



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

Veintinueve (29) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-002-2017-00511-00
RADICADO INTERNO:	19.129
DEMANDANTE:	JHON ALEXANDER GARCÍA GARCÍA
DEMANDADO:	TRANSGUASIMALES S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JHON ALEXANDER GARCÍA GARCÍA contra la EMPRESA DE TRANSPORTE GUASIMALES TRANSGUASIMALES S.A., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2017-00511-00, y Radicación interna N° 19.129 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 29 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor JHON ALEXANDER GARCÍA GARCÍA, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la EMPRESA DE TRANSPORTE GUASIMALES TRANSGUASIMALES S.A. para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 9 de febrero de 1997 y el 9 de septiembre de 2014, por la cual, se ordene el pago del tiempo de servicios, cesantías, intereses sobre cesantías, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido injusto, indemnización por no consignación de las cesantías, aportes al sistema de seguridad social, intereses moratorios y costas.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que, ingresó a laborar a la demandada el 9 de febrero de 1997 y finalizó el 9 de septiembre de 2014, y fue trasladado el 11 de septiembre de 2014 al CENTRO DE SERVICIOS ZONA INDUSTRIAL S.A.S. por orden del Gerente HENRY DUARTE BECERRA hasta el 9 de septiembre de 2015.
- Que, fue vinculado mediante un contrato de trabajo a término indefinido para prestar servicios subordinados, como control

despachador y control de paso en horario de lunes a sábado de 5:20 a.m. a 7:00 p.m. y festivos de 6 a.m. a 5 p.m.

- Que, desde entonces se ha pretendido hacer valer como salario las propinas esporádicas que le regalaban los conductores de busetas, microbuses y afiliados.
- Que, desde el año 2007 comenzó a sufrir dolores en las rodillas, siendo cambiado de puesto en noviembre de ese año lo que le implicaba correr y estar de pie por orden del jefe de rutas GERSON BERMUDEZ.
- Que, el 29 de enero de 2008 presentó complicaciones y el especialista en salud ocupacional emitió concepto de recomendaciones por lo que fue reubicado a su puesto anterior.
- Que, en el año 2010 empezaron a presionarlos para firmar un contrato escrito a término fijo inferior a un año, el cual se negó a suscribir y por eso desmejoraron sus condiciones al cambiarle de puesto, inclusive amenazaron con despedir a su padre que era conductor y por ello finalmente firmó.
- Que, no recibía ningún tipo de salario, siendo amenazado por la empresa para que firmara las nóminas, lo que hacía para seguir percibiendo las propinas de las que subsistía, y en el año 2011 le hicieron firmar el pago de examen de admisión.
- Que, empezó a sufrir dolor en su rodilla, lo que comunicó a sus jefes y el 9 de septiembre de 2014, el gerente de la empresa le informó de manera verbal sobre su traslado al CENTRO DE SERVICIOS ZONA INDUSTRIAL S.A.S. donde también era gerente, para el cargo de oficios varios que en realidad era asistente administrativo, sin hacerle calificación o examen de salida, convenciéndolo al decirle que sería un salario superior.
- Que, en el año 2015 se le complicó su rodilla, fue diagnosticado con lesión meniscal y fue sometido a cirugía el 26 de marzo, y el 10 de julio encontrándose en delicado estado de salud y en terapias, fue entregado preaviso de terminación del contrato sin tener en cuenta su condición médica. Que en el curso de la relación no se le canceló el salario legal, ni las prestaciones sociales en su integridad, aportes y tampoco fue calificado.

La demandada TRANSGUASIMALES S.A. contestó a la demanda afirmando:

- Que, el actor ingresó a laborar fue el 18 de mayo de 2010 mediante contrato a término fijo hasta el 16 de mayo de 2011 y luego del 3 de junio de 2011 al 1 de junio de 2012, del 3 de julio de 2012 al 1 de julio de 2013 y del 6 de agosto de 2013 al 4 de agosto de 2014.
- Desconoce las actividades laborales realizadas por el actor, con posterioridad, y confirma que el cargo ejercido fue control y oficios varios, en la jornada laboral ordinaria sin laborar en festivos ni domingos.

- Que, no existió vinculación alguna anterior al 2010, no siendo ciertos los hechos reputados en años anteriores y cualquier documento se firmó con pleno conocimiento y libre de vicios.
- Que, el preaviso entregado se dio en el término legal y la finalización del contrato se debió al plazo pactado. Se opone a las pretensiones alegando que el actor percibió plenamente sus derechos laborales en el término que fue realmente contratado y propone como excepciones, los tiempos anteriores al 17 de mayo de 2010, y la PRESCRIPCIÓN.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del tema de decisión.

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 29 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: DECLARAR *que entre las partes existieron diferentes contratos por termino fijo e indefinido, conforme lo motivado en esta providencia.*

SEGUNDO: DECLARAR *probada la excepción de prescripción solicitada por la entidad demandada TRANSPORTE GUASIMALES S.A. TRANSGUASIMALES S.A. En consecuencia, ABSOLVER a esta entidad de las pretensiones condenatorias solicitadas en la demanda por parte del señor JHON ALEXANDER GARCIA GARCIA.*

TERCERO: CONDENAR *en costas al demandante.*

2.2. Fundamento de la decisión.

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

- Identifica el problema jurídico, como el consistente en establecer, si entre el actor y la empresa demandada, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 9 de febrero de 1997 al 9 de septiembre de 2014, para verificar si existió ese vínculo y hubo cumplimiento de las obligaciones laborales reclamadas en la demanda.

- Expone, sobre la demostración de los elementos del contrato de trabajo (prestación personal de servicio, salario y subordinación), que solo le basta al actor demostrar el primer aspecto para presumir los otros; debiendo evidenciar, además, los extremos temporales para acceder a las condenas pretendidas.

- Señala que, en este caso, no era objeto de discusión que hubo una actividad laboral, pues está aceptado este servicio y fue ratificado por los testigos, que ejerció como controlador de turno y oficios varios, quedando por establecer en qué condiciones, tiempos y si se cumplieron las obligaciones.

- Sobre los extremos de la relación laboral, señala, que las pruebas oportunamente allegadas, no permiten corroborar que el servicio iniciara en la fecha señalada en la demanda, pues con ella solo se anexaron de esa época documentos sobre su estado de salud, otros como memorandos, circulares y misivas de la empresa no permiten identificar o desprender prestación de servicios del actor. Mientras los testigos JOSE RAMON ROSAS, NELSON RODRÍGUEZ y BERNARDO FERREIRA no dan certeza sobre la fecha de inicio de las labores, pues el primero no recuerda y no da la razón de su conocimiento, el segundo apenas laboró entre 2001 y 2004 para la demandada no siendo dable derivar de él una relación única e ininterrumpida, y el tercero si bien afirma haber laborado de 1999 a 2015 no manifestó en manera clara que en períodos anteriores a 2010 el actor laborara permanente e ininterrumpidamente.

- Afirma, que no es posible valorar los documentos que fueron aportados por la apoderada del demandante con posterioridad a la audiencia de práctica de pruebas, pues conforme a los artículos 164 y 173 del C.G.P., no son pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso; dado que además tampoco fueron decretados ni incorporados por el Juzgado.

- Conforme a lo anterior, solo procede la verificación del cumplimiento de las obligaciones en los lapsos de tiempo aceptados por la demandada en la contestación y que fueron alegados como a término fijo; verificados estos, según los documentos aportados no se allegaron los contratos del 8 de mayo de 2010 al 10 de mayo de 2011 y del 3 de julio de 2012 al 1 de julio de 2013, solo los dos restantes; aportándose además las cartas de terminación de cada etapa contractual.

- De la falta de pruebas adecuadas, concluye, que hubo 4 vínculos laborales diferentes: del 8 de mayo de 2010 al 10 de mayo de 2011 hubo contrato a término indefinido, por no aportar contrato escrito y que fue finalizado sin justa causa según folio 83; del 3 de julio de 2011 al 1 de junio de 2012, contrato a término fijo según escrito a folio 78 y fue finalizado por expiración del plazo pactado según aviso a folio 79; del 3 de julio de 2012 al 1 de julio de 2013, se evidenció un contrato a término indefinido por no aportarse el escrito, finalizado sin justa causa según folio 75 y del 6 de agosto de 2013 al 4 de agosto de 2014, un contrato a término fijo visto a folio 69 terminado por expiración del plazo fijo pactado según folio 70. Estos vínculos son diferentes porque se aportaron las liquidaciones de cada uno, en folios 71, 75, 80 y 84.

- Evidencia que en estas liquidaciones se cancelaron al trabajador las prestaciones respectivas, con firma de recibido del trabajador y ante ello para verificar el pago de las pretensiones reclamadas en la demanda: salario, primas de servicio, cesantías, intereses a cesantías, descansos remunerados, vacaciones, trabajo suplementario y aportes a seguridad social integral. De estos, se advierte que como el último vínculo laboral finalizó el 4 de agosto de 2014, el actor contaba hasta el 4 de agosto de 2017, para evitar que se configurara la excepción de prescripción y solo radicó la demanda el 11 de octubre de 2017, aunque elevó reclamación directa al empleador el 21 de octubre de 2016 y resuelta el 15 de noviembre, por lo que esta interrumpió la prescripción y se encuentran afectados de prescripción los derechos anteriores al 21 de octubre de 2013.

- Conforme ello, los extremos a revisar son las prestaciones del 21 de octubre de 2013 al 4 de agosto de 2014 que corresponde al último contrato de trabajo bajo una remuneración equivalente al mínimo legal; no evidenciándose prueba concreta del salario mes a mes para identificar si hubo diferencias entre las alegadas propinas y lo realmente a percibir que permita liquidar la condena reclamada. Sobre las prestaciones indica que a folio 71 y 72, obra el pago de las mismas, sin que demostrara el demandante que su firma allí hubiera resultado de una presión o que existiera vicio del consentimiento.

- Respecto de otras pretensiones, no se demostró como exige la jurisprudencia el trabajo suplementario y Colpensiones corroboró el pago de aportes en los periodos declarados. La indemnización por despido injusto señala que no prospera dado que el último vínculo y único no prescrito, finalizó por expiración de plazo fijo con preaviso oportuno. Sobre la indemnización por no consignación de cesantías, explica que al finalizar cada vínculo se canceló directamente la misma al trabajador y por ende no había obligación de consignarlas. Igualmente que tampoco prospera la moratoria del artículo 65 del C.S.T. al verificarse el pago de las prestaciones.

3. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Señala, que tanto los testigos como las documentales aportadas evidencian que sí existió un contrato de trabajo entre las partes, sin solución de continuidad, desde el 9 de febrero de 1997 al 9 de septiembre de 2014; probando los 3 requisitos de la relación laboral, evidenciando la prestación personal del servicio de JHON GARCÍA en los testimonios y en las planillas aportadas durante la etapa probatoria, donde se logra demostrar el ingreso a la jornada laboral en el horario de obligatorio cumplimiento y con ello la continuada subordinación, pues además percibía órdenes del jefe de rutas y de los directivos de TRANSGUASIMALES.

- Advierte, que la remuneración realmente comprendía de las propinas de los conductores y que se hacía pasar por la empresa como la remuneración, demostrándose con el testimonio de BERNARDO FERRER que él como conductor da fe sobre la obligación de dar esas propinas.

- Conforme estas pruebas, estaba demostrada suficientemente la prestación del servicio para aplicar la presunción de subordinación y esto no lo realizó la demandada, quien inclusive dilató el proceso, no refutando además los documentos aportados y siendo congruentes e idóneos los testimonios.

- Refiere, que los contratos firmados aportados no desmeritan la verdadera relación laboral ejecutada desde 1997, y que intentó ser disfrazada por la demandada, por lo que debe darse aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas para acceder a las pretensiones.

- Sobre la prescripción, reitera que la relación laboral era continua e ininterrumpida y como la misma finalizó el 9 de septiembre de 2014, según folio 21, la reclamación presentada a la empresa que fue contestada

interrumpe el término de prescripción. Sin que se aportara prueba alguna que desmintieran las pruebas y los documentos, como afirmó en algún momento, buscando usar como pruebas las planillas para evidenciar los jefes de ruta.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

La apoderada del demandante manifiesta que se reitera la solicitud de reconocer un contrato de trabajo realidad entre las partes desde el 9 de febrero de 1997 al 9 de septiembre de 2014, conforme se demostró en el trámite procesal y por lo cual se debe aplicar el principio de primacía de la realidad. Advierte que los documentos y testigos arrimados, demuestran la existencia del contrato de trabajo y sus elementos esenciales, indicando por todo el curso del tiempo reclamado que hubo subordinación, cumplimiento de horario, control con planillas y registros de llegadas y múltiples documentos que permiten corroborar lo dicho por los testigos sobre cumplimiento de órdenes, impago de salarios en detrimento de propinas por parte de los conductores para prevenir descontrol en sus rutas. Situaciones que están plenamente acreditadas por la vía testimonial, siendo los declarantes testigos directos de estas situaciones.

Sobre el despido, advierte que la empresa pretendió teñir de legalidad al obligar al demandante a firmar contratos a término fijo, desmejorando así las condiciones laborales inicialmente pactadas pese a seguir ejecutando las mismas labores, lo que solo varió cuando fue trasladado a la empresa de servicios *Zona Industrial SAS* de los mismos propietarios; por lo que estima debe accederse a las pretensiones de la demanda de una relación única y continua, en lugar del análisis expuesto en primera instancia de acceder a las relaciones documentadas y solicita se tenga en cuenta la reclamación presentada el 21 de octubre de 2016 para efectos de interrumpir la prescripción.

