por las mismas características de la patología, pueden suceder que sus secuelas se manifiesten de manera ulterior, y en lo concerniente a la calificación se tenga en cuenta la norma en vigor a la fecha en que la persona perdió, **de manera definitiva, su capacidad laboral, y no la vigente al momento en que se produjo la enfermedad.**

Para el caso analizado, no existe discusión en que el señor Luis Felipe Grimaldo Torrado quien actualmente cuenta con 60 años y 10 meses de edad, presenta una PCL del 70.60% con fecha de estructuración del 17 de abril de 2017 por enfermedad común con diagnóstico médico de: *“secuelas de ACV e hipertensión primaria”* conforme al dictamen

proferido por la Junta Nacional de Calificación No. 1345301810194 del 09 de julio de 2018.

Respecto al documento anterior, la Sala realiza una aclaración importante, ya que a pesar de que el demandante asegura haberlo aportado en las pruebas documentales allegadas con la demanda (fls.68-78) y es mencionado en la resolución No. SUB 293679 del 13 de noviembre de 2018 vista a folio (fls.63-66) como también en el acta de no conciliación allegada por COLPENSIONES (fls.102-104); se tiene que, después de realizar una búsqueda minuciosa del expediente judicial y administrativo digitalizado, el dictamen proferido por la JNCI no se encontró, es decir, no se aportó al expediente, sin embargo, el Juez A quo apoya dicha decisión en dicho dictamen para resolver el asunto, pero tomando en cuenta lo dicho en la resolución SUB 293679-2018, en especial, lo referente a la fecha de estructuración que se determinó en la valoración, esto es, el 17 de abril de 2017, circunstancia que no fue motivo de inconformidad por parte de la apoderada del demandante, puesto que, los argumentos expuestos tanto en la demanda como en el recurso de apelación, se orientan al reconocimiento de la pensión de invalidez conforme a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y/o, a la contabilización de las semanas de cotización, según lo señalado por la Corte Constitucional para las enfermedades degenerativas, congénitas y progresivas, ésta última, con la intención de lograr como extremo final de la sumatoria, el 17 de septiembre de 2017 presuntamente por ser ésta la fecha de la Pérdida de Capacidad Laboral Definitiva.

Entonces, se tomará integralmente lo determinado en el dictamen de PCL proferido por la Junta Nacional de Calificación No. 1345301810194 del 09 de julio de 2018, además, porque del Dictamen de PCL proferido por la JRCI de Norte de Santander el 09 de enero de 2018, se extrae que, hubo un recurso de apelación respecto a la misma fecha de estructuración, ya que esta entidad había dispuesto el 21 de junio de 2017 como fecha de estructuración de invalidez. (fls.58-62), luego entonces, no existe duda que la misma, fue puesta en conocimiento del superior, la Junta Nacional de Calificación.

Aclarado lo anterior, el Juez A quo declaró que el demandante no tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez porque no alcanzó a reunir las 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración (17 abril de 2014 hasta el 17 de abril de 2017), **pues solo alcanzó las 38.71 semanas.** Decisión que se ajusta a derecho conforme a la historia laboral aportada y actualizada el 07 de diciembre de 2018, donde se observan las siguientes cotizaciones:

RAZON SOCIAL	DESDE	HASTA	DIAS	SEMANAS
TRANSTONCHALA	14 AGOSTO 1986	10 MARZO 1987	209	29.86
INVERSIONISTAS DE TRANS	1 NOVIEMBRE 1997	31 JULIO 1998	268	38.29
TRANSPORTE PUERTO S	1 JULIO 2016	31 OTUBRE 2018	826	118.01

Así las cosas, en aplicación a la regla general prevista en el art. 1º de la Ley 860 de 2003, el demandante Luis Felipe Grimaldo Torrado, no alcanzó a cumplir las 50 semanas exigidas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración.

Primera Excepción a la regla general: Principio de la Condición mas Beneficiosa. Pensión de Invalidez.

Ahora, respecto a la aplicación de la excepción en virtud del principio de la condición más beneficiosa, el Juez de primera instancia determinó, que el demandante, tampoco cumplió con los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993 en su versión original que exigía 26 semanas de cotización para quien se encuentre cotizando, o 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración para quien haya dejado de cotizar, según lo ha señalado el precedente de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral.

Al respecto, la Sala reitera que el principio de la condición más beneficiosa permite aplicar la norma **inmediatamente anterior** a la que se encuentra vigente al momento de causarse el derecho a la pensión de invalidez.

En este sentido, el art. 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original dispuso:

Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.
- b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.

Del anterior mandato se desprenden dos situaciones que dan acceso a la prestación:

1. Afiliado que se encontraba cotizando al sistema al momento de la estructuración de la invalidez. Requisito de semanas: haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, es decir, en cualquier tiempo.
2. Afiliado no se encontraba cotizando al sistema al momento de la estructuración de la invalidez. Requisito de semanas: haber cotizado durante por lo menos

veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Descendiendo al caso, el señor Grimaldo Torrado cotizó desde el 14 de agosto de 1986 hasta el 10 de julio de 1987, un total de 29.86 semanas, es decir, **antes de la vigencia** de la Ley 100 de 1993.

Luego, **en vigencia de la Ley 100 de 1993**, cotizó desde el 1º de noviembre de 1997 hasta 31 de julio de 1998 un total de 38.29 semanas aportes realizados como trabajador dependiente.

Por último, para el momento en que empezó a regir la Ley 860 de 2003, el actor no estaba cotizando al sistema, porque inició nuevamente los aportes en calidad de trabajador dependiente, desde el **1º de julio de 2016**.

Luego entonces, el demandante GRIMALDO TORRADO para el momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, **(i)** no estaba cotizando al sistema, y, **(ii)** no había aportado 26 semanas o más dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto es, entre el 26 de diciembre de 2002 y 26 de diciembre de 2003, por lo que, no tiene una situación jurídica concreta y, por ende, también se le aplica con todo el rigor la Ley 860 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues no posee una expectativa legítima y mucho menos un derecho adquirido. En consecuencia, no le resulta aplicable el principio de la condición más beneficiosa tal como lo determinó el Juez de primera instancia.

Ahora bien, el recurso de alzada pretende que, con base en el principio de la condición más beneficiosa, se acuda al Decreto 758 de 1990 reglamentado en el Acuerdo 049 del mismo año, solicitud que no es procedente, ya que no es viable dar aplicación **ultractiva** a la ley, haciendo una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del demandante o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro. Esta ha sido la postura de la Corte Suprema de Justicia expuesta en recientes providencias, entre otras, SL17768-2016, SL9762-2016, SL9763-2016, SL9764-2016, SL14881-2016, SL15612-2016, SL15617-2016, SL15960-2016, SL15965-2016, SL 1689-2017, SL1090-2017, y SL2147-2017 y SL3481 del 2017.