• PARTE DEMANDADA:

El apoderado de la parte demandada expuso que solo está demostrado la existencia de los contratos de trabajo a término fijo declarados en primera instancia; no siendo dable predicar relación anterior al 17 de mayo de 2010 ya que no existió ninguna clase de compromiso o relación entre las partes en fechas diferentes a las contratadas y tampoco se demostraron los elementos del contrato de trabajo pretendido. Que en todo caso debe tenerse en cuenta la prescripción de los derechos laborales y solicita valorar las excepciones de fondo ya propuestas: inexistencia del contrato, cobro de lo no debido, mala fe del actor, inexistencia de la obligación, falta de legitimación, carencia de acción y prescripción contabilizada por cada contrato individual.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia de un único contrato de trabajo entre el señor JHON ALEXANDER GARCÍA GARCÍA como trabajador y La Empresa TRANSGUASIMALES S.A., como empleadora entre el 9 de febrero de 1997 al 9 de septiembre de 2014? Resuelto esto, se revisará si hay lugar al pago de las prestaciones e indemnizaciones solicitadas y a declarar la excepción de prescripción en los términos resueltos.

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar si entre el demandante JHON ALEXANDER GARCÍA GARCÍA y La Empresa TRANSGUASIMALES S.A., existió un único contrato de trabajo entre el 9 de febrero de 1997 al 9 de septiembre de 2014, y si en su alegada condición de empleador el demandado adeuda al actor conceptos salariales, prestacionales e indemnizaciones por los alegados incumplimientos; a lo que se opone la demandada, esgrimiendo que según la documental aportada solo hubo una vinculación entre las partes de 2010 a 2014 mediante cuatro contratos de trabajo a término fijo, finalizados por preaviso y liquidados debidamente.

El juez *a quo* determinó, que no se aportaron elementos de prueba suficientes para acceder a la declaratoria de contrato único desde el año 1997, al no tener los testigos conocimiento que permita arrojar certeza sobre ese hecho; y por ello, dispuso declarar la existencia de múltiples contratos de trabajo entre las partes según los documentos anexos y al evidenciar el pago de las prestaciones allí causadas en el último contrato, no profirió condenas por la prescripción de períodos anteriores y tampoco encuentra causadas las indemnizaciones reclamadas. Conclusiones a las que se opone la parte demandante, que apela indicando, que hubo indebida valoración probatoria tanto de los testigos como de las pruebas documentales, al estar debidamente acreditada la relación en los extremos demandados y la intención de disfrazarla firmando convenios contrarios a la primacía de la realidad.

Para resolver la controversia que aqueja a las partes, es importante señalar, que en los términos del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo, contrato de trabajo es aquél por el cual, una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Ante ello, acorde al artículo 23 (*ibidem*), para que se predique su existencia debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, bajo la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S.T., subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990, enseña que “...Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”, pues una vez reunidos los tres elementos anteriores, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen, no obstante, esta presunción admite prueba en contrario.

Esta presunción legal opera a favor del trabajador y por consiguiente, demostrada la prestación del servicio, es a cargo del empleador desvirtuarla. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en diferentes oportunidades, entre estas en la Sentencia de 13 de diciembre de 1996, donde precisa, que el artículo 24 no consagra un derecho sino una regla de juicio que afecta la carga de la prueba en el proceso laboral, esto es, se trata de una instrucción a los jueces laborales, relevando al trabajador de acreditar el elemento de la subordinación pues esta se presume y toda prestación de una actividad personal a favor de otra persona, natural o jurídica, debe entenderse en principio como laboral a menos que el empleador desvirtúe que hubo dependencia.

De lo anterior, se extrae, que probada la prestación personal del servicio, la subordinación se presume y compete ejercer plena actividad probatoria a la parte demandada que excepciona la inexistencia del contrato de trabajo; complementando esta teoría, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-20683 de 6 de diciembre de 2017, radicación No. 56.313, en lo referente al principio de la primacía de la realidad y la presunción del artículo 24 del Código sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, reitera lo ya expuesto y concreta que quien se abroga la calidad de trabajador debe demostrar al menos dos aspectos: la prestación personal del servicio y los extremos temporales en que afirma haberlo desarrollado, con los elementos de juicio suficientes para convencer al Juez y al tiempo permitir que el demandado tenga información suficiente para ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción, siendo a partir de estas reglas que el juez debe aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a la parte que omite su deber procesal.

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

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: “...*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho*”. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa: “(...) *El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo*”. Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que:

“...El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes (...)”.

Esto, en consonancia con el artículo 167 del C.G.P.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta tanto con probar la prestación o la actividad personal como el período en que ejecutó la actividad, para que se presuma el contrato de trabajo y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario.

Ahora bien, con el fin de resolver el problema jurídico antes expuesto, la Sala observa que dentro del expediente obran como pruebas las siguientes:

- Certificados de existencia y representación legal de TRANSGUASIMALES S.A. y de CENTRO SERVICIOS ZONA INDUSTRIAL S.A.S. (Fol. 3-9)
- Derecho de petición dirigido a TRANSGUASIMALES S.A. por la apoderada del demandante, de fecha 21 de octubre de 2016 reclamando por salarios no percibidos, horas extras, prestaciones sociales e indemnización moratoria y respuesta del 15 de noviembre de 2016, negando la relación alegada desde 1997 y la existencia de obligaciones adeudadas. (Fol. 10-16)
- Oficio del 29 de enero de 2008, suscrito por especialista en salud ocupacional de Saludcoop E.P.S. y dirigido a TRANSGUASIMALES, emitiendo concepto por JHON ALEXANDER GARCÍA, respecto de su lesión meniscal para que sea reubicado; sin sello de recibido. (Fol. 17)
- Historia clínica del señor JHON ALEXANDER GARCIA donde se evidencian atenciones en 2017, enero de 2009 y diciembre de 2007, sin información relativa a vinculación laboral. (Fol. 18-23)
- Memorando del 7 de diciembre de 1998, dirigido a los conductores, turnadores y propietarios informando que está prohibido el desvío de rutas y tener ayudantes, suscrito por el gerente de TRANSGUASIMALES, pero sin referencia directa al actor. (Fol. 24)
- Documento manuscrito, con fecha 21 de octubre de 1998 que señala repartición de labores pero no se menciona al actor ni se identifica su autor. (Fol. 25)
- Múltiples documentos suscritos por FABIO CÉSAR USCÁTEGUI, como gerente de TRANSGUASIMALES S.A., dando instrucciones a los conductores, turnadores, propietarios, controles y demás personal sobre situaciones relativas a trámites, entrega de planillas, tarifas, entre otras, desde agosto de 1998 a febrero de 2000. Nuevamente sin mencionar o identificar directamente al actor. (Fol. 26-33)
- Memorando del 15 de junio de 2008, suscrito por JOSÉ DOMINGO DUARTE como gerente de TRANSGUASIMALES S.A., dirigido a conductores y controles sobre verificación de libreta militar, sin identificar al actor. (Fol. 34)
- Memorandos de TRANSGUASIMALES dirigidos a control tierra linda, nidia, prados libertadores y camilo torres, del año 2001 dando instrucciones sobre paso de vehículos, sin mencionar al actor. (Fol. 35-38)
- Remisiones del actor a valoraciones médico laborales en ASSOT, por parte de TRANSGUASIMALES de mayo de 2011. (Fol. 39-41)
- Certificación Laboral suscrita por HENRY DUARTE BECERRA como representante legal de CENTRO SERVICIOS ZONA INDUSTRIAL S.A.S., dando constancia que JHON ALEXANDER GARCÍA laboró mediante contrato a término fijo como asistente administrativo, expedida el 2 de diciembre de 2015. (Fol. 43)

- Contrato de trabajo a término fijo suscrito por JHON ALEXANDER GARCÍA como trabajador y TRANSGUASIMALES como empleador, desde el 6 de agosto de 2013 al 4 de agosto de 2014 por un salario mínimo en el cargo de CONTROL; escrito de preaviso de no prórroga del 4 de julio de 2014 suscrito por el actor, liquidación de prestaciones finales y de prima semestral. (Fol. 69-72)
- Carta dirigida a Protección S.A. del 8 de agosto de 2014 autorizando al retiro de Cesantías. (Fol. 73)
- Carta del 1 de junio de 2013 comunicando decisión de no prorrogar contrato a término fijo que vence el 1 de julio de 2013 dirigida por la demandada y suscrita por el actor. (Fol. 74)
- Liquidación final de contrato de trabajo del período 3 de julio de 2012 al 1 de julio de 2013, prima de servicios y autorización para pago de cesantías al fondo de pensiones (Fol. 75-77)
- Contrato de trabajo a término fijo suscrito por JHON ALEXANDER GARCÍA como trabajador y TRANSGUASIMALES como empleador, desde el 3 de junio de 2011 al 1 de junio de 2012 por un salario mínimo en el cargo de CONTROL; escrito de preaviso de no prórroga del 1 de mayo de 2012 suscrito por el actor, liquidación de prestaciones finales y de prima semestral, con autorización para retiro de cesantías. (Fol. 78-82)
- Carta del 16 de abril de 2011 comunicando decisión de no prorrogar contrato a término fijo que vence el 16 de mayo de 2012 dirigida por la demandada y suscrita por el actor. (Fol. 83)
- Liquidación final de contrato de trabajo del período 18 de mayo de 2010 al 16 de mayo de 2011, prima de servicios y autorización para pago de cesantías al fondo de pensiones (Fol. 84-86)
- Constancia suscrita por FABIO CESAR USCÁTEGUI FUENTES, como gerente de TRANSGUASIMALES S.A., del 22 de mayo de 2013, certificando que JHON ALEXANDER GARCÍA labora como control externo desde el 18 de mayo de 2010 mediante contratos a término fijo.
- Certificado expedido por SEGUROS BOLÍVAR, señalando que existen pagos por concepto de ARL de TRANSGUASIMALES S.A. y a favor del actor, entre mayo de 2010 a agosto de 2014. (Fol. 124-125)
- Historial de cotizaciones del actor en COLPENSIONES donde aparecen cotizaciones de junio de 2001 a abril de 2006, con interrupciones, de manera independiente; mediante GENERAMOS como empleador de junio de 2006 a mayo de 2007; como independiente de junio de 2007 a mayo de 2010, de manera interrumpida; a través de la demandada desde mayo de 2010 a agosto de 2014; mediante CENTRO SERVICIOS de septiembre de 2014 a septiembre de 2015 y finalmente mediante caja de compensación de julio a noviembre de 2017. (Fol. 128-132)
- Testimonio rendido por JOSE RAMÓN ROZO SANDOVAL, quien manifestó conocer al actor, porque en el año 1993, él acompañaba a su padre, que era conductor de bus de la empresa, a comprar la cartulina y tiempo después él ingresó como control, después de 1997 aunque no recuerda exactamente la fecha, para entonces es que recuerda haberlo visto entregar sus planillas. Expresa que la labor era la de llevar el control de la planilla diaria del paso de los vehículos por el respectivo punto, lo que conoce porque él laboraba allá en la empresa como cajero. Sobre el horario señala que era de 5 de la mañana a las 6 o 7 de la noche. Expresa que la empresa lo mandaba a diferentes puestos, dependiendo del jefe de ruta. Sobre la fecha final, señala que estuvo más o menos hasta 2014 en agosto, lo que recuerda porque él entonces

- fue designado como control y que el actor fue remitido a laborar en la bomba. Desconoce aspectos como pagos de seguridad social o salarios.
- Testimonio de WILMER SERRANO AGUILAR, el cual expresa que es empleado de la demandada desde 2005, desempeñando funciones de mantener al día los papeles de los vehículos y conoció al demandante porque laboró como control o despachador de las busetas, pero no recuerda bien las fechas de ingreso y salida del actor porque no es su cargo específico; sobre los horarios, normalmente empiezan a las 6 pero ellos manejan las dos horas que toman su almuerzo.
 - En el testimonio NELSON JAVIER RODRÍGUEZ CRUZ, explica, que fue trabajador de la demandada y que conoció al actor porque ya laboraba allí cuando ingresó, en 2001 y siguió cuando él salió en 2004 o 2005, ejerciendo labores de control a través de las planillas que entrega la empresa para verificar los horarios de salida y paso de los vehículos. Que en esa época era usual coincidir en la misma ruta en diferentes puestos, iniciando a las 5 de la mañana porque a las 5 y 15 am debía salir la primera buseta hasta las siete de la noche que finalizaba la jornada. Explica que después de su despido, por sus nuevas labores pudo verlo en sus puestos dos o tres años más, pero luego cambió de lugar de trabajo y no pudo seguirlo viendo. Sobre el pago de salarios, explica que constaba exclusivamente de las propinas que le entregaban los conductores y que muchas veces debían correr para poderlas recibir, dado que la empresa dirigía y coordinaba todo, pero no cancelaba directamente ningún valor.
 - Testimonio de BERNARDO FERREIRA CASTAÑEDA, donde señala, que fue trabajador de la demandada entre 1999 y 2015 como conductor de buseta, donde conoció al actor porque era control de despacho de las busetas. Él llegaba a las 5 de la mañana, para despachar el primer vehículo y cada 8, 10 o 15 minutos dar paso al siguiente para evitar el desorden de las rutas y la guerra del centavo, hasta las 7 de la noche que salía el último vehículo. Explica que la empresa no cancelaba sueldo a los controles, que devengaban las monedas y propinas de los conductores, como un incentivo. Afirma que después de que él salió, lo retiraron y lo trasladaron a una bomba de gasolina. Niega que en algún momento hubiera dejado de laborar el actor, o que estuviera afiliado a seguridad social. Señaló que el jefe de rutas era el inmediato superior del actor y quien le daba las órdenes, debiendo al final del día firmar las planillas y entregarlas a la empresa, diferente a la planilla que cada conductor le entregaba para marcar el tiempo.
 - FABIO CESAR USCÁTEGUI FUENTES, en su calidad de representante legal de la demandada TRANSGUASIMALES, al rendir interrogatorio de parte indicó que ha laborado en la empresa desde los años 90 como parte de la junta directiva y ahora gerente; que conoce al actor porque es hijo de uno de sus choferes, sobre la fecha de ingreso afirma que fue en 2010 y que finalizó en el año 2014 cuando terminó el contrato por plazo pactado, entregándole el preaviso. Al respecto de las planillas aportadas por la parte demandante, se le ponen algunas en conocimiento y son desconocidas por el interrogado, quien desconoce la persona que firma y señala que en su labor solo atiende labores relacionadas con planillas cuando hay controversia entre conductores o despachadores, y manifiesta que no recuerda claramente si quien firma como jefe de ruta era el correspondiente.
 - El demandante JOHN ALEXANDER GARCÍA GARCÍA, absolvió interrogatorio de parte señalando que no es cierto que solo iniciara

labores en 2010 porque de manera verbal fue contratado por el señor MISAEL ANTONIO CHONA, jefe de ruta, en 1997 y acepta que suscribió un contrato a término fijo en 2014 visto a folio 69 y en 2011 visto a folio 78; sobre las liquidaciones finales vistas a folios 71, 72, 75, 76, 80, 81, 84 y 85, señala que sí se la pagaron pero nunca le pagaron el salario normal solo recibió esas sumas finales desde el 2010. Aclara que la empresa solo cancelaba anualmente las liquidaciones, pero nunca un salario mínimo.

Conforme a esta relación probatoria, la Sala, reitera, que para declarar la existencia de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., el actor debe acreditar la prestación personal del servicio, para de esa forma, trasladar a la demandada la carga de la prueba de probar que no existió subordinación; al respecto de la valoración probatoria, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL21157-2017, Radicación n.º 55951 y con M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, se refiere las facultades del juez recordando que:

“no están sometidos a la tarifa legal, como quiera que atendiendo los mandatos previstos en el artículo. 61 del CPTSS, ostentan la facultad legal de apreciar libremente los medios de prueba y así formar de manera libre su convencimiento, atendiendo, eso sí, el principio de la sana crítica, lo que conlleva a que sus conclusiones, mientras no sean descabelladas, queden amparadas por la presunción de legalidad y acierto (...) las decisiones se deben fundamentar en los elementos probatorios que le merezcan mayor persuasión y credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure la comisión de un yerro fáctico”

En esa valoración probatoria el juez a quo, omitió valorar, los documentos vistos entre folios 152 a 819, que fueron aportados por la apoderada del actor en memorial posterior a la etapa de decreto de pruebas, dado que le asistió razón al juez, de identificarlas como pruebas allegadas de manera extemporánea al proceso y sin que surtieran las etapas de contradicción legalmente contempladas.

De conformidad con el artículo 60 del C.P.T.Y.S.S., “...El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo”; igualmente el artículo 164 del C.G.P., refiere que “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.”; sobre la debida interpretación de este principio de oportunidad probatoria, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL170 de 2021 explica:

*“Debe recordarse lo que la jurisprudencia de la Sala ha sostenido invariablemente sobre la validez de las pruebas, en el sentido que, de conformidad con lo previsto en el art. 60 del CPT y de la SS, los jueces al proferir la decisión deben analizar solo aquellas que fueron regular y oportunamente allegadas al proceso, esto es, aquellas presentadas: i) con la demanda inicial o su contestación; ii) con la reforma a la demanda o su contestación, o; iii) en el transcurso del proceso, cuando no se tengan en su poder, antes de la decisión que ponga fin a la instancia, **siempre que hubieran sido solicitadas y decretadas como prueba.**”*

Al respecto esta Corporación se ha pronunciado en múltiples oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL9063-2014, CSJ SL5882-2016, CSJ SL2833-2017, CSJ SL2022-2020, en esta se precisó: (...)

importa destacar que una prueba es inexistente o más bien inoponible en la medida que no sea debidamente incorporada al proceso, esto es, de manera regular y en tiempo, dado que no basta con que una de las partes en forma desprevenida o extemporánea la hubiera allegado y que como consecuencia de ello obre en el expediente, para que el juzgador pueda válidamente considerarla e impartirle valor probatorio al momento de proferir la decisión de fondo, pues en estos casos se requiere del pronunciamiento previo del juez de conocimiento en relación a su aportación, a efecto de cumplir con los citados principios y por ende con el debido proceso al tenor del artículo 29 de la Carta Mayor.

Lo dicho significa, que no es viable la apreciación de una prueba inoportunamente allegada y menos que no hubiese sido decretada como tal en alguna de las etapas procesales prescritas para esos específicos fines, puesto que permitirlo, sería ir en contra del mandato de la mencionada norma constitucional que señala como <nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso>”.

Y es que, con todo, la facultad oficiosa de que trata el art. 54 del CPT y de la SS, no escapa al principio de comunidad de las pruebas, según el cual, pertenecen al proceso y no a un sujeto determinado, por lo que para que puedan servir a ese interés, tiene que existir una justificación, la cual debe estar precedida de una decisión judicial emitida por el juzgador, para poder ejercer en la etapa de valoración probatoria el respectivo análisis, y así evitar sorprender a las partes con la simple excusa de su aparición en el expediente, con mayor razón, si lo que allí se encuentra no coincide con lo solicitado, como en este caso ocurrió, dado que lo que trajo el apoderado judicial de la cooperativa demandada, no fue lo que en la etapa de decreto de pruebas el juez avaló para que se aportara, por lo que faltó un pronunciamiento específico sobre las piezas que dicho litigante anexó, es decir, si pese a no referirse a lo que concretamente requirió la contraparte, de oficio era posible su incorporación, para servir en la apreciación de las pruebas.”

Bajo este parámetro legal y jurisprudencial, se advierte que los documentos vistos entre folios 152 a 819 no fueron incorporados como pruebas por parte del Juez en la etapa probatoria; los mismos, no solo dejaron de ser aportados en las dos etapas que tiene el actor (demanda y contestación), sino que tampoco solicitó en la audiencia del 10 de diciembre de 2018 que fueran incorporados alegando imposibilidad de allegarlos antes para que el juez accediera a esta petición. Apenas se advierte que, durante el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, se le pusieron en conocimiento 3 o 4 planillas contenidas de un total de 667 folios.

La imposibilidad de analizar probatoriamente estos documentos se desprende de que, una vez presentados por el interesado se abre la etapa de contradicción para que la demandada pueda tacharlos o desconocerlos y al

omitirse la misma, se trataría de pruebas que vulneran el debido proceso de la parte contra quien se oponen. De manera que, contrario a lo expuesto por la apelante, pueden obrar físicamente en el expediente y haber sido utilizadas en el despacho en el curso de la etapa probatoria; pero no se profirió auto incorporándolas al mismo, corriendo traslado de las mismas y por ende la ausencia de pronunciamiento expreso sobre su decreto como pruebas hace inviable su análisis probatorio.

Aclarado lo anterior, y siguiendo con el análisis de las pruebas reseñadas que sí fueron oportuna y regularmente aportadas al proceso, se advierte, que en los documentos anexos con la demanda no se deriva ningún medio de convicción que permita afirmar la existencia de servicios prestados por el actor a la empresa demandada; pues se trata de documentos clínicos, donde el único que refiere a TRANSGUASIMALES no proviene de dicha empresa y tampoco registra haberle sido entregado. Los memorandos de diferentes años entre 1998 y 2008, son de carácter general y nada permite inferir que se hayan dirigido al demandante.

Por otra parte, los documentos aportados con la contestación de la demanda, permiten entrever que entre las partes hubo 4 contratos de trabajo a término fijo, con solución de continuidad, entre el 18 de mayo de 2010 y el 8 de agosto de 2014, debidamente preavisados sobre la decisión de no prorrogarlos, debidamente liquidados y aceptados como suscritos por el actor; pero, desde la demanda se afirma, que estos instrumentos jurídicos fueron suscritos con la intención de disfrazar la realidad sobre el contrato verbal que de manera continua e ininterrumpida se ejecutó desde febrero de 1997 hasta agosto de 2014, por lo que solicita se aplique el principio de primacía de la realidad.

En ese sentido, si bien el actor aceptó haber suscrito los contratos de trabajo a término fijo, afirmó como condicionante que ello servía para desconocer la verdadera relación laboral que venía ejecutando ininterrumpidamente desde 1997; entrando a verificar si se da la confesión en los términos del artículo 196 del C.G.P., *“La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe”*; por ello como el actor condicionó su aceptación, no se configuró prueba de confesión; por lo que ahora procede la Sala a estudiar si efectivamente mediante los testimonios demostró esta prestación de servicio desde esa época y si los documentos suscritos, sirvieron para encubrir la realidad.

Sobre esta situación, se aportaron los testimonios de los señores JOSE RAMÓN ROZO SANDOVAL, NELSON JAVIER RODRÍGUEZ y BERNARDO FERREIRA CASTAÑEDA; de quienes el juez a *quo* concluyó, no se podía desprender suficiente conocimiento sobre los hechos alegados, a lo que se opone la apelante por estimar que sus declaraciones sí resultan suficientes para demostrar lo pretendido.

Estima la Sala que las conclusiones del juez de primera instancia, son desacertadas, pues de lo declarado por los tres testigos citados, se deriva suficiente información para dar convicción sobre el elemento de prestación de servicios que le basta acreditar al actor para acceder a sus pretensiones; en efecto, nótese que el señor ROZO SANDOVAL es claro al indicar, que laboró para la demandada como cajero entre los años 1993 y 2015, tiempo en el cual, conoció al actor inicialmente como hijo de un conductor y luego desde 1997 como control de despacho, lo que conoce porque desde su puesto,

percibía directamente la entrega de las planillas al finalizar la jornada laboral, indicando, que así fue hasta el mes de agosto de 2014, cuando el actor fue trasladado a la bomba de gasolina, lo que recuerda porque para la misma fecha él fue reasignado de cajero a control de despacho. Es decir, el testigo informa una versión coincidente con los hechos de la demanda y la expone desde su perspectiva, con conocimiento directo de la situación por su calidad de trabajador de la misma empresa en un puesto que le permitía percibir la entrega diaria del formato que certificaba su prestación de servicios.

Igualmente, el señor NELSON RODRÍGUEZ expuso, cómo entre los años 2001 y 2005 cuando laboró en el control de planillas de TRANSGUASIMALES S.A., conoció al actor porque ya laboraba allí en la misma labor y siguió cuando fue despedido, lo que pudo percibir porque durante dos años siguientes a su salida siguió viéndolo en su puesto por recurrir ese sitio, hasta que dejó de asistir a la misma ruta por cuestiones laborales. Versión que, si bien es parcial, permite corroborar la continuidad de servicios alegada en la demanda.

Finalmente, el señor BERNARDO FERREIRA coincidió con el primer testigo al exponer que entre 1999 y 2015 cuando ejerció como conductor de la empresa demandada, conoció al actor como el control de despacho de busetas, lo que percibía directamente porque era el que le daba la salida diaria y lo dejó de ver porque en algún momento lo retiraron para asignarlo a la bomba de gasolina.

Estima la Sala, que estas declaraciones son coincidentes y concordantes, al identificar al señor JHON ALEXANDER GARCÍA como control de despachos de las busetas de la empresa demandada, desde algún momento del año 1997 y hasta agosto de 2014; cada uno da su versión desde su perspectiva como empleados de TRANSGUASIMALES, percibiendo directamente la actividad ejecutada y refiriendo que la misma, fue continua, permanente y sin apreciar interrupción hasta el año de su finalización.

Respecto de la libre formación del convencimiento, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en proveído SL1261 de 2021 reitera lo explicado en SL2833 de 2017 sobre que *“los sentenciadores de instancia gozan de la «potestad legal de apreciar libremente la prueba» en los términos previstos en el citado artículo 61 del C.P. del T. y de la S.S., para, con ello, formar su convencimiento con base en el principio de la sana crítica, acerca de los hechos discutidos. Esto, con base en aquellos elementos de prueba que más los induzcan a hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias del juzgador sean lógicas y aceptables, por lo cual quedan abrigadas por la presunción de legalidad. De suerte que los jueces de instancia, conforme a esa potestad legal, pueden válidamente fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que les merezcan mayor persuasión o credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure un yerro”*.