En conclusión, no es admisible aducir como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Por lo tanto, si la condición más beneficiosa tiene cabida por vía de excepción y su aplicación es restrictiva, no es dable emplearla con un carácter indefinido. (Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de radicado

No. 44596 del 25 de enero de 2017 Magistrados Ponentes, doctores Fernando Castillo Cadena y Jorge Luis Quiroz Alemán).

Conforme a lo anterior, le asiste razón al Juez A quo en establecer que el demandante no cumplió con las semanas exigidas en la norma vigente y/o en la norma inmediatamente anterior, en consecuencia, no le asiste derecho al señor Luis Felipe Grimaldo Torrado de acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a cargo de COLPENSIONES, puesto que no cumplió con las semanas de cotización exigidas en el art. 1º de la Ley 860 de 2003 y/o art. 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

Por otra parte, en el caso en concreto, no es posible predicar un derecho adquirido ni de una expectativa legítima a favor del afiliado, en primer lugar, no se cumplió con los dos requisitos exigidos en la norma vigente o en la inmediatamente anterior, que son, las semanas de cotización y la condición de inválida, y segundo, tampoco se puede decir que la condición de invalidez pueda llegar a ser una circunstancia cierta, dado que la única situación concreta es si el afiliado cotizó las 26 semanas en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, se reitera, que el demandante Grimaldo Torrado no reunió las semanas exigidas en los arts. 1º de la Ley 860 de 2003 y 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, por ende, no tiene una situación jurídica concreta que le permita acceder a la pensión en aplicación de la condición más beneficiosa para acudir al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en desarrollo del principio de la irretroactividad de la ley, pues no posee una expectativa legítima y mucho menos un derecho adquirido.

Aplicación de la sentencia SU588-2016 Enfermedades Catastróficas, degenerativas y congénitas. (Excepción a la regla general).

Por otra parte, se discutió la aplicación de la sentencia proferida por la Corte Constitucional SU588 del 27 de octubre de 2016, con respecto a las enfermedades catastróficas, progresivas y degenerativas, con el propósito de establecer **el lapso de contabilización de las semanas de cotización**, con la salvedad que la misma, no significa modificar, cambiar o remover la fecha de estructuración de la invalidez, sino que constituye un medio de protección para los afiliados que, son calificados inválidos y aun así, continúan aportando al sistema pensional, a través de su capacidad laboral residual, hasta que, por la mismas características de la patología, su condición delimita el ejercicio de la labor.

Entonces, de acreditarse que **la patología padecida** por el afiliado es de carácter congénito, crónico o degenerativo, y que las cotizaciones al sistema pensional se

debieron al ejercicio de su **capacidad laboral residual**, la administradora de fondos de pensiones debe elegir el momento en el que aplicará el supuesto establecido en el art. 1º de la Ley 860 de 2003, esto es, que las 50 semanas de cotización podrán ser contabilizadas, en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha en que:

1. Se realizó la última cotización.
2. La de la solicitud pensional.
3. La de la calificación.

Bajo lo anteriores supuestos, el Juez A quo determinó que a pesar de que la patología padecida por el actor se clasificaba en una enfermedad degenerativa, no acreditó que las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración, esto es, del 18 de abril de 2017 hasta el 17 de noviembre de 2017 última fecha en que solicitó la pensión de invalidez, hubiesen sido aportadas con base en la CAPACIDAD LABORAL RESIDUAL; pues del caudal probatorio, se extrae que el demandante estuvo incapacitado y no ejerció actividad laboral alguna.

A lo anterior, la apoderada judicial recurrente expresamente manifestó: “...*si bien es cierto el señor Luis Felipe a la fecha del accidente y actualmente ha venido padeciendo y requiere de un dispositivo como la silla de ruedas y el bastón y el señor actualmente no puede trabajar, pero está vinculado todavía con la empresa TRASAN, inclusive Colpensiones no le está pagando las incapacidades, se las está pagando es TRASAN y automáticamente también le está haciendo aportes al sistema...*”.

Así las cosas, en renglones anteriores se ratificó la validez al Dictamen proferido por la JNCI el día 9 de julio de 2018, que determinó una PCL: 70.60% con fecha de estructuración del 15 de abril de 2017 (mencionado en la resolución SUB 293679 del 13/11/18 -fls.63-66), por la enfermedad de origen común: SECUELAS DE ACCIDENTE CEREBRO VASCULAR e HIPERTENSIÓN.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de Salud (OPS), las características de las enfermedades de tipo «*crónico*», es que 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 salud¹. 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.

Por otro lado, la OMS, define **los accidentes cerebrovasculares** como fenómenos **agudos** que se deben sobre todo a obstrucciones que impiden que la sangre fluya hacia el corazón o el cerebro. Las causas más importantes de cardiopatía y accidentes cerebrovasculares son una dieta malsana, la inactividad física, el consumo de tabaco y el consumo nocivo de alcohol. El síntoma más común del accidente cerebrovascular es la pérdida súbita, generalmente unilateral, de fuerza muscular en los brazos, piernas o cara. Otros síntomas consisten en: la aparición súbita, generalmente unilateral, de entumecimiento en la cara, piernas o brazos; confusión, dificultad para hablar o comprender lo que se dice; problemas visuales en uno o ambos ojos; dificultad para caminar, mareos, pérdida de equilibrio o coordinación; dolor de cabeza intenso de causa desconocida; y debilidad o pérdida de conciencia.

De esta manera, la CSJ a partir de la sentencia SL3275-2019 ratificada en las de radicado SL1002-2020 y SL832-2021, en concordancia con la postura de la Corte Constitucional en la **SU588-2016**, insisten en que, para dar aplicación a la **excepción** e identificar el lapso de sumatoria de las semanas de cotización necesarias (50 inmediatamente anterior a fecha del dictamen, o, última cotización o, a la solicitud de la prestación) teniendo en cuenta las semanas posteriores a la fecha de la estructuración, la patología padecida por el afiliado debe reunir características de PROGRESIÓN LENTA Y CRÓNICA, aquella que se desarrolla en un tiempo prolongado, ocasionando una mengua en la fuerza laboral con el pasar del tiempo, que le permite al afiliado, TRABAJAR, en condiciones de discapacidad, hasta tanto, el progreso de la enfermedad, le impide el ejercicio de la labor, esto es, la «*capacidad laboral residual*» consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas y, en tal medida, esa situación no puede ser desconocida.

En consideración a lo expuesto, en primer lugar, la patología padecida por el afiliado Luis Felipe Grimaldo Torrado y por la que fue calificado como inválido, fue el accidente cerebro vascular de origen común, que ocasionó secuelas que no le permitieron ejercer la actividad laboral de conductor, hecho que aconteció el 17 de abril de 2017 según la historia clínica vista a folios 7-51 del expediente; además, ésa misma data fue la determinada por COLPENSIONES y LA JNCI como la fecha de estructuración de la invalidez; es decir, ambas fechas son coincidentes, tanto el día de ocurrido el evento como la invalidez, por lo que, no es aplicable la excepción creada por la jurisprudencia.

¹ Documento técnico del proyecto de desarrollo de autonomía para la prevención y control de las condiciones crónicas en el distrito capital plan de intervenciones colectivas. SDS. 2009.