Se debe tener en cuenta, que toda decisión judicial debe estar debidamente fundada a través de la inescindible relación entre los elementos fácticos con el material probatorio que genere la suficiente persuasión de credibilidad para que se configuren y resulten aplicables los presupuestos normativos que persiguen las partes. De manera que, probada la prestación del servicio, a la demandada le correspondía acreditar más allá de sus propias manifestaciones que la misma no existió antes del año 2010, pero la documental aportada solo evidencia la relación laboral desplegada entre ese

año y agosto de 2014 y el testigo citado, WILMER SERRANO, afirmó conocer al actor, pero no tener ningún conocimiento sobre su vinculación por no corresponder a sus funciones.

Ahora bien, que para lograr el éxito de sus pretensiones él trabajador debe acreditar, además de la prestación de servicios, los extremos temporales en que pudo haberse desarrollado la relación para acceder a las condenas respectivas, debido a que a los funcionarios judiciales les está vedado hacer suposiciones; no obstante, en sentencias como la SL5186 del 28 de noviembre de 2018 (Rad. 62.644 y M.P. JIMENA GODOY) también ha venido reiterando la Corte que los jueces en su papel de garantes de los derechos laborales, *“(...) deben procurar esclarecer los extremos temporales de la relación laboral cuando se tenga certeza sobre la prestación de un servicio en un lapso determinado, para de esa manera calcular y hacer efectivos los derechos laborales que le correspondan al trabajador demandante”* y reitera que, desde sentencia del 22 de marzo de 2006, rad. 25.580, se determina que aunque no esté precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, podría ser establecida en forma aproximada el lapso *“que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador”*.

En este caso, la documental permite establecer como aceptado por las partes que el actor dejó de prestar servicios a favor de TRANSGUASIMALES S.A. el día 4 de agosto de 2014, conforme a liquidación final vista a folio 71; respecto del extremo inicial, la declaración del testigo JOSÉ RAMÓN ROZO ubica el mismo en el año 1997, sin tener claro el mes y día, por lo que se debe entender que prestó servicios al menos un día de esa anualidad, es decir, que se tendrá como extremo inicial el 31 de diciembre de 1997.

Ahora bien, teniendo en cuenta que lo pretendido es la declaratoria de un contrato de trabajo único y sin solución de continuidad, alegando que los contratos a término fijo suscritos solo sirvieron para disfrazar la realidad; la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que, el contrato de trabajo a término fijo *«[...] es una de esas modalidades contractuales autorizadas por el legislador, que no ha perdido legitimidad y que puede ser utilizada libremente por el empleador de acuerdo a sus necesidades, dentro de los precisos límites establecidos legalmente»* (CSJ SL3535-2015).

Pero, también ha expresado que esa libertad de elegir la modalidad contractual no es absoluta para el empleador, en la medida en que ella no puede servir de mecanismo para desconocer los derechos de los trabajadores.

Ha dicho, asimismo, que el juez debe examinar si materialmente existió unicidad en el contrato de trabajo, para de allí extraer todas sus consecuencias, pues no en pocas ocasiones se han adoptado estas prácticas *«[...] con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, bien para favorecerse en la liquidación de las cesantías o para beneficiarse al momento de ejercer la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo»* (CSJ SL806-2013).

En la sentencia CSJ SL814-2018 explicó: *“Por ello, en conclusión, si bien las partes gozan de autonomía para suscribir contratos de trabajo a término fijo, así como para variar las condiciones de su vínculo laboral, en desarrollo del*

principio de la primacía de la realidad sobre las formas y de irrenunciabilidad de derechos laborales, esa novación de las condiciones del contrato de trabajo solo resulta válida si se corresponde con la realidad, es decir, si se identifica con un cambio real en el objeto del contrato o en sus condiciones y no se queda en el plano meramente formal, de manera que sirve como mera estratagema para eliminar garantías especiales para el trabajador”.

Igualmente, en proveído SL3759 de 2019 se señaló que “*la simple suscripción de otro tipo de contrato de trabajo (a término fijo), no podía generar per se las consecuencias de finalizar aquella relación laboral iniciada previamente y menos aún, sin las condiciones fácticas en las que se prestó el servicio y las condiciones que rodearon la actividad de la actora*”; explicando que el cambio de modalidad contractual debe ser representativo del principio de estabilidad en el empleo y la variación por obedecer a una grave afectación a ese postulado, debe generar una mejora en la calidad de la labor; de manera que “*lo propio en cada caso en que deba mutarse la modalidad de contrato que rige en una relación de trabajo corresponde a que cualquiera sea la modificación que deba introducirse, en cualquier vía, no sólo esté lo suficientemente justificada, sino que responda naturalmente a la materialidad del servicio en la práctica*”.

Concluye la Corte que “*también es una expresión del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades que cualquier mutación en la forma como se presta el servicio en una relación de trabajo se vea automáticamente reflejada en el contrato que la rige, así como es del caso que toda modificación contractual se irradie de forma inmediata en la manera como se ejecuta la actividad personal del trabajador*”.

En esa medida, como se evidenció que el actor prestó servicios de manera continua e ininterrumpida para la empresa demandada desde el año 1997 como controlador de despacho de busetas y ruta, sin que los contratos a término fijo variaran en manera alguna la labor inicialmente contratada, por lo que se concluye, que tanto, la suscripción de dichos instrumentos jurídicos solo sirvió para desconocer la antigüedad del trabajador y no correspondía a la realidad material aquí demostrada.

Por lo anteriormente expuesto, se revocará el numeral primero de la sentencia apelada y en su lugar, se declarará la existencia de un único contrato de trabajo realidad a término indefinido, entre JHON ALEXANDER GARCÍA como trabajador y La Empresa TRANSGUASIMALES S.A. como empleadora, entre el 31 de diciembre de 1997 y el 4 de agosto de 2014 en la labor de control de despacho y de ruta, devengando un salario mínimo mensual legal vigente.

Procede entonces la Sala a resolver las pretensiones condenatorias de manera individual, previo a lo cual debe establecerse si procede la excepción de prescripción propuesta por la demandada. Conforme a los artículos 488 del C.S.T. y 115 del C.P.T.Y.S.S., el trabajador cuenta con 3 años para reclamar sus derechos laborales para evitar que se vieran afectados por el fenómeno prescriptivo, renovables por otro período igual cuando se reclama directamente al empleador.

Para este caso, la relación laboral finalizó el 4 de agosto de 2014 y se presentó reclamación laboral el 21 de octubre de 2016, con lo que se interrumpió por única vez el término prescriptivo; por lo que según la regla general se

declararán prescritos los derechos laborales anteriores al 21 de octubre de 2013, aunque se procederá a evaluar de acuerdo con las respectivas fechas de causación de las pretensiones enlistadas a folios 48 y 49, a discriminar así:

1. Reajuste de Salarios

Al respecto, desde la demanda manifestó el demandante que, durante la relación laboral, el empleador TRANSGUASIMALES no cancelaba directamente el salario sino que se conformaba a partir de las propinas que le entregaban los conductores de busetas y por lo tanto debe proceder a cubrir las diferencias salariales adeudadas.

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

Entre los principios que orientan el Derecho Procesal Colombiano, es de recibo el de la necesidad de la prueba, el cual está contemplado en el artículo 164 del C.G.P., que a su letra dice: “...*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho*”. A la vez hace lo suyo en materia laboral, el artículo 60 de C.P.T.S.S. que expresa:

“(...) El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas a tiempo”.

De esta manera, según las liquidaciones de prestaciones sociales suscritas a folios 71, 72, 75, 76, 80, 81, 84 y 85, el actor percibió anualmente los conceptos salariales íntegros y si bien los testigos señalaron que efectivamente les constaba que el actor percibía propinas de los conductores, al tiempo expresaron que no tenían conocimiento directo de aspectos como la retribución salarial. Por lo que el actor no acreditó los supuestos de hecho enunciados, mientras el demandado sí aportó documentos suscritos por él aseverando haber recibido los conceptos salariales y ante ello, la Sala no accederá a esta pretensión.

2. Auxilio de Cesantías

En primera medida, se advierte que el auxilio de cesantías se causa íntegramente con la terminación del contrato de trabajo, esto es el 4 de agosto de 2014, por lo que no está afectada por la prescripción; como segundo punto, en las liquidaciones de prestaciones sociales suscritas a folios 71, 72, 75, 76, 80, 81, 84 y 85 se evidencia el reconocimiento anual de cesantías al actor en el curso de los últimos periodos correspondientes a los contratos a término fijo.

Debe recordarse que el artículo 254 del C.S.T. prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo y de hacerlos, impone la pérdida de las sumas pagadas; en este caso, dichos documentos contienen un pago por los días posteriores al 14 de febrero de cada anualidad y descuenta los días laborados antes de

dicha fecha, anexando autorización para retirar las cesantías pagadas al fondo PROTECCIÓN. No obstante, no certificó por un medio de prueba idóneo el valor de las cesantías que pudo haber consignado y la fecha en que lo realizó, por lo que estos pagos no fueron demostrados para ser declarados.

En consecuencia, según el período declarado se adeuda un total de \$6.740.441,57, discriminado de la siguiente manera:

Año	Salario	Días laborados	Cesantías
1997	\$ 172.005,00	1	\$ 477,79
1998	\$ 203.826,00	360	\$ 203.826,00
1999	\$ 236.460,00	360	\$ 236.460,00
2000	\$ 260.100,00	360	\$ 260.100,00
2001	\$ 286.000,00	360	\$ 286.000,00
2002	\$ 309.000,00	360	\$ 309.000,00
2003	\$ 332.000,00	360	\$ 332.000,00
2004	\$ 358.000,00	360	\$ 358.000,00
2005	\$ 381.500,00	360	\$ 381.500,00
2006	\$ 408.000,00	360	\$ 408.000,00
2007	\$ 433.700,00	360	\$ 433.700,00
2008	\$ 461.500,00	360	\$ 461.500,00
2009	\$ 496.900,00	360	\$ 496.900,00
2010	\$ 515.000,00	360	\$ 515.000,00
2011	\$ 535.600,00	360	\$ 535.600,00
2012	\$ 566.700,00	360	\$ 566.700,00
2013	\$ 589.500,00	360	\$ 589.500,00
2014	\$ 616.000,00	214	\$ 366.177,78
			\$ 6.740.441,57

3. Intereses a las cesantías

De conformidad con el numeral segundo del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe cancelar al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, prestación creada desde la Ley 52 de 1975 y el Decreto 116 de 1976, señaló que estos debían cancelarse en el mes de enero del año siguiente al que se causaron; en esa medida, su causación es el 31 de enero de cada año, quedando afectados por prescripción los generados antes del 21 de octubre de 2013.

Es decir, solo son exigibles los intereses a cesantías del año 2013 causados el 31 de enero de 2014 que equivalen a la suma de \$70.740 y los del año 2014, causados el día de la finalización del contrato, liquidados en \$43.941,33.

Ahora bien, estos valores fueron cancelados en las liquidaciones aportadas y fueron aceptados como percibidos por el trabajador en su interrogatorio, sin que exista norma que imponga su pérdida como en el caso anterior; a folio 71 se advierte que por el año 2014 se cancelaron \$29.173 y del año anterior a folio 75 se evidencia el pago por \$20.020; es decir es exigible el valor de \$114.681,33 y se probó el pago de \$49.193, por lo que se condenará al pago de la diferencia por saldo insoluto de \$65.488,33.

4. Vacaciones

Para el caso de las vacaciones, se advierte que estas se causan tras cada año de servicio completo y prescriben dentro de los 3 años siguientes al que se pueden reclamar; en ese sentido, como la relación laboral se declaró iniciada el 31 de diciembre de 1997, cada año a partir del 1 de enero se causaban vacaciones a favor del trabajador que podía exigir en el curso del año entero siguiente. Es decir, que no se encuentran afectadas por prescripción las vacaciones no compensadas y exigibles para el 4 de agosto de 2013, que corresponden a los períodos del 1 de enero al 31 de diciembre de 2012, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2013 y del 1 de enero al 4 de agosto de 2014; respecto de los cuáles se adeuda un total de \$761.188,89, liquidados de la siguiente manera:

Año	Salario	Días laborados	Vacaciones
2012	\$ 566.700,00	360	\$ 283.350,00
2013	\$ 589.500,00	360	\$ 294.750,00
2014	\$ 616.000,00	214	\$ 183.088,89
			\$ 761.188,89

5. Indemnización por despido injusto

En el presente caso, el *a quo* estimó que la condena no procedía porque según el documento visto a folio 70, al actor se le preavisó debidamente la decisión de no prorrogar el contrato a término fijo iniciado el 6 de agosto de 2013; sin embargo, como se ha declarado la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y no se puede aceptar la expiración del plazo fijo pactado como justa causa para su finalización, estando demostrado que fue el empleador quien decidió terminar unilateralmente el vínculo sin una justificación aceptable, es procedente acceder a esta pretensión.

Conforme al artículo 64 del C.S.T., le corresponden al actor por este concepto un equivalente a 30 días de salario por el primer año de servicio y 20 días adicionales por cada año subsiguiente; como se declaró una relación laboral por 16 años y 215 días de servicios, esto equivale a 341,94 días de salario como indemnización por despido injusto, que de acuerdo al salario final de \$616.000 mensuales (\$20.533,33 diario) equivale a una condena por \$7.021.167,99.

6. Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990.

En el aparte de pretensiones la parte demandante solicita la indemnización por no consignación oportuna de las cesantías en el fondo respectivo de que trata el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria del artículo 65 de C.S.T. por no cancelar las prestaciones al finalizar la relación laboral.

Al respecto, sobre la naturaleza de cualquier indemnización moratoria, se traerá a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-1091 de 2018 al indicar que esta condena: *“tiene un carácter eminentemente sancionatorio, pues se genera cuando quiera que el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral”*. Igualmente, ha sido agregado por la

jurisprudencia *“que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador; esta noción que rechaza la aplicación automática de la indemnización moratoria se extiende a la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, indicando la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que “para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago”.*

Ante ello, no existe un parámetro objetivo para determinar la buena fe del empleador para no cancelar las prestaciones laborales respectivas al trabajador cuando ha finalizado la relación laboral, sino que compete al juzgador establecer si existió alguna justificación que permita entrever que el empleador entendía que no estaba obligado a cancelar los derechos reconocidos, o que estaba convencido de que existían serias razones objetivas y jurídicas para abstenerse de hacer los pagos.

Sobre la forma de valorar la mala fe, la sentencia SL11436 del 29 de junio de 2016 (Rad. 45.536 y M.P. GERARDO BOTERO) hace un recorrido sobre los precedentes que debe seguir todo funcionario judicial al estudiar la imposición de la indemnización moratoria; destacando que el simple desconocimiento del contrato de trabajo al contestar no sirve para absolver al empleador, ni la declaración genera automáticamente la condena a favor del trabajador pues *“se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo”* para definir la buena o mala fe.

Algunos elementos a tener en cuenta son la conducta del empleador, tanto en el desarrollo de la relación como con su finalización, esto es, *“en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder”*, recordando que en decisiones previas se dieron algunos parámetros como la necesidad de evaluar *“si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos”*, también si *“éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento”*.

En el presente caso se tiene que la demandada TRANSGUASIMALES S.A. no solo negó la existencia de un contrato laboral desde 1997 que finalmente se demostró, sino que además se evidenció la suscripción de contratos a término fijo que tenían la finalidad de encubrir la realidad de la relación ejecutada y desvirtuar la antigüedad que llevaba el trabajador; lo que no puede en manera alguna identificarse como una actitud de buena fe. Además sobre este precepto de contratos a término fijo liquidaba parcialmente las pretensiones entre los años 2011 y 2014, desconociendo el verdadero parámetro para su reconocimiento.

Reconocida así la mala fe del empleador demandado, el artículo 99 de la ley 50 de 1990 establece que:

“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía

que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”;

En esta medida, se advierte que se encuentran afectadas por prescripción las sanciones por no consignación de cesantías causadas antes del 21 de octubre de 2013 y solo procedería la misma por las cesantías del año 2013 que debieron consignarse el 14 de febrero de 2014. Como se dijo previamente, a folio 71 se afirma que hubo una consignación de \$265.933 al fondo PROTECCIÓN, y se aporta una carta autorizando su retiro, pero no se demostró que dicho pago efectivamente se hiciera ni la fecha de su consignación, por lo que el demandado no cumplió con la carga de la prueba para evitar esta condena.

En consecuencia, se generó un día de salario por cada día de retardo entre el 15 de febrero de 2014 hasta el día del despido, 4 de agosto de 2014; por un total de 169 días, conforme al salario del año 2013 declarado en \$589.500,00 mensuales (\$19.650 diarios), equivale a una condena por \$3.320.850.

Respecto de las cesantías del año 2014, como el contrato finalizó el 8 de agosto de 2014, no se causó el deber de consignarlas pues debían pagarse directamente al trabajador.

Finalmente, se procede a aplicar los parámetros del artículo 65 del C.S.T. tratándose de un salario mínimo mensual legal vigente, esto es una suma igual al último salario diario por cada día de retardo; de acuerdo al salario final de \$616.000 mensuales, equivale a \$20.533,33 diarios desde el 5 de agosto de 2014, que a la fecha de esta providencia (28 de junio de 2021), habiendo transcurrido 2483 días, asciende a la suma de \$50.984.258,39. Sin perjuicio de lo que se siga causando hasta la fecha de pago efectivo.

Adicionalmente, la parte actora solicita el reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, lo que no procede al no estar contemplados en el ordenamiento jurídico laboral.

7. Aportes al sistema general de seguridad social

Aunque en el curso del proceso se evidenció que en algunos períodos el actor cotizó como independiente y a través de una cooperativa, con solo pagos realizados por la demandada en los períodos alegados como contrato a término fijo, se advierte que la empleadora incumplió la obligación de cotizar a pensiones según lo prevé el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, por tratarse de un derecho cierto e irrenunciable es procedente ordenar que la parte demandada realice las cotizaciones a pensión a favor de la demandante por el citado período del 31 de diciembre de 1997 al 30 de abril de 2010 en COLPENSIONES y corrija las inconsistencias u omisiones en el período del 1 de mayo de 2010 al 4 de agosto de 2014 que realizó cotizaciones incompletas, teniendo en cuenta con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por la entidad respectiva, para lo cual se deberán tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento del actor, y el salario percibido equivalente al mínimo mensual legal vigente para cada anualidad.

Finalmente se declararán no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DEL CONTRATO, COBRO DE LO NO DEBIDO, MALA FE DEL ACTOR, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA y

CARENCIA DE LA ACCIÓN; y solo parcialmente probada la PRESCRIPCIÓN; así mismo por haber prosperado el recurso de apelación de la parte actora, se condenará en costas de ambas instancias a la demandada y se fijarán como agencias en derecho de segunda instancia a favor del actor la suma de 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero y tercero de la sentencia impugnada de fecha sentencia del 29 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia y en su lugar **DECLARAR** la existencia de un único contrato de trabajo realidad a término indefinido, entre JHON ALEXANDER GARCÍA como trabajador y la empresa TRANSGUASIMALES S.A. como empleador, entre el 31 de diciembre de 1997 y el 4 de agosto de 2014 en la labor de control de despacho y de ruta, devengando un salario mínimo mensual legal vigente.

SEGUNDO: CONFIRMAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la providencia apelada, en lo correspondiente a la prosperidad parcial de la excepción de prescripción por las prestaciones causadas antes del 21 de octubre de 2013; revocar la absolución total impartida y en su lugar, **CONDENAR** a TRANSGUASIMALES S.A. a reconocer y pagar al señor JHON ALEXANDER GARCÍA los siguientes conceptos:

- a. Cesantías por \$6.740.441,57
- b. Intereses a cesantías por saldo insoluto de \$65.488,33
- c. Vacaciones por \$761.188,89
- d. Indemnización por despido injusto por \$7.021.167,99
- e. Indemnización por no consignación de las cesantías de 2013 por \$3.320.850
- f. Indemnización moratoria equivalente a \$20.533,33 diarios desde el 5 de agosto de 2014, que a la fecha de esta providencia (28 de junio de 2021), habiendo transcurrido 2483 días, asciende a la suma de \$50.984.258,39. Sin perjuicio de lo que se siga causando hasta la fecha de pago efectivo.
- g. Al pago de la suma correspondiente para cubrir en COLPENSIONES las cotizaciones de los periodos comprendidos del 31 de diciembre de 1997 al 30 de abril de 2010 en su totalidad y para corregir las inconsistencias u omisiones en el periodo del 1 de mayo de 2010 al 4 de agosto de 2014 que realizó cotizaciones incompletas, con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por la entidad a que esté afiliado o elija el trabajador, para lo cual se deberán tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento del actor, y el salario percibido equivalente al mínimo mensual legal vigente para cada anualidad.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DEL CONTRATO, COBRO DE LO NO DEBIDO, MALA FE DEL ACTOR,

INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA y
CARENCIA DE LA ACCIÓN.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas
en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada.
Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia a favor del
demandante el equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales
vigentes.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por
ESTADO No. 069, fijado hoy en la Secretaría de este
Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de junio de
2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintinueve (29) de Junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-3105-003-2019-00118-01
RADICADO INTERNO:	19.245
DEMANDANTE:	IVÁN ALFREDO GARCÍA RUBIO
DEMANDADO:	ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A

Magistrada Ponente:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra del auto del veinticuatro (24) de febrero de dos mil veinte (2020), mediante el cual el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta se rechazó la contestación a la demanda por extemporánea; a continuación, se dicta el siguiente:

AUTO

1. Antecedentes

El señor IVÁN ALFREDO GARCÍA RUBIO presentó el 2 de abril de 2019, demanda ordinaria laboral contra la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, solicitando que se declare que sus patologías son de origen laboral como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el 31 de julio de 2017, y en consecuencia, se reconozca y pague la pensión de invalidez junto con los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales dejadas de percibir por la demandante; así como el reajuste del subsidio de incapacidad médica por accidente de trabajo que fueron reconocidas por la EPS MEDIMAS con base en el último IBC, (folio 3 a 7).

Mediante providencia del 10 de abril de 2019, se admitió la demanda ordinaria laboral promovida por el Señor IVAN ALFREDO GARCÍA RUBIO en contra de la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., disponiendo el traslado de la demanda al representante legal de la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., o por quien haga sus veces, a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y a la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, por el término de diez (10) días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del C.P.L., (Folio 36).

El día 22 de abril de 2019, se envió oficio de comunicación para diligencia de notificación personal al señor ALVARO HERNÁN VÉLEZ MILLÁN, como

representante legal de la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., la cual fue recibida el día 23 de abril de 2019, (folio 38)

Seguidamente, la demandada ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. mediante escrito radicado el 28 de mayo de 2019, da contestación a la demanda; sin embargo, mediante providencia del 24 de febrero de 2020, la jueza *a quo* rechaza por extemporánea la contestación a la demanda presentada por la apoderada de la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, por lo que la demandada interpone recurso de apelación contra dicha decisión, el cual fue concedido en el efecto suspensivo en auto del 2 de marzo de 2020, (folios 116, y 122 a 126).

2. Decisión que se pretende recurrir

Mediante auto del 24 de febrero de 2020, la *a quo* dio por no contestada la demanda por parte de la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., debido a que la contestación fue presentada por fuera del término legal, (folio 116).

3. Recurso de apelación

La apoderada de la demandada ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, presentó recurso de apelación en contra la decisión de rechazar la contestación a la demanda por extemporánea, con fundamento en lo siguiente:

- Que el 23 de abril de 2019, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. fue notificada de la demanda propuesta por el Señor IVÁN ALFREDO GARCÍA RUBIO.
- Que la Agencia Nacional de Defensa del Estado, fue notificada, en oficio del 22 de abril de 2019, y se entendió surtida después de veinticinco (25) días, por lo que el término a tener en cuenta es desde el 24 de abril de 2019, hasta el 29 de mayo de 2019.
- Que la contestación a la demanda por parte de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., se realizó el 28 de mayo de 2019, y teniendo en cuenta que el término de traslado de la demanda, es un término común, según lo establece el artículo 74 del CP.L., por lo que la juez de instancia debió reconocerle el mismo término de traslado de 25 días de la Agencia Nacional de Defensa del Estado.

4. Alegatos de conclusión

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

La apoderada de POSITIVA indicó que el artículo 612 del CGP establece que, las notificaciones para las Entidades del Estado, entre ellas, la citada AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA DEL ESTADO, contempla un traslado de veinticinco (25) días después de la última notificación, término dentro del cual, no se adelantará ningún trámite procesal, porque, el término se encuentra suspendido hasta tanto se corra traslado común para la contestación de la demanda.

Con fundamento en lo anterior solicita se revoque el Auto que rechaza por extemporánea la contestación de la demanda, teniendo en cuenta que el día

20 de agosto de 2019, se realizó la última notificación, y Colpensiones adelantó la contestación de la demanda el 28 de mayo de 2019, cuando aún estaba corriendo el término de los veinticinco (25) días para la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA DEL ESTADO y cuando aún no se había notificado el señor PROCURADOR, que fue notificado el 20 de agosto de 2019, y por lo tanto, considera que el término para contestar la demanda en los procesos ordinarios laborales debe ser un traslado común de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Procesal del Trabajo, norma especial del ordenamiento y en consecuencia, el auto expedido el 24 de febrero de 2020, deberá ser revocado, en su artículo 2 y declarar que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, adelantó la contestación de la demanda, dentro del término legal establecido.

5. Consideraciones del despacho

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

Como viene de verse, en el presente caso la parte demandada solicita que se revoque el numeral 2° del auto del 24 de febrero de 2020, por el cual se rechazó la contestación de la demanda por extemporánea; señalando la apelante que el término de traslado de la demanda es común y la juez de instancia debió reconocerle el mismo término de traslado de la Agencia Nacional de Defensa del Estado, esto es, de veinticinco días y no, diez.

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

En este caso, del expediente se observa que el representante legal de la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., fue notificado de la demanda el 23 de abril de 2019, acto en el cual se le indicó que se trataba de un proceso ordinario laboral de primera instancia, advirtiéndole que la notificación como tal, quedaría surtida cinco (5) días después de la fecha de recibida, esto es, el 30 de abril de 2019, y a partir de la cual, empezaría a correr el término de traslado que es de diez (10) días, los cuales vencieron el 15 de mayo de 2019.

Sin embargo, la recurrente considera que el término de traslado de la demanda es común, por lo que la juez de instancia debió reconocerle veinticinco (25) días, como se reconoció a la Agencia Nacional de Defensa del Estado, y no el término de diez (10).