Además, cuando se trata el tema de SECUELAS de una enfermedad, hace referencia al evento en que luego de ocurrido un accidente que genere algún tipo de PCL, se intente recuperar esa capacidad a través de diferentes tratamientos médicos y terapéuticos, pero cuando tales tratamientos no mejoran el estado de salud del afiliado, se configura la PCL en forma definitiva.

Para este caso en particular, con la historia clínica aportada al plenario, se demostró que, desde el momento en que se produjo el percance médico (17-abril-2017), la PCL fue **inmediata, definitiva**, no hubo tratamientos médicos y/o terapéuticos, para mejorar el estado de salud, por la misma irreversibilidad de las secuelas, lo que ocasionaron en el demandante, la imposibilidad de continuar con sus actividades laborales; luego entonces, no es razonable sustentar, que las semanas de cotización posteriores a la fecha de estructuración, fueron aportadas en virtud de la “capacidad laboral residual”, como así mismo fue aceptado por la parte demandante a través de su apoderada judicial y fue resuelto por el Juez A quo.

Decisión.

Bajo esas condiciones, el problema jurídico quedará resuelto en forma desfavorable al recurrente, siendo procedente en esta instancia, **CONFIRMAR** en todas sus partes, la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 19 de mayo de 2020, como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

Por otra parte, se condenará en costas de segunda instancia al demandante por no haberle prosperado el recurso de alzada y se fijaran como agencias en derecho en esta instancia la suma de **\$200.000** a cargo del demandante y a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en el ACUERDO No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

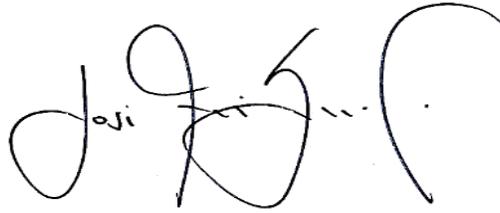
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 19 de mayo de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia al demandante por no haberle prosperado el recurso de alzada y fijar como agencias en derecho en esta instancia la suma de **\$200.0000** a cargo del demandante y a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en el ACUERDO No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 050, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de abril de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2019-00058-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19005
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: JORGE MORA CONTRERAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
TEMA: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE VEJEZ
ASUNTO: APELACIÓN YCONSULTA

DR. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver los recursos de alzada interpuestos por las partes y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 04 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral, con radicado interno No. 54-001-31-05-002-2019-00058-00 y Partida del Tribunal No. 19005 promovido por el señor JORGE MORA CONTRERAS a través de apoderado judicial, contra COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES.

El demandante a través de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES para que se condene al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez, al pago de los intereses moratorios y las costas procesales.

II. HECHOS:

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Que nació el 14 de octubre de 1955 cumpliendo los 62 años el mismo día y mes del año 2017; que realizó cotizaciones a pensión en COLPENSIONES desde el 2 de febrero de 1981 hasta el 30 de noviembre de 2003 de manera interrumpida para un total de 835.14 semanas (sic); que se desempeñó como docente para el MAGISTERIO desde el 7 de abril de 1975 hasta el 14 de octubre de 2010 realizando aportes al Fondo Nacional de

Pensiones Sociales del Magisterio y por ello, recibió pensión de jubilación a partir del 15 de octubre de 2010 mediante resolución No.0222 del 03 de mayo de 2011 proferida por la Secretaría de Educación de Cúcuta; que el 31 de mayo de 2018 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez, y a través de la resolución No. 152164 del 12 de junio de 2018 negaron la prestación por incompatibilidad con la pensión de jubilación, decisión que fue reiterada en las resoluciones SUB 152164 del 12 de junio de 2018 y DIR 15879 del 30 de agosto de 2018.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó la demanda, admitió los hechos y se opuso a todas las pretensiones, manifestando que la indemnización sustitutiva de vejez es incompatible con la prestación económica que actualmente recibe del Fondo Nacional de Prestación Social del Magisterio de conformidad con el art. 3º del Decreto 1730/2001, además el demandante no se encuentra inmerso en las excepciones del art. 19 de la Ley 4 de 1992 para optar por una doble asignación. Que los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 no son procedentes. Propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la obligación y el cobro de lo no debido, la buena fe, la prescripción y la innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del **04 de junio de 2020**, condenó a COLPENSIONES a pagar la indemnización sustitutiva de vejez a favor del demandante Jorge Mora Contreras en la suma de \$25.625.150 indexados a la fecha efectiva de pago y condenó en costas a la administradora de pensiones demandada.

El Juez A quo después de hacer un recuento de la aplicación de la ley 100 de 1993 y el régimen especial de los docentes, sostuvo que existe compatibilidad entre la pensión de jubilación del Estado al nivel del servicio público de educación, con los derechos de la seguridad social causados en régimen de prima media con prestación definida. Que el demandante cumplió la edad establecida para tener derecho a la pensión de vejez según el art. 33 de la Ley 100 de 1993 pero no reúne las semanas mínimas de cotización para tener derecho a la pensión y se encuentra en imposibilidad de seguir cotizando; que no prospera la excepción de prescripción por ser imprescriptible; que la suma correspondiente a la indemnización el porcentaje promedio de cotización, todas las semanas cotizadas entre el 2 de febrero de 1981 y el mes de julio del 2003, el ingreso base de cotización sobre el cual se efectuaron los aportes para cada periodo, los cuales se actualizaron de conformidad con el IPC para cada fecha traído al día de hoy de manera anualizada; el valor promedio de ellos, se multiplicaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 100 de 1993 por la totalidad de semanas cotizadas como fueron 926 semanas, que el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales se efectúan las cotizaciones durante toda la historia laboral por parte del demandante fue **7,81%** teniendo en cuenta que las cotizaciones se efectuaron desde

1981 hasta el 2003 y que es sabido que el porcentaje de cotización durante todo este interregno de tiempo ha variado, ascendiendo desde inclusive un 4,5% hasta terminar en un 12% con los descuentos que se deben hacer a partir de la ley 100 de 1993 artículo 20, con destino a los gastos de administración y el fondo de solidaridad, que se deben realizar para solventar dichos gastos. Por último, que no son procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, toda vez que los mismo solamente proceden para reclamo de mesadas pensionales.

V. ARGUMENTOS DE LOS RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial del demandante, interpuso parcialmente recurso de apelación contra la sentencia anterior, alegando que, deberán revisar los cálculos realizados por el Juez A quo para determinar el valor de la indemnización sustitutiva de vejez, ya que, al interponerse la demanda, la suma calculada fue superior a 36 millones de pesos.

El apoderado judicial de COLPENSIONES insiste que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, toda vez que no cumple con los requisitos para acceder a tal pretensión, por ser **incompatible con la asignación pensional** que actualmente recibe, de conformidad con el literal G del artículo 19 de la ley 4 de 1992, ya que el reconocimiento hecho por el MAGISTERIO mediante resolución número 222 del día 3 de mayo del 2011, se realizó bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985.