Frente a este argumento debe señalarse, que el término de traslado de la demanda en materia laboral se encuentra regulado expresamente en el artículo 74 del C.P.L., el cual dispone que el término de traslado de la demanda al demandado o demandados para que la contesten es “*por un término común de diez (10) días*”.

Sin embargo, en los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción en donde sea demandada una entidad pública, por disposición del artículo 612 del CGP deberá notificarse también a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a quien el término de traslado de la demanda será de veinticinco (25) días después de surtida la notificación.

Por ende, no puede la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. pretender que se le aplique el mismo término de traslado de la demanda dispuesto en el artículo 612 del C.G.P, exclusivamente para entidades públicas.

En consecuencia, al disponer el artículo 74 del C.P.L., que el término de traslado de la demanda para el demandado o demandados es de diez (10) días, y evidenciarse que la demandada ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., contestó la demanda el 28 de mayo de 2019, por fuera del término, era razonable dar como no contestada la demanda.

Fluye de lo expuesto que se confirmará el auto del 24 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, por las razones antes expuestas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto impugnado del veinticuatro (24) de febrero de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 069, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de junio 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 Tercero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001-31-05003-2019-00273

Partida Tribunal: 19267

Demandante: OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN

Demandada(o): COLPENSIONES / AFP PORVENIR

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

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

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a surtir el grado jurisdiccional de consulta y resolver los recursos de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado 54001-31-05003-2019-00273 y partida de este Tribunal Superior No. 19267 promovido por la señora OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A. y AFP PORVENIR S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN 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 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.

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 17 de enero de 1959.
2. Que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 01 de septiembre de 1988, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS).
3. Que en febrero de 1995 realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro.
4. Que el día 24 de enero de 2019 recibió de PORVENIR la primera simulación mesada pensional. Valor de: MILLÓN TRECIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS PESOS (\$1.302.600).
5. Que solicito ante PORVENIR S.A. el 13 de junio de 2019 todas las pruebas respecto a la documentación pertinente realizada durante el traslado y el 07 de junio de 2019 le fueron entregados 45 folios.

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, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

Por su parte, **PORVENIR** 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 TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 10 de marzo de 20201, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN a PORVENIRS.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, el actor nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIRS.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que valide la afiliación de la demandante OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIRS.A., para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho eventualmente la demandante.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

SEXTO: CONSULTAR la providencia a favor de COLPENSIONES, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS.

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. En relación a

lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por un valor mucho menor de mantenerse en el régimen, dónde se está saltando la libertad de voluntad de escoger libremente el fondo por la parte interesada del afiliado, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación, manifestando que la señora OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN se afilió y se trasladó de régimen libremente y en toda su capacidad. Que han pasado 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

Que PORVENIR suministró esta información y que no hay ningún método idóneo o método probatorio que pueda demostrar una situación diferente, por cuanto esto no le era exigible a los fondos privados en el momento del traslado. Que el motivo del traslado es el valor o monto pensional, que varía por condiciones ajenas a la afiliación por uno u otro régimen, no es directamente proporcional, afirmando que la demandante no reúne los requisitos; aunado al desequilibrio financiero que genera en el régimen de pensiones con esta decisión.

PORVENIR S.A. Indicó que el traslado de régimen fue efectuado el 07 de noviembre del 2001, y para esa época, se encontraban vigentes las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero, el Artículo 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 Artículo 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 Artículo 11 del decreto 692 del 94 establecía que como prueba única, la suscripción de 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, elaboró dicho formulario el cual fue manuscrito por la 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 2001 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; considerando que se incurre en una injusticia de parte del sistema judicial por no reconocer los gastos en los que incurrió el fondo, siendo claro que, el art. 964 del Código Civil inciso final dice: “*En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos*”. Además, este acápite no fue solicitado por la demandante, sino por el Ministerio Público.

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.

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:

El apoderado judicial de la demandante solicitó confirmar en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia, porque la demandante no recibió del fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., la información necesaria, ni pertinente, para efectuar el traslado del régimen, de conformidad con lo previsto en el artículo, 13 de la Ley 100 en el que se destaca en su literal b) que la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, pues de lo contrario, «la afiliación respectiva quedará sin efecto», la cual debe ser precedida de información clara, tal y como ha adocinado la

Corte Suprema de Justicia, y el artículo 271 de la ley 100 de 1993, donde establece la ineficacia como esa consecuencia jurídica para esta falta de información.

PORVENIR S.A. solicitó que la sentencia sea revocada en su totalidad, ratificando el recurso de apelación en el sentido de alegar que para la fecha en que ocurrió el traslado de régimen, no existían requisitos que la jurisprudencia actual sostiene sobre el consentimiento informado. Que, en el caso de confirmarse la decisión, únicamente procede la devolución de los aportes, pero no de respecto a la comisión de administración, descuentos autorizados por la ley en contraprestación del buen servicio. Tampoco es procedente la devolución del SEGURO PROVISIONAL.

COLPENSIONES ratifica el recurso de alzada y alega que la carga de la prueba respecto al presunto engaño en la información al momento de traslado de régimen de la demandante, y en este caso cumplió con la obligación procesal, siendo el silencio, la aceptación en el tiempo, que para el caso de la demandante supera los 10 años. Solicitó sea analizada la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral No. 4 de la CSJ de radicado 73952 SL1120/2020 Magistrada Ponente Doctora Ana María Muñoz Segura. Que de conformidad con 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. Alega la falta de legitimación por activa de Colpensiones, respecto a una indebida asesoría, un supuesto engaño ni un vicio en el consentimiento generado por la(s) Administradora(s) de Fondo(s) de Pensiones del RAIS, discutida por la parte demandante al momento de la asesoría que tuvo como resultado el traslado de régimen pensional y la suscripción del formulario de afiliación al fondo privado, correspondiéndole esta obligación únicamente a la demandante, y al (los) fondo (s) privado (s) del régimen pensional al que pertenece, por lo cual, no existe legitimación en la causa por pasiva para demandar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

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

VII. CONSIDERACIONES

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.

Así las cosas, el **Problema Jurídico** a resolver se reduce a establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN desde COLPENSIONES - RPMPD- a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.–RAIS-; en tal caso, determinar las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –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, 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 PORVENIR 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 OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, se rememora 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.

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 administran 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 OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN 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 las anteriores consideraciones y con el objeto de dar respuesta al recurso de apelación de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respecto a **la demostración de un consentimiento informado** en el traslado de régimen, se tiene que en reiterados pronunciamientos proferidos por esta Sala en consideración a las indicaciones del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, se ha dicho que, es responsabilidad de las Administradoras del Fondo de Pensiones, acreditar que el afiliado recibió la información completa, eficaz, clara y precisa, ya que la manifestación del afiliado constituye un ***supuesto negativo*** que no podrá ser demostrado por quien lo invoca, sino mediante una ***supuesto positivo contrario***, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta.

«Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (SL1688-2019).

De tal manera se tiene que, la demandante OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones el 01 de septiembre de 1988, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), **que el 07 de noviembre del 2001 realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida**, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro. Este hecho que se acredita mediante el formulario visto a folio 37 del expediente, el cual fue suscrito por la demandante, dejándose plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que **“hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la**

administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCION S.A. para que administre mis aportes pensionales...”, circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, “*sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*”. (ver sentencia SL19447-2017).

Así las cosas, afirmaciones tales que señala el formulario de folio 37, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

De manera tal, 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.

Conforme con lo expuesto, el primer problema jurídico quedará resuelto en forma desfavorable a los recurrentes COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.; reiterándose que, 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.

Además, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, la demandante 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 OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN por lo que, en esta instancia se **CONFIRMARÁ** lo resuelto por el juez A quo.

Por otra parte, COLPENSIONES en los alegatos de conclusión de segunda instancia, solicita el análisis de la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral en Descongestión N.04 de la Corte Suprema de Justicia de radicado N.73952 SL1120 del 25 de marzo de 2020 M.P. Doctora Ana María Muñoz Segura, siendo necesario proceder a dicho estudio, sin embargo, esta Sala ya realizó pronunciamiento respecto de la misma petición en la sentencia de Partida 19166 de mayo de 2021, donde se concluye que, ante la falta de estudio de fondo por parte de la Sala de Casación respecto al asunto, no era posible asumirla como PRECEDENTE VINCULANTE un pronunciamiento dado por jueces colegiados de otro Distrito Judicial, en primer lugar, porque la decisión no fue analizada de fondo por la Corte Suprema de Justicia y, en segundo lugar, porque los supuestos fácticos en la mencionada sentencia, en nada se asimilan a los alegados en este asunto, razón por la que, la petición de COLPENSIONES no prospera.

Montos a restituir

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR, 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 noviembre del 2001**, 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 ., 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 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 S.A. las cosas deben retrotraerse, 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. Por lo tanto, se ratificará en su totalidad los ordinales tercero y cuarto de la sentencia apelada y consultada.

Por último y a pesar de no ser objeto de los recursos de apelación, la **excepción de prescripción formulada por las demandadas**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, 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. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

VIII. DECISIÓN DE LA SALA

Por las motivaciones expuestas en esta providencia queda resuelto el problema jurídico planteado en forma desfavorable a los recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en consecuencia, se **CONFIRMARÁ** en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 10 de marzo de 2021, ACLARANDO que la INEFICACIA del traslado de régimen realizada por la demandante OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN desde el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad

administrado por la AFP PROTECCION S.A, es a partir del **07 de noviembre de 2001**.

Se condenará en costas de segunda instancia a LA AFP PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada, fijando como agencias en derecho a su cargo, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000.00) para cada una y a favor de la demandante OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

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,

IX. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de marzo de 2021, ACLARANDO que la INEFICACIA del traslado de régimen realizada por la demandante OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN desde el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A, es a partir del **07 de noviembre de 2001**.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a LA AFP PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada, y fijar como agencias en derecho a su cargo, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000.00), para cada una y a favor de la demandante OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

NOTIFÍQUESE

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Tercero Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54001-31-05003-2019-00273
Partida Tribunal: 19267
Demandante: OLGA PATRICIA OMAÑA HERRAN
Demandada(o): COLPENSIONES / AFP PORVENIR
Tema: NULIDAD DE TRASLADO
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

ELVER NARANJO
MAGISTRADO

NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 069, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de junio 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 Tercero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54001-31-05003-2020-00014

Partida Tribunal: 19221

Demandante: RICARDO ECHEVERRY QUINTERO

Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR S.A.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, **veintinueve (29)** de junio de dos mil veintiunos (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día **10 de febrero 2021**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54001-31-05003-2020-00014 y partida de este Tribunal Superior No. 19221 promovido por el señor RICARDO ECHEVERRY QUINTERO 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

El demandante RICARDO ECHEVERRY QUINTERO 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 CESANTIAS 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.

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:

Que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones en el mes de febrero de 1985, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS). Que nació el 23 de enero de 1966, que según historia laboral en pensiones cuenta con 1728 semanas de cotización a la fecha. Que el 28 de marzo del 2000, cuando se encontraba trabajando para la empresa Equipos y Cimentaciones S.A. le solicitaron afiliarse a PORVENIR y mediante la suscripción de un formato realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, bajo inscripción No.01342360, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro. Que el 13 de septiembre de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen que fue rechazada y que PORVENIR no dio respuesta de fondo respecto a su solicitud; en consecuencia, el 15 de noviembre de 2019 interpuso demanda ordinaria laboral.

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 el 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 el 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 el 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 TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 10 de febrero del 2021, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor RICARDO ECHEVERRY QUINTERO a PORVENIR S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, el actor nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones recibidas del demandante, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que valide la afiliación de la demandante RICARDO ECHEVERRY QUINTERO, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho eventualmente la demandante.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas...”

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. En relación a

lo anterior, para el despacho la entidad demandada PORVENIR S.A. como Administradora de Fondo de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tenía la obligación de demostrar que en la fecha en que el actor solicitó su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le suministró información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, que comprendiera no únicamente los beneficios sino los riesgos que este implicaba. Sin embargo, en este caso, únicamente aportó el formulario de solicitud de vinculación suscrito por la demandante, pero tal documento no es suficiente para demostrar la validez del traslado, como ha sido explicado suficientemente por la jurisprudencia.

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 la ineficacia del traslado no es procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que el señor RICARDO ECHEVERRY QUINTERO estaba capacitado para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen. Señala que han pasado 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen. Señala que la carga de la prueba es dinámica, y que el demandante no presentó actos recientes de voluntad de traslado al régimen de prima media.

Que la decisión de primera instancia, genera inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que, el demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, trasgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100 de 1993.

PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Alegó que el traslado de régimen fue efectuado en el año de 2000, y para esa época, se encontraban vigentes las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero, el Artículo 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 Artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

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 Artículo 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 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 el 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 2000 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”*. También, señala que este acápite no fue solicitado por el demandante, sino por el Ministerio Público.

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 del señor 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.