Que, para la configuración de la compatibilidad, la pensión de jubilación debía reconocerse entre el 12 de agosto de 1993 al 20 de diciembre del 2001, situación que en el presente caso no se configura, por cuanto el demandante adquirió su estatus de pensionado el día **3 de mayo de 2011**; además, los valores aportados al sistema de seguridad social de la Ley 100 de 1993 sirven de sustento para financiar las pensiones dentro del fondo pensional prestacional común.

Que se encuentra demostrada la excepción de prescripción de la acción y los derechos sustanciales debatidos; que no está conforme con la condena en costas procesales 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.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

COLPENSIONES a través de su apoderado judicial el 16 de abril de 2021 presentó alegatos de conclusión, ratificando los argumentos del recurso, e insiste en que, el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva

de la pensión de vejez, toda vez que no cumple los requisitos para acceder a tal prestación, teniendo en cuenta que la misma es incompatible con la asignación pensional que el demandante actualmente recibe, de conformidad con el literal g del artículo 19 de la ley 4 de 1992, ya que el señor JORGE MORA CONTRERAS, adquirió su derecho pensional por reconocimiento hecho por el FOMAG, mediante resolución N° 0222 del día 03 de mayo del 2011, donde se le fue reconocida una pensión de jubilación, bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, esto posteriormente a la promulgación de la normatividad mencionada, por lo expuesto no es factible que se le reconozca la pensión compartida al demandante.

Que opero la excepción de prescripción formulada, por parte de esta entidad, en la contestación de la demanda, tanto de la acción laboral como de los derechos sustanciales.

Que no está de acuerdo con la condena en costas impuesta en primera instancia, 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. Es importante que se tenga en cuenta, la buena fe, en la labor misional de COLPENSIONES, que surge precisamente de la estricta aplicación de la Constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder o negar prestaciones ajustadas a derecho.

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

VII. CONSIDERACIONES

Esta Sala es competente para resolver los recursos de alzada interpuestos por las partes conforme a lo consagrado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que modificó el 66 A del Código Procesal del Trabajo y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES según el art. 69 ibidem.

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

Determinar si el Juez A quo se equivocó al determinar que COLPENSIONES estaba en la obligación de reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de vejez a favor del demandante por ser compatible con la pensión de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación Municipal de Cúcuta del Fondo de Prestación Social de Magisterio; de ser favorable, verificar el cálculo liquidatorio de la misma.

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

1. Que el señor Jorge Mora Contreras nació el 14 de octubre de 1955, según registro civil de nacimiento visto a folio 3 del cuaderno de primera instancia.
2. Que la Secretaría de Educación del Municipio de Cúcuta mediante **resolución No. 222 del 6 de mayo de 2011** reconoció al actor la pensión vitalicia de jubilación a partir del **15 de octubre de 2010**, con ocasión a los servicios prestados como docente nacionalizado por el tiempo de servicio laborado con el colegio Municipal Gremios Unidos de Cúcuta (fls.26-29).
3. Que según historia laboral aportada al expediente y actualizada el 03 de abril de 2019, el demandante cotizó el régimen de prima media con prestación definida COLPENSIONES, desde el 2 de febrero de 1981 hasta el 30 de noviembre de 2003, para un total de 926.57 semanas, a través de afiliaciones en calidad de trabajador dependiente con las Instituciones Educativas Colegio Santa Teresa, Comunidad de Hermanas de la Presentación, Corporación Universidad Libre y COOPET ESP Educación A.
4. Que mediante resoluciones SUB 152164 del 15 de enero de 2018, No.152164 del 12 de junio de 2018, y DIP 15879 del 30 de agosto 2018 (fls.9-14) proferidas por COLPENSIONES, fue negada la indemnización sustitutiva de vejez solicitada por el demandante, el día 17 de octubre de 2017.

COMPATIBILIDAD.

Al respecto, establece el artículo 128 de la Constitución Política que: “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”.

Consagra el anterior precepto constitucional la imposibilidad de (I) desempeñar más de un empleo público y (II) percibir más de una asignación que provenga del (a) tesoro público o (b) de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado.

Por otra parte, el literal m) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, expresamente establece que “los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que lo administran”; es claro, entonces, que

hoy y dentro del Sistema General de Pensiones, no se puede afirmar que las pensiones reconocidas por los fondos de pensiones o por el ISS, financiadas en todo o en parte con los aportes o cotizaciones de índole parafiscal obligatoria pagados por entes públicos a dichos fondos o al ISS, constituyen asignaciones provenientes del tesoro público, pues una vez pagadas dichas cotizaciones patronales en cumplimiento de ese deber legal, los recursos son del Sistema y no pertenecen ni a la Nación ni a las entidades que los administran. Con tales aportes, las entidades públicas satisfacen un deber legal respecto de sus servidores y, por consiguiente, los recursos salen de su patrimonio e ingresan al sistema general de pensiones, refundiéndose con todos los demás recursos del mismo sistema, los cuales, si bien tienen naturaleza pública por provenir de una contribución parafiscal, no son propiedad de ninguna entidad.

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

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

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

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

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

Sin embargo, con la llegada del sistema general de pensiones regulado por la L. 100/1993, y la forma como se diseñó la financiación del fondo común administrado por el Instituto de Seguros Sociales, la que se estructuró sobre la base de contribuciones bipartitas de empleadores y trabajadores, dejando por fuera al Estado, se han ido desfigurando las incompatibilidades de percibir mesadas y salario, inclusive se ha posibilitado el disfrute de dos prestaciones, una de jubilación proveniente del Tesoro Nacional y la otra a cargo del Instituto, por ejemplo cuando se trate de servicios prestados por una misma persona a entidades públicas y privadas”.

Por otra parte, la indemnización sustitutiva, establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es una de las prestaciones económicas establecidas para el Régimen Solidario de Prima Media con prestación definida, y es un derecho que tienen los afiliados que cumpliendo la edad para acceder a la pensión de vejez, no reúnen las semanas mínimas de cotización, y por alguna circunstancia, manifiestan la imposibilidad de seguir cotizando, por lo que, acuden ante la administradora de pensiones para recibir una compensación en dinero de todas las semanas aportadas al SSGP.

De la misma forma, es un derecho irrenunciable e imprescriptible, en atención a los mandatos del art. 48 y 53 de la Constitución Política, es decir, se puede reclamar en cualquier tiempo siempre que el afiliado haya cumplido la edad para pensionarse y no hubiese alcanzado las semanas para pensionarse por vejez.

Descendiendo al caso analizado, y de conformidad con lo expuesto, **la prestación aquí reclamada es claramente compatible con la pensión que viene gozando el actor como docente oficial o del sector público**, como quiera que la prestación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tuvo como fundamento el hecho de que aquel había laborado por más de 20 años como docente en establecimientos de derecho público y en particular porque se encontraba afiliado al aludido fondo de prestaciones sociales del magisterio y la indemnización sustitutiva reclamada deviene de cotizaciones efectuadas como trabajador privado en instituciones educativas de carácter privado, tal y como se observa en el reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES.