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.** Solicita confirmar la sentencia de primera instancia, porque los Fondos Privados de Pensiones no pudieron probar que hayan suministrado la información al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes del cumplimiento de los 51 años de edad del demandante. Que los asesores de estas AFP, utilizaron mentiras y engaños para que pudiera trasladarse y mantenerse en su sistema.
- 2. PARTE DEMANDADA.** PORVENIR S.A, insistió en los argumentos del recurso de apelación, alegando que las pruebas no desacreditan la información recibida por el afiliado; que no es procedente acceder a la devolución o restitución del capital pensional con rendimientos, considerando que desconoce el principio de buena fe, por ser legítimo que el fondo pueda descontar los costos de administración. Que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece que el 3% de la cotización realizada al Sistema General de Pensiones se destinará a financiar los gastos de administración, por lo que, ordenar devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por gastos de administración, por el periodo en que el actor permaneció afiliado a la administradora, resulta inequitativo con el Fondo, toda vez que lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado al Fondo, tales como la remisión de extractos, la disposición de canales de atención de los afiliados, la inversión de los recursos, cuya diligencia es precisamente el origen de los rendimientos de sus aportes generados en ese espacio de tiempo. Por último, allega el Concepto 2019152169-003-000 de la Super Financiera de Colombia.
- 3. COLPENSIONES** insiste en que el señor RICARDO ECHEVERRY QUINTERO no probó 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. Resaltó lo decidido en Sentencia SL 1120 de 2020 radicado No. 73952, Magistrada Ponente: ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA, y considera que opera la falta de legitimación por pasiva.

VII. CONSIDERACIONES

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.

Así las cosas, el **Problema Jurídico** a resolver se reduce a establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante RICARDO ECHEVERRY QUINTERO desde COLPENSIONES -RPMPD- a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.–RAIS-; en tal caso, determinar las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-.

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 del 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 del señor RICARDO ECHEVERRY QUINTERO para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, se rememora 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.

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 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 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, el señor RICARDO ECHEVERRY QUINTERO afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR S.A., lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

Caso concreto

Bajo las anteriores consideraciones y con el objeto de dar respuesta a los recursos de apelación de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respecto a **la demostración de un consentimiento informado** en el traslado de régimen, se tiene que en reiterados pronunciamientos proferidos por esta Sala en consideración a las indicaciones del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, se ha dicho que, es responsabilidad de las Administradoras del Fondo de Pensiones, acreditar que el afiliado recibió la información completa, eficaz, clara y precisa, ya que la manifestación del afiliado constituye un **supuesto negativo** que no podrá ser demostrado por quien lo invoca, sino mediante un **supuesto positivo contrario**, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta.

«Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» (SL1688-2019).

Así las cosas, se tiene que el demandante RICARDO ECHEVERRY QUINTERO ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones en el mes de febrero de 1985, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y arguye que, en el mes de marzo del año 2000 fue vinculado al RAIS, mediante el traslado del régimen a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, hecho que se acreditó con la suscripción del formulario No. 01342360, visto a folio 36 del expediente (47 del expediente digital), el cual fue firmado por el demandante, dejándose plasmado que “hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. para que administre mis aportes pensionales...”, circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.* (ver sentencia SL19447-2017).

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, de tal suerte que las afirmaciones contenidas en el formulario No.01342360 allegado, no son suficientes para tener por demostrado el deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público.

Luego entonces, 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 al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Bajo las anteriores circunstancias, los argumentos sostenidos por los recurrentes COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., no gozan de asidero jurídico, reiterándose que, en efecto, PORVENIR S.A. 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 del demandante.

Además, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, el demandante 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 el 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 S.A. y por consiguiente, encuentra esta Sala que es totalmente nulo e ineficaz el traslado y afiliación

efectuado al régimen de ahorro individual del 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 al demandante RICARDO ECHEVERRY QUINTERO por lo que, en esta instancia se **CONFIRMARÁ** lo resuelto por el juez A quo.

Por otra parte, COLPENSIONES en los alegatos de conclusión de segunda instancia, solicita el análisis de la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral en Descongestión N.04 de la Corte Suprema de Justicia de radicado N.73952 SL1120 del 25 de marzo de 2020 M.P. Doctora Ana María Muñoz Segura, siendo necesario proceder a dicho estudio, sin embargo, esta Sala ya realizó pronunciamiento respecto de la misma petición en la sentencia de Partida 19166 de mayo de 2021, donde se concluye que, ante la falta de estudio de fondo por parte de la Sala de Casación respecto al asunto, no era posible asumirla como PRECEDENTE VINCULANTE un pronunciamiento dado por jueces colegiados de otro Distrito Judicial, en primer lugar, porque la decisión no fue analizada de fondo por la Corte Suprema de Justicia y, en segundo lugar, porque los supuestos fácticos en la mencionada sentencia, en nada se asimilan a los alegatos en este asunto, razón por la que, la petición de COLPENSIONES no prospera.

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 el demandante en el mes de marzo de 2000, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del 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 S.A. las cosas deben retrotraerse, 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, confirmándose de esta manera, lo resuelto por la Juez A quo, en el sentido de reafirmar que al declarar la ineficacia del traslado de régimen realizada por el afiliado RICARDO ECHEVERRY desde el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PPRVENIR S.A, en el mes de marzo de 2000, éste último deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., 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.

Por último y a pesar de no ser objeto de los recursos de apelación, la **excepción de prescripción formulada por las demandadas**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, 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. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, 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, el valor equivalente a CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.00 m/cte.) a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A. y en favor del 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 Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de febrero 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, 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, el valor equivalente a 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 RICARDO ECHEVERRY QUINTERO.

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. 069, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de junio 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: 5400131-05-004-2019-00184-00

Partida Tribunal: 19227

Demandante: ZOILO GUTIERREZ CARDENAS

Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR- PROTECCIÓN.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

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

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a surtir el grado jurisdiccional de consulta y resolver el recurso de alzada presentado por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 5400131-05-004-2019-00184-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19227 promovido por el señor ZOILO GUTIERREZ CARDENAS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A., EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, S.A. y PORVENIR, S.A.

I. ANTECEDENTES

El demandante ZOILO GUTIERREZ CARDENAS 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 PORVENIR, y posteriormente a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 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 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 ha laborado y cotizado al sistema de la seguridad social en pensiones ICSS, desde 07 de enero de 1988 hasta el 30 de noviembre de 1996.
2. Que el 21 de noviembre de 1996, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS HORIZONTE a través de sus asesores, mediante una charla corta le indicaron que podía trasladarse de régimen, pero no le suministraron información detallada de la posible decisión, sin embargo, firmó el documento de traslado ante HORIZONTE, entidad que se fusionó actualmente con PORVENIR.
3. Que el 01 de enero del 2007 se traslada al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, sin embargo, el 5 de abril y 8 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES regresar, pero ninguna de las dos administradoras le permiten su traslado.

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 el 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 LA INNOMINADA O GENÉRICA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS 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 el 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 el demandante. 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 el demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe contractual. También señala que el demandante actualmente se encuentra afiliado a PROTECCIÓN S.A, por lo tanto, las pretensiones en el remoto e improbable evento de ser procedentes deberán ser cumplidas por esa AFP. Al no existir vínculo jurídico actual con el demandante se configura una falta de legitimación por pasiva.

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 CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 10 de febrero de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante, ZOILO GUTIERREZ CARDENAS, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, a partir de la efectividad 21 noviembre de 1996 folio 14 y posteriormente con efectos subsiguientes, en mismo RAIS, 1 enero de 2007 folio 19, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PORVENIR S.A, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONESS.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido desde el traslado 21 de noviembre de 1996, cuando se traslada de régimen el demandante, igualmente protección s.a, por el traslado dentro del rais a partir del 1 enero de 2007, y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a COLPENSIONES S.A, con motivo de la afiliación de la parte demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993). Todo conforme a lo considerado. Término 1 mes para el cumplimiento, a la ejecutoria DE LA SENTENCIA.

TERCERO: DECLARAR que las AFP PORVENIR Y PROTECCIÓN a la que fue trasladado el demandante inicialmente y a las que fue trasladado dentro del RAIS hasta la fecha de ejecutoria y/o hasta el cumplimiento de la sentencia, son responsables y quedan obligadas a pagar de no haberlo hecho, el 100% de las cotizaciones hechas por el demandante sin descuento alguno con destino a COLPENSIONES.

CUARTO. -DECLARAR que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONESS.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de mérito de buena fe, la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor.

SEXTO. - Declarar no probada la excepción de prescripción y demás propuestas con respuesta ínsita según las consideraciones hechas.

SEPTIMO: Condenar a COLPENSIONES, a recibir el capital pensional procedente de los fondos privados fondo privado PROTECCIÓN S.A, y PORVENIR S.A - por la cuenta del aquí demandante, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado., en un término de 1 mes.

OCTAVO. -Condenar en costas a favor de la parte demandante

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 decisión proferida por el Juez A quo, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado del demandante teniendo en cuenta que el demandante estaba capacitado para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen; señala que han pasado 20 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que el accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

Indicó que la obligatoriedad que surge de recibir a el demandante dentro del régimen de prima media, genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que el demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca son suficientes para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, trasgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

Precisó que Colpensiones no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información al demandante, quien de manera libre y voluntaria 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.

2. PARTE DEMANDADA- PROTECCIÓN S.A.

Fundamentó la parte su recurso de apelación señalando que, aunque se declare la ineficacia del traslado no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, como son los rendimientos de la cuenta producto de la buena gestión de la AFP. Estas condiciones generarían un enriquecimiento sin causa a favor del demandante en caso de ser devueltos.

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.

3. PARTE DEMANDADA – PORVENIR S.A.

Argumentó la parte su recurso, en que los traslados de régimen efectuados por Horizonte S.A., se realizaron con las disposiciones legales vigentes al momento en que se suscribieron, es decir, con las distintas normativas para el año de 1996. Estas disposiciones legales manifestaban que la legalidad de los traslados de régimen se sustentaba en el formulario de afiliación, el cual fue allegado y está debidamente acreditado en el plenario, sin tacha de falsedad. En cuanto a las asesorías, aseguró que se efectuaron de manera verbal junto con la suscripción del formulario.

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 el 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 atendiendo los criterios del Consejo Superior de la Judicatura, solicitando se rebajen hasta el 50%.

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:

PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderado, ratificó los argumentos del recurso de apelación, alegando que el traslado de régimen se realizó sin presiones, de manera libre y voluntaria; caso contrario de confirmarse la sentencia de primer grado, solicita recovar la devolución de los rendimientos financieros, en especial, el seguro previsional.

PORVENIR S.A., insistió en los argumentos del recurso de apelación, alegando que las pruebas no desacreditan la información recibida por el afiliado; que no es procedente acceder a la devolución o restitución del capital pensional con rendimientos, considerando que desconoce el principio de buena fe, por ser legítimo que el fondo pueda descontar los costos de administración. Que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece que el 3% de la cotización realizada al Sistema General de Pensiones se destinará a financiar los gastos de administración, por lo que, ordenar devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por gastos de administración, por el periodo en que el actor permaneció afiliado a la administradora, resulta inequitativo con el Fondo, toda vez que lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado al Fondo, tales como la remisión de extractos, la disposición de canales de atención de los afiliados, la inversión de los recursos, cuya diligencia es precisamente el origen de los rendimientos de sus aportes generados en ese espacio de tiempo. Por último, allega el Concepto 2019152169-003-000 de la Super Financiera de Colombia.

COLPENSIONES insiste en que el demandante no probó 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. Resaltó lo decidido en Sentencia SL 1120 de 2020 radicado No. 73952, Magistrada Ponente: ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA, y considera que opera la falta de legitimación por pasiva.

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

VII. CONSIDERACIONES

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. Establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante ZOILO GUTIERREZ CARDENAS en el año 1999 inicialmente a HORIZONTE hoy Sociedad

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR y luego a LA AFP PROTECCIÓN S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PROTECCIÓN, como para la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones.

Por último, la Sala realizará un breve pronunciamiento de la condena en costas procesales, teniendo en cuenta, que esta instancia procesal no es la indicada procesalmente, la alegar sobre dicha materia.

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 el 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 el 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 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 del señor ZOILO GUTIERREZ realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta Sala 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 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 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, el señor ZOILO GUTIERREZ CARDENAS afirma que esa

decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PORVENIR S.A 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 el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde 07 de enero de 1988 hasta el 30 de noviembre de 1996, que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a partir del 21 de noviembre de 1996, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., y que el 01 de enero del 2007 se traslada al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, entidad a la que actualmente se encuentra.

Luego entonces, de las pruebas arrojadas al proceso se observa a folio 14 del expediente que fue aportado el formulario de solicitud de traslado de régimen que hizo inicialmente el demandante, de COLPENSIONES a HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.), sin que fuera demostrado por esta última, en virtud de la inversión de la carga probatoria, que el señor ZOILO GUTIERREZ CARDENAS 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 S.A. 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 del demandante.

Reiterándose que, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, el demandante ZOILO GUTIERREZ CARDENAS 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 S.A.

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado el error al que se indujo a el 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 del 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 el demandante ZOILO GUTIERREZ CARDENAS por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo, quedando resuelto el primer problema jurídico en forma desfavorable a las demandadas.

Por otra parte, COLPENSIONES en los alegatos de conclusión de segunda instancia, solicita el análisis de la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral en Descongestión N.04 de la Corte Suprema de Justicia de radicado N.73952 SL1120 del 25 de marzo de 2020 M.P. Doctora Ana María Muñoz Segura, siendo necesario proceder a dicho estudio, sin embargo, esta Sala ya realizó pronunciamiento respecto de la misma petición en la sentencia de Partida 19166 de mayo de 2021, donde se concluye que, ante la falta de estudio de fondo por parte de la Sala de Casación respecto al asunto, no era posible asumirla como PRECEDENTE VINCULANTE un pronunciamiento dado por jueces colegiados de otro Distrito Judicial, en primer lugar, porque la decisión no fue analizada de fondo por la Corte Suprema de Justicia y, en segundo lugar, porque los supuestos fácticos en la mencionada sentencia, en nada se asimilan a los alegatos en este asunto, razón por la que, la petición de COLPENSIONES no prospera.