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

Así las cosas, se tiene que el actor cumplió los 62 años de edad el 14 de octubre de 2017, que para esta fecha tenía 926.57 semanas de cotización desde el 2 de febrero de 1981 hasta el 30 de noviembre de 2003, y, que el día 17 de octubre de 2017 por primera vez solicitó ante COLPENSIONES, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez.

En este sentido, se tiene que el demandante Jorge Mora Contreras causó el derecho a la indemnización sustitutiva de vejez a partir del 14 de octubre de 2017 y el 17 del mismo mes y año, manifestó la imposibilidad de continuar cotizando al sistema pensional, luego entonces, a partir del mes siguiente, tiene derecho a disfrutar la suma indemnizatoria, lo cual indica, que el recurso de alzada interpuesto por la demandada, no goza de asidero jurídico y la decisión deberá ser confirmada en esta instancia.

En cuanto al cálculo para determinar el monto de la prestación, se tiene que, existe un pequeño error en la liquidación determinada por el Juez A quo y en la aportada por la parte actora, esto es, en primera instancia se dispuso que las semanas de cotización arrojaban un total de 926.57 según la historia laboral presentada en el expediente por la parte demandada, sin embargo, al realizar el respectivo cálculo, la Sala observó que para el periodo del 1º de marzo de 1998 hasta el 30 de junio de 1998, existen cotizaciones concurrente entre la Corporación Universitaria Libre y las Hermanas de la Caridad, aportes que son discriminados como realmente pagados pero sumados en 0, razón por la que, se decide realizar la respectiva sumatoria; de igual forma, los meses del año se tomara por 30 días y no por 31 ni 29 como ocurre algunos años en el mes de febrero, para un total de 937.86 semanas de cotización.

Ahora, la parte demandante se equivocó porque tomó como fecha de solicitud de la prestación, el mes de diciembre de 2018, sin embargo, la primera vez que el actor solicitó la prestación fue al momento en que la causó, esto es, en el mes de octubre de 2017, razón por la que, el mes base para la indexación del IBC es en noviembre de 2017, fecha en la que tenía derecho al disfrute de la prestación.

De esta manera, se tiene que, la suma que deberá reconocer COLPENSIONES a favor del señor JORGE MORA CONTRERAS por indemnización sustitutiva de vejez es de \$33,814,621.35, suma que deberá ser indexada a la fecha del pago efectivo.

											AÑO		MES	
PERIODOS DE COTIZACIONES						FECHA EN DONDE SE RECLAMA LA INDEMNIZACIÓN (Año/Mes) :						2017	11	
DESDE			HASTA			# Dias	# Semanas	% de Cotizac. Legal	# semanas multiplicado por % de cotización	ÚLTIMO SALARIO BASE DE COTIZACIÓN	IPC	IPC	SALARIO ACTUALIZADO Ó INDEXADO	SALARIO ACTUALIZADO MULTIPLICADO POR NÚMERO DE DÍAS
Año	Mes	Día	Año	Mes	Día						FINAL	INICIAL		
1981	02	02	1981	11	30	299	42.71	9	384.43	\$ 11,850.00	93.11	0.91	\$ 1,212,476.37	362530435.71
1982	02	01	1982	11	30	300	42.86	11.25	482.14	\$ 14,610.00	93.11	1.14	\$ 1,193,278.16	357983447.37
1983	01	09	1983	11	30	322	46.00	11.25	517.50	\$ 17,790.00	93.11	1.42	\$ 1,166,497.82	375612297.04
1984	02	03	1984	11	30	298	42.57	11.25	478.93	\$ 17,790.00	93.11	1.66	\$ 997,847.53	297358563.98
1986	02	20	1986	11	30	281	40.14	6.5	260.93	\$ 17,790.00	93.11	2.40	\$ 690,177.88	193939982.88

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
 RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2019-00058-00
 PARTIDA TRIBUNAL: 19005
 JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
 DEMANDANTE: JORGE MORA CONTRERAS
 DEMANDADO: COLPENSIONES
 TEMA: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE VEJEZ
 ASUNTO: APELACIÓN YCONSULTA

1987	02	1	1987	12	1	301	43.00	6.5	279.50	\$ 25,530.00	93.11	2.90	\$ 819,689.07	246726409.76
1988	02	1	1988	12	1	301	43.00	6.5	279.50	\$ 30,150.00	93.11	3.60	\$ 779,796.25	234718671.25
1989	02	12	1989	12	1	290	41.43	6.5	269.29	\$ 41,040.00	93.11	4.61	\$ 828,901.17	240381339.70
1990	03	1	1990	12	5	275	39.29	6.5	255.36	\$ 54,630.00	93.11	5.81	\$ 875,490.41	240759863.60
1991	02	1	1991	12	1	301	43.00	6.5	279.50	\$ 70,260.00	93.11	7.69	\$ 850,703.33	256061702.03
1992	03	1	1992	12	5	275	39.29	6.5	255.36	\$ 89,070.00	93.11	9.74	\$ 851,468.96	234153964.84
1993	02	1	1993	12	1	301	43.00	6.5	279.50	\$ 215,790.00	93.11	12.19	\$ 1,648,253.23	496124222.88
1994	02	1	1994	12	1	301	43.00	11.5	494.50	\$ 281,292.00	93.11	14.93	\$ 1,754,259.75	528032185.81
1995	02	01	1995	02	16	16	2.29	12.5	28.57	\$ 156,000.00	93.11	18.29	\$ 794,158.56	12706536.91
1995	03	1	1996	01	31	330	47.14	13.5	636.43	\$ 293,000.00	93.11	21.83	\$ 1,249,712.78	412405217.59
1996	02	1	1996	02	29	30	4.29	13.5	57.86	\$ 300,000.00	93.11	21.83	\$ 1,279,569.40	38387082.00
1996	03	01	1996	10	30	240	34.29	13.5	462.86	\$ 500,000.00	93.11	21.83	\$ 2,132,615.67	511827759.96
1997	02	01	1997	02	28	30	4.29	13.5	57.86	\$ 679,000.00	93.11	26.55	\$ 2,381,231.26	71436937.85
1997	03	01	1997	11	30	270	38.57	13.5	520.71	\$ 728,000.00	93.11	26.55	\$ 2,553,072.69	689329627.12
1998	02	1	1998	05	30	120	17.14	13.5	231.43	\$ 204,000.00	93.11	31.23	\$ 608,211.34	72985360.23
1998	03	01	1998	06	30	120	17.14	13.5	231.43	\$ 606,000.00	93.11	31.23	\$ 1,806,745.44	216809452.45
1998	07	01	1998	11	30	150	21.43	13.5	289.29	\$ 675,000.00	93.11	31.23	\$ 2,012,463.98	301869596.54
1999	3	01	1999	10	14	224	32.00	13.5	432.00	\$ 1,156,000.00	93.11	36.42	\$ 2,955,386.05	662006475.56
2000	02	01	2000	02	20	20	2.86	13.5	38.57	\$ 745,000.00	93.11	39.79	\$ 1,743,326.21	34866524.25
2000	4	01	2000	12	30	270	38.57	13.5	520.71	\$ 1,117,000.00	93.11	39.79	\$ 2,613,819.30	705731211.36
2001	02	01	2001	11	30	300	42.86	13.5	578.57	\$ 756,000.00	93.11	43.27	\$ 1,626,789.00	488036699.79
2002	02	01	2002	11	30	300	42.86	13.5	578.57	\$ 1,275,000.00	93.11	46.58	\$ 2,548,631.39	764589416.06
2003	02	01	2003	11	30	300	42.86	13.5	578.57	\$ 1,250,000.00	93.11	49.83	\$ 2,335,691.35	700707405.18

	6.565	9759.86
Total Semanas (SC)	937.86	
*Porcentaje Promedio de Cotización (PPC)= Sumatoria # de semanas multiplicado por % de Cotización de esas semanas dividida por el total de todas las semanas	10.41	

	9,748,078,389.68
	\$ 1,484,855.81
Salario Base cotización semanal (SBC)= Ingreso mensual dividido por 30 y mutiplicado por 7	\$ 346,466.36
	\$ 33,814,621.35

Decisión.

Bajo esas condiciones, el problema jurídico quedará resuelto en forma favorable al demandante recurrente, siendo procedente en esta instancia, **CONFIRMAR** la decisión, pero **MODIFICANDOLA** en el ORDINAL SEGUNDO en el sentido de que el monto que deberá reconocer COLPENSIONES a favor del señor JORGE MORA CONTRERAS por indemnización sustitutiva de vejez es de \$33,814,621.35, suma que deberá ser indexada a la fecha del pago efectivo.

Respecto a la condena en costas de primera instancia, la misma no será procedente analizar en esta instancia, en primer lugar, porque la defensa de COLPENSIONES no acertó en sus argumentos de negar la prestación al actor, es decir, fue vencido en juicio, en segundo lugar, la objeción a las costas en un incidente adicional al fallo que no está en discusión en esta instancia y tercero, el Juez A quo tiene la facultad de imponer la sanción y la liquidación concentrada según el art. 366 del CGP.

Por otra parte, se condenará en costas de segunda instancia a COLPENSIONES por no haberle prosperado el recurso de alzada y se fijaran como agencias en derecho en esta instancia la suma de **\$908.526** a cargo de COLENSIONES y a favor del demandante JORGE MORA CONTRERAS de conformidad con lo dispuesto en el ACUERDO No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

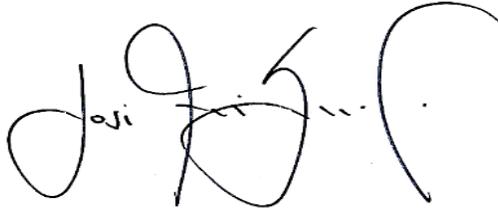
VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 04 de junio de 2020, **MOFICANDOLA** en el **ORDINAL SEGUNDO**, en el sentido de que el monto que deberá reconocer COLPENSIONES a favor del señor JORGE MORA CONTRERAS por indemnización sustitutiva de vejez es de \$33,814,621.35, suma que deberá ser indexada a la fecha del pago efectivo.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES por no haberle prosperado el recurso de alzada y fijar como agencias en derecho en esta instancia la suma de **\$908.526** a cargo de COLENSIONES y a favor del demandante JORGE MORA CONTRERAS de conformidad con lo dispuesto en el ACUERDO No.

PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 050, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de abril de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2019-00132-00

Partida Tribunal: 19099

Demandante: ANA CLEMENCIA HERRERA PAIPA

Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2019-00132-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19099 promovido por la señora ANA CLEMENCIA HERRERA PAIPA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante ANA CLEMENCIA HERRERA PAIPA demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA, hoy PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene a el traslado a

COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

Subsidiariamente pretendió que se declare que PORVENIR S.A. le ocasionó perjuicios a la demandante y por tanto deben ser reparados; así mismo, solicitó que, a manera de indemnización, debe proceder dicho fondo a reconocer la pensión por vejez a su favor, en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho, si se hubiese pensionado en el régimen de prima media.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que nació el 13 de junio de 1960, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, el mismo día y mes del año 2017.
2. Que cotizó al régimen de prima media un total de 880 semanas, habiéndose trasladado a al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación a PORVENIR, el día 29 de julio de 1998, traslado que no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada **COLPENSIONES, S.A.**, ésta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en el entendido que la demandante se afilió voluntariamente a PORVENIR, encontrándose incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PRETENDIDA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó que se opone a las pretensiones principales y subsidiarias incoadas por la demandante, ya que en el traslado efectuado inicialmente no existió vicio alguno que amerite o genere su nulidad o ineficacia y de accederse a las súplicas de la demanda, sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual.

Como de mérito propuso las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 30 de septiembre de 2020, resolvió lo siguiente:

Primero: Declarar la ineficacia de la afiliación o traslado del régimen de la demandante Clemencia Herrera Paipa del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colpatria, hoy Porvenir S.A., como último fondo al cual se trasladó conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

Segundo: Condenar a la demandada Colpatria posteriormente Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido entre el 31 de julio del 98 y posteriormente 1999 mes 09 día 3, con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldo de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia.

Parágrafo. se autoriza al fondo pensional Porvenir S.A. efectuar el descuento del dinero que transfirió la AFP Horizonte con ocasión al traslado del fondo solicitado por el demandante en concreto lo correspondiente al porcentaje destinado para pensión, art. 20 Ley 100 del 93, modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003 y literal B artículo 60 Ley 100 del año 93.

Tercero: Declarar que la demandante para efectos pensionales se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el instinto ISS, hoy administradora colombiana de pensiones Colpensiones, a la ejecutoria de esta sentencia por las razones expuestas.

Cuarto: Declarar probada la excepción de mérito de buena fe por la actora.

Quinto: Declarar no probada las excepciones de prescripción y demás propuestas conforme lo considerado.

Sexto: Condenar en costas, a favor de la parte demandante y contra demandada Porvenir S.A. para la primera instancia fijamos en agencias cuatro salarios mínimos legales mensuales.

Séptimo: Condenar a Colpensiones recibir el capital pensional procedente del fondo privado Porvenir S.A. por la cuenta de la aquí demandante y traducirlo en semanas cotizadas, todo conforme a lo considerado.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no se tuvo cuenta en la sentencia todos los años de permanencia de la señora Ana Clemencia en el régimen de ahorro individual en el fondo que en la misma se escogió bajo su libre disposición y en la capacidad para realizar estos actos jurídicos, y dentro del cual ha pertenecido más de 20 años, es decir, todos estos años la señora Ana clemencia ha dado visto bueno a su permanencia dentro del régimen y ha estado conforme dentro del mismo, y por lo tanto no es de recibo por parte de Colpensiones que se tenga que realizar un traslado trasgrediendo los presupuestos legales y la prohibición que la normatividad trae de que no se pueden realizar traslados dentro de los últimos 10 años antes de reunir los requisitos para pensionarse.

Indicó que la normatividad ha otorgado diferentes oportunidades a los afiliados para que se puedan trasladar de régimen pensional, como la Ley 797 de 2003, sin embargo, la parte demandante no realizó dicho traslado y ello lo que quiere decir en la celebración de un acto jurídico es que la parte ha estado conforme dentro del régimen pensional que escogió la misma; que no se ha tenido en cuenta dentro de esos procesos de nulidad de traslado que se hace un golpe muy fuerte a la sostenibilidad financiera del régimen de prima media administrado por Colpensiones, por cuanto son personas que han venido cotizando y desarrollando todo un ahorro individual dentro del Rais y que son dineros que pasan a Colpensiones pero que no pasan a ser suficientes para cubrir la contingencia que busca la señora Ana Clemencia.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que el traslado de régimen fue efectuado en julio del año de 1998, y para esa época, se encontraban vigentes las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero, el art. 13 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y el art 11 del decreto 692 del 94; que estas disposiciones, y en especial del estatuto orgánico del sistema financiero del

art. 13 de la Ley 100 del 93, establecían obligaciones de dar información acerca de los traslados pero eran unas obligaciones de carácter genéricas o abstractas, que no establecían unos mínimos o unos máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se habría producido el traslado en debida forma.

Precisó que el art. 11 del decreto 692 del 94 establecía que como prueba única de que el traslado se realizó conforme a la Ley, se debía suscribir por parte del señor demandante o la señora demandante en ese caso, un formulario de afiliación; que ese mismo decreto establecía cuál era el contenido de dicho formulario de afiliación, el cual era aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia; que los fondos de pensiones en este caso Porvenir s.a. obrando bajo los principios de la Buena Fe y la confianza legítima que le ofreció una institución del estado, como lo era la Superintendencia Financiera de Colombia, elaboró dicho formulario el cual fue manuscrito por la señora demandante y en el cual se deja como evidencia o prueba única o documental de que el traslado se dio conforme a la Ley, formulario este que no fue tachado de falso por la parte demandante luego tiene plena validez probatoria.

Que es solo a partir del año 2008, que la Corte Suprema de Justicia impone a los fondos de pensiones y cesantías una serie de cargas probatorias que exigen cumplimiento, lo que en el año de 1996 no se exigía.

Así mismo, no compartió el fallo en lo relacionado a que se debe devolver la totalidad de los descuentos realizados por el fondo; esto, dado que consideró que se ordena la retribución de todos los rendimientos que produjo esos aportes pensionales cuando estuvieron en Porvenir, pero se niega el derecho a Porvenir de descontar los gastos de administración, y a su vez, de también reconocer sumas como las primas que se pagaron para los seguros de invalidez, vejez y muerte, lo que, a su juicio, es un absurdo porque se incurre en una injusticia de parte del sistema judicial debido que además de llevarse el rendimiento, no se reconocen los gastos en los que incurrió el fondo, siendo claro el Código Civil cuando habla de las restituciones mutuas en los casos como el siguiente, en su artículo 964 inciso final dice: "En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos".

En relación con las primas pagadas por los seguros, informó que estas fueron sumas pagadas a favor de terceros como son las compañías de seguros, quienes prestaron sus servicios, es decir, quienes dieron cobertura durante todo el tiempo que estuvo vigente la filiación de la señora demandante con el fondo; que al ya haber sido pagados, son dineros que son difíciles de restituir por cuanto son unos pagos que se hacen a unos terceros ajenos los fondos, y hay que tener en cuenta que la fuente de esas obligaciones es de carácter legal.

Consideró que este reconocimiento hace que se incurra en un enriquecimiento sin causa y a favor de Colpensiones, entidad que además de recibir los rendimientos va a recibir estas sumas adicionales.

Ahora bien, en los que se refiere a la condena en costas alegó que cuatro salarios mínimos resultan excesivos en este caso, habida cuenta de los criterios establecido por el Consejo Superior de la Judicatura, es un proceso de una audiencia, y no hubo mayor actividad probatoria, simplemente se planteó un interrogatorio de parte y se aportaron las pruebas documentales, por lo tanto, manifestó que dicha suma resulta excesiva teniendo en cuenta la actividad desplegada por la parte demandante.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

- 1. PARTE DEMANDANTE.** Solicitó la parte que se confirme la sentencia proferida en primera instancia; indicó que es claro que la demandante no recibió la información necesaria, ni pertinente, para efectuar el traslado del régimen que hoy se pide se declare ineficaz; insistió en que dicho traslado se dio sin un CONSENTIMIENTO INFORMADO, consentimiento que efectivamente debe de estar presente ante una decisión tan trascendental para una persona, como es su futuro pensional, que es el que viene a garantizar la vejez, y calidad de vida de los afiliados; que respecto de este punto de la FALTA DE INFORMACION, tenemos importante jurisprudencia y en la misma línea por parte de la Corte Suprema de Justicia, fallos que datan del año 2008 y hasta el 2020, donde cada vez se ha venido ampliando y reiterando en debida forma, que la suscripción del formulario de afiliación por parte de afiliado por sí solo, no es prueba de que se realizó una debida asesoría.
- 2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.** En sus alegatos de conclusión, la pasiva solicitó se revoque la sentencia proferida por el A quo, y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Indicó que revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia vigente en la época del traslado; que La AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; que, de hecho, además de los

canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y la demandante no hizo uso de esa legítimo derecho, por lo que nadie puede alegar su propia torpeza.

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 fondo, precisó que no comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una serie 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; que en tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos; 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.

- 3. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES.** Reiteró la parte en sus alegaciones, lo expuesto en la contestación a la demanda, resaltando que la parte demandante alega engaño por el fondo privado, al no brindar la información suficiente para realizar el traslado de régimen, sin embargo, su traslado se realizó de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido Colpensiones, sin que probara el engaño aducido a pesar de que la carga dinámica no es absoluta y obedece a la verificación de los escenarios particulares de cada asunto como la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, que para el caso de la demandante supera los 10 años.

Indicó que se debe tener en cuenta la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se establecen los mecanismos para que tanto las AFP como Colpensiones realicen asesorías a partir de 01/10/2016 a las mujeres de 42 años o mayores, y hombres de 47 años o mayores, desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de Régimen sin antes haber recibido dicha asesoría, por lo cual dicha restricción no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Que de esta forma, en el caso ANA CLEMENCIA HERRERA PAIPA, era imposible para Colpensiones brindar la asesoría referida pues para 2016 pertenecía al RAIS.

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

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante ANA CLEMENCIA HERRERA PAIPA en el año 1998 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Por último, se revisará la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

ANÁLISIS PROBATORIO

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por la demandante como por las entidades demandadas, advirtiendo que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario, y se revisará el interrogatorio de parte recaudado, en lo pertinente.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por la demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a hoy PORVENIR S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la ANA CLEMENCIA HERRERA PAIPA para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta colegiatura precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

El artículo 97 de la ley 100 de 1.993, enmarcó a los fondos de pensiones como constitutivos de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, lo que conlleva a la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se ligan a ellas, el que inicia desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

Por tanto se entiende que, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica una asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida

para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro 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.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2015 y la circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración esta que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de 2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente

y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, la señora ANA CLEMENCIA HERRERA PAIPA afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR, lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante nació el 13 de junio de 1960 (fl.3) y en calidad de trabajadora dependiente desde diciembre de 1981, inició sus cotizaciones al sistema pensional con el ISS hoy COLPENSIONES (fl. 35), luego, suscribió el formato de solicitud y traslado al RAIS el 31 de julio de 1998 (folio 58 del expediente).

Revisando las pruebas allegadas a los autos, se evidencia que si bien en el formato visto a folio 35 del expediente, el cual fue suscrito por la demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró a la demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Así las cosas, en efecto, PORVENIR no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante.

Reiterándose que, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante ANA CLEMENCIA HERRERA PAIPA en todo lo concerniente a las implicaciones del cambio de régimen pensional; no obstante, como ya se advirtió, en el expediente no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se cumplió con tal presupuesto legal, por lo que la simple manifestación genérica como la contenida en la solicitud de vinculación, no es suficiente para inferir que existió una decisión documentada por parte de la actora, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales por cuenta de la pasiva PORVENIR.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo a la demandante en el momento de su traslado, debido a la ausencia de una construcción comunicativa del estudio del impacto en el derecho pensional del afiliado, por lo que, se configura una falta al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR, y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación efectuada al régimen de ahorro individual de la demandante ante el fondo privado por vicio del consentimiento (error) por falta de asentimiento informado, no asistiéndole la razón a los recurrentes y quedando de esta manera resuelto el primer problema jurídico planteado en forma favorable a la demandante ANA CLEMENCIA HERRERA PAIPA por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro 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 julio de 1998, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por

en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se recordó la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, 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 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 manera completa, de 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, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Esto fue recientemente establecido por la HCSJ en su Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL2877 de 2020, donde se indicó lo siguiente:

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

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

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar

sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

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

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada a “devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido entre el 31 de julio del 98 y posteriormente 1999 mes 09 día 3, con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldo de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia”, así como “el descuento del dinero que transfirió la AFP Horizonte con ocasión al traslado del fondo solicitado por el demandante en concreto lo correspondiente al porcentaje destinado para pensión, art. 20 Ley 100 del 93, modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003 y literal B artículo 60 Ley 100 del año 93”.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

La selección de régimen pensional es un acto derivado de la relación de afiliación (artículo 13 de la Ley 100 de 1993, hoy modificado por el artículo 2º de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994), de tal suerte que la circunstancias en que se dio el traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad de la demandante, precedido del deber del buen consejo por parte de la administradora de pensiones en la oferta precontractual de servicios que en el presente caso no se avizora, fue, en esencia, la forma en que nació a la vida jurídica el HECHO DE LA AFILIACION al régimen de ahorro individual, por lo tanto, esa concreta situación fáctica que resulta inherente a la consolidación del ESTATUS PENSIONAL de la demandante no está sujeta al fenómeno de la prescripción, lo que igualmente se predica de la condición de afiliado y los actos que emanen de tal condición, pues de

allí surge el derecho a percibir y disfrutar vitaliciamente de la respectiva pensión.

En ese sentido, podemos concluir que la condición de afiliado y por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional.

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que los elementos consustanciales de la pensión no prescriben, como es el caso, del factor porcentual de la mesada, el salario, los límites temporales del IBL y la indexación, por lo que, la afiliación y cualquier acto derivado de la misma en el sistema pensional, a pesar que no sea un factor cuantitativo del derecho, necesariamente deben calificarse como elementos esenciales de status pensional, porque recuérdese que de la validez jurídica de esos actos deriva no solo el régimen a aplicar al pensionado, sino también a cual la entidad administradora de fondos de pensiones le compete el reconocimiento y pago de una prestación económica.

En suma, al tener la afiliación y sus actos subsiguientes, una estrecha relación con el derecho pensional, valga decir, por ser inherentes al mismo, resulta viable formular los reparos correspondientes en cualquier tiempo, al punto que, si se pensara de forma contraria, ni si quiera sería viable el retorno al régimen de prima media, en el evento en que se cumpla el requisito de permanencia mínima, ni los traslados entre administradoras pensionales.

Es entonces el fenómeno de la prescripción inaplicable, tratándose de la petición de nulidad de traslado de régimen pensional, y ello obedece a la génesis de la ineficacia del traslado, que tiene como objetivo último la viabilidad de alcanzar la pensión de vejez, derecho de carácter irrenunciable e imprescriptible, por manera que si se genera una irregularidad en el procedimiento de traslado de un afiliado, no guarda fundamento constitucional el hecho de que se restrinja tal declaratoria a un término específico, pues aducir tal argumento, implicaría en la mayoría de los casos truncar el derecho del afiliado a adquirir una pensión de vejez en las condiciones más beneficiosas.

Igualmente, este criterio de imprescriptibilidad tiene sustento en argumentos expuestos en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, en providencia STL4593 de 2015, Radicación 39718 siendo magistrado ponente Jorge Mauricio Burgos Ruiz, donde se señaló que la nulidad de traslado sería imprescriptible si estuviera estrechamente ligado con la adquisición del derecho pensional, como derecho fundamental y como prestación económica ligada al mínimo vital y al derecho al trabajo del demandante, y el mismo estuviere amenazado con la proposición del medio defensivo de la prescripción.

En virtud a lo anterior, esta Sala arriba a la conclusión sobre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la nulidad de la afiliación, si se tiene en cuenta que precisamente la afiliación es la que genera para el afiliado la posibilidad de obtener el derecho pensional, por supuesto, en las condiciones más beneficiosas, por lo que al estar íntimamente ligados, afiliación y status de pensionado, de ambos se debe predicar la imprescriptibilidad para hacer valer tales derechos de forma que se acompasen a la legalidad.

COSTAS PROCESALES

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto dichas entidades fueron vencidas en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

Así mismo, en lo referente al monto de las costas procesales, materia de inconformidad por Porvenir, debe indicarse, 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”.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a **cada una** de las entidades demandadas, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR, S.A. y en favor de la demandante.

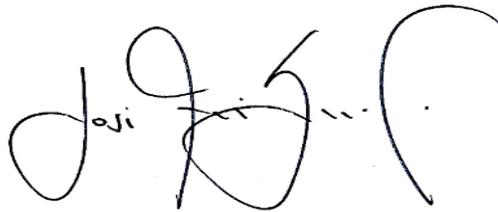
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 30 de septiembre de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, esto es a cada una de las entidades demandadas, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P. En consecuencia, se fijan como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000), a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A. y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 050, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de abril de 2021.



Secretario