Segundo problema jurídico- montos a restituir

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR AFP 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 para el año 1999, 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, **se retrotraen todas las cosas al estado en que se encontraban** es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la demandante nunca perdió el régimen de transición (sentencias, SL17595-2017, SL4989-2018 donde se ratifica lo dicho en la

sentencia de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral).

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 el fondo privado PORVENIR S.A. y de este al fondo PROTECCIÓN, S.A. las cosas deben retrotraerse como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución por parte de dichos fondos privados a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, 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, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada.

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 del 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 del 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.

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, 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, por lo que al resultar esta entidad vencida en juicio, es procedente la condena impuesta por el A quo, debiéndose CONFIRMAR la misma.

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., POVERNIR, S.A., PROTECCIÓN S.A., y en favor del demandante.

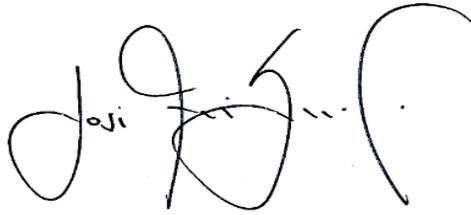
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de febrero de 2021.

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, y fijar 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., POVERNIR, S.A., PROTECCIÓN S.A., y en favor del demandante ZOILO GUTIERREZ CÁRDENAS.

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. 069, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de junio 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: 54-001-31-05-004-2019-00432-00

Partida Tribunal: 19269

Demandante: CESAR AUGUSTO SAAVEDRA ANGULO

Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR S.A.

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, veintinueve (29) de junio 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 Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día **12 de marzo de 2021**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-004-2019-00432-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19269 promovido por el señor CESAR AUGUSTO SAAVEDRA ANGULO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS POVERNIR S.A.

I. ANTECEDENTES

El demandante CESAR AUGUSTO SAAVEDRA ANGULO demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD del traslado y/o afiliación al RAIS administrado por PORVENIR S.A., en consecuencia, se ordene su retorno al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que PORVENIR devuelva la totalidad de las cotizaciones y rendimiento financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual, al uso de las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Que nació el 11 de diciembre de 1967, que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones al RPMPD en el mes de noviembre de 1992, cotizando al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS). Que el 05 de noviembre de 1999 fue trasladado ilegalmente desde el régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, señalando que la firma fue falsificada, hecho que fue corroborado por la administradora mediante una prueba grafológica y PORVENIR procedió anular dicho documento. Que COLPENSIONES se ha negado a recibir los aportes del RAIS.

III. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDADAS

COLPENSIONES, S.A., a través de su apoderado judicial, acepta parcialmente los hechos, se opone a la totalidad de las pretensiones, sosteniendo que el 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 inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de responsabilidad y ponderación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** a través de su apoderado judicial aceptó parcialmente los hechos, y NO SE OPUSO a las pretensiones, alegando que ya DECLARÓ LA ANULACIÓN DEL TRASLADO por constatar que efectivamente la firma en el formulario de afiliación no corresponde a la del demandante según lo previsto en los arts. 8 y 36 del Decreto Ley 1019 de 2012 estando esta situación informada en el SIAFP y disponibles como “REZAGADOS” los aportes realizados a PORVENIR debido a que COLPENSIONES no ha activado la afiliación. Propuso como excepciones de fondo la falta de legitimación por pasiva, la 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 12 de marzo de 2021, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la NULIDAD ABSOLUTA de la afiliación o traslado de la parte demandante CESAR AUGUSTO SAAVEDRA ANGULO, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. (sic), del 05-11-99, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR A la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido desde el TRASLADO 05-11-99 folio 37, y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a COLPENSIONES S.A, DEVOLVERÁ todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), la devolución de cotizaciones o aportes, POR TODO EL TIEMPO DESDE LA ILEGAL AFILIACION Y HASTA CUANDO SEA ACEPTADA LA PARTE DEMANDANTE POR COLPENSIONES, A LA EJECUTORIA DE ESTA SENTENCIA, garantizando así a futuro el derecho pensional del actor, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO. - Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del FONDO PRIVADO ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, por la cuenta de la aquí demandante y los que correspondan a cuentas rezagadas a su favor y por cuenta del actor, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

CUARTO. - DECLARAR probada la excepción de mérito de buena fe, PROPUESTA POR COLPENSIONES S.A., la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor.

QUINTO. - Declarar no probada la excepción de prescripción PROPUESTA POR LAS PASIVAS y demás propuestas conforme al sentido de la sentencia.

SEXTO: Costas a favor de la parte demandante y a cargo de ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Y COLPENSIONES S.A., por su oposición AUN CUANDO NO FUE LA DETERMINANTE DEL TRASLADO EN CUANTO AL HECHO

DE LA FALSEDAD DE LA FIRMA DEL FORMULARIO, se fijan las agencias en 2 S.M.L.M.V, el cual asciende hoy EL MINIMO a la suma de \$908.526, decreto 1785 de 2020, Fundamento legal artículo 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. Las agencias fijadas se tendrán en cuenta en su momento procesal oportuno al liquidar las costas...”

La anterior decisión la fundamentó en que PORVENIR no se opuso a la nulidad de la afiliación, respecto al formulario de traslado, por cuanto el demandante no consintió su afiliación o traslado al RAIS; que se acreditó que la firma fue falseada conforme a las pruebas aportadas, en especial, las reiteradas respuestas de PORVENIR y el estudio grafológico, del formulario No. 01267989 de fecha 1999 noviembre 05, donde aceptó la no afiliación por falsedad de la firma del demandante; que COLPENSIONES no tachó de falsedad el documento anterior; que el actor planteó el problema de falsificación la firma en el año 2008, es decir, que gozaba del tiempo suficiente para solicitar el traslado de régimen o su nulidad, razón por la que, lo alegado por COLPENSIONES no está llamado a prosperar en cuanto al tiempo de los 10 años próximos a cumplir la edad de pensión; que en este asunto no es necesario ni pertinente la intervención de la Fiscalía General de la Nación por tratarse de un asunto netamente de seguridad social; Que ante la inexistencia de voluntad para trasladarse por parte del demandante desde el RPMPD al RAIS, la pretensión será favorable al demandante, por cuanto, no hubo consentimiento alguno, que conlleva a que no hubo afiliación y en consecuencia la NULIDAD; Que una vez viciado el consentimiento o ante la inexistencia del mismo, los efectos jurídicos son los mismo de la ineficacia, que el FONDO DE PENSIONES PORVENIR devuelva en forma completa todos los aportes, rendimientos, gastos de administración y mermas sufridas entre otros sin la posibilidad de realizar descuento alguno, hacia COLPENSIONES y que ésta última reciba dichos dineros. Que no procede la excepción de prescripción.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

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 era procedente la solicitud elevada por la Procuraduría, en cuanto a realizar una prueba grafológica ordenada de oficio, teniendo en cuenta que si el documento no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso, podía el señor juez garantizar que se conozca la verdad jurídica, respecto si realmente existe una falsificación en el formulario de afiliación.

Que la declaración de falsedad, deberá cumplir con lo señalado en el código penal y la denuncia de este acto no es caprichosa por parte de Colpensiones acorde con los principios de legalidad y transparencia. A pesar de no haberse decretado la prueba grafológica sobre el formulario de afiliación, es esta prueba documental la que fundamenta la decisión, y sobre la que hay duda, solicita en la alzada que se oficie la prueba grafológica sobre la firma del señor CESAR AUGUSTO SAAVEDRA ANGULO en este formulario para que no haya lugar a duda sobre esta situación y se pueda esclarecer la situación pensional del demandante.

PORVENIR, S.A., alegó que, desde la contestación de la demanda, la entidad ha estado dispuesta a devolver los aportes realizados por el demandante al RAIS, siendo que COLPENSIONES la administradora que no ha cumplido con su obligación en aceptar al actor en el RPMPD. Que no está conforme con la decisión respecto a la devolución de los frutos y/o rendimientos financieros, porque si bien es cierto, se cometió un error, dicha actuación se corrigió con prontitud, porque la NULIDAD DEL TRASLADO fue reconocida por el fondo, todo ello, con el fin de solucionar de forma ágil la solución pensional del actor; bajo estos argumentos, solicita la aplicación del inciso final del art. 964 y el art. 965 del Código Civil

EI MINISTERIO PÚBLICO en representación del Procurador Delegado de Seguridad Social, manifestó que en segunda instancia deberá decretarse la prueba pericial grafológica de la firma del formulario de traslado de régimen, que el peritaje aportado no se cumplió con lo señalado por el art. 226 del CGP, razones por las cuales, consideró que no existe prueba para acreditar la nulidad del traslado.

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.** Solicita confirmar la sentencia de primera instancia, al considerar que los Fondos Privados de Pensiones no pudieron probar que hayan suministrado la información al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes del cumplimiento de los 51 años de edad del actor; que surgió error por los asesores de

estas AFP, quienes utilizaron mentiras y engaños para que pudiera trasladarse y mantenerse en su sistema.

- 2. PARTE DEMANDADA.** PORVERNIR ratifica lo dicho en el recurso, alegando que las pruebas no desacreditan la información recibida por el afiliado; que no es procedente acceder a la devolución o restitución del capital pensional con rendimientos, considerando que desconoce el principio de buena fe, por ser legítimo que el fondo pueda descontar los costos de administración. Que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece que el 3% de la cotización realizada al Sistema General de Pensiones se destinará a financiar los gastos de administración, por lo que, ordenar devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por gastos de administración, por el periodo en que el actor permaneció afiliado a la administradora, resulta inequitativo con el Fondo, toda vez que lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado al Fondo, tales como la remisión de extractos, la disposición de canales de atención de los afiliados, la inversión de los recursos, cuya diligencia es precisamente el origen de los rendimientos de sus aportes generados en ese espacio de tiempo. Por último, allega el Concepto 2019152169-003-000 de la Super Financiera de Colombia.
- 3. COLPENSIONES.** Sostiene los argumentos del recurso, alegando que ante una posible falsificación de la firma del afiliado en el formulario de afiliación de la AFP, era menester que CESAR AUGUSTO SAAVEDRA ANGULO presentará la denuncia pertinente ante la autoridad competente, esto es la Fiscalía General de la Nación, para que de las resultas de la investigación y el proceso se lograra determinar la comisión de un delito que conllevara a que las entidades AFP y COLPENSIONES modificaran las condiciones pensionales del afiliado, todo bajo los principios de transparencia y legalidad que deben desplegar la función y los funcionarios públicos. Que no existen fundamentos de hecho o de derecho suficientes que permitan declarar la ineficacia o nulidad de traslado pretendida por el demandante en el libelo de la demanda, y no basta la simple solicitud de traslado de régimen pensional, sino que debía allegarse prueba documental idónea ante el RPMPD administrado por Colpensiones, para que esta a su vez pudiese tomar las medidas pertinentes del caso.

VII. CONSIDERACIONES

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.

Conforme con los argumentos expuestos por el Juez A quo y las partes recurrentes, **el problema jurídico** a resolver se reduce en determinar si el operador de primera instancia erró al establecer la procedencia de la nulidad del traslado de régimen pensional desde el RPMPD al RAIS, teniendo como fundamento, que el accionante CESAR AUGUSTO SAAVEDRA ANGULO no firmó el formulario de afiliación en el mes de noviembre de 1999, es decir, por **ausencia de consentimiento y voluntad** para el respectivo traslado; o por el contrario, el mencionado documento no podía ser valorado ante la falta de valoración pericial para determinar con certeza la FALSEDAD de la firma según lo alega COLPENSIONES con coadyuvancia del Ministerio Público.

De esta manera, se hace importante traer a colación, que del material probatorio aportado por las partes y los cuales no fueron tachados de falsedad gozando de validez, se extraen lo siguientes aspectos:

- 1) Que el demandante Saavedra Angulo inició los aportes al sistema de pensiones el 24 de noviembre de 1992 al ISS en el RPMPD y nació el 11 de diciembre de 1967.
- 2) Igualmente, se aportó al plenario, el formulario No. 01267989 fechado el 05 de noviembre de 1999 nombrado “SOLICITUD DE VINCULACIÓN O TRASLADO AL FONDO DE CESANTÍAS Y/O PENSIONES OBLIGATORIAS” de PORVENIR.
- 3) Los días 03 y 23 de diciembre de 2008 el actor solicitó a PORVENIR, analizar el anterior documento, alegando que no era su firma y que no tenía la voluntad de retirarse del RPMPD, por lo que, pedía su anulación.
- 4) Mediante escrito fechado el 10 de diciembre de 2008, el señor Luis Miguel Bula Mora en calidad de Analista Regional Nororiente de PORVENIR S.A., le informó al afiliado que iniciaría la investigación respectiva.
- 5) El día 08 de enero de 2009 el señor Danilo Bolívar Luna en calidad de perito en documentos cuestionados (grafólogo)-Analista de

Investigaciones Porvenir S.A., concluyó que “...la *signatura que suscribe el formulario de afiliación requerido no se identifica con la firma autógrafa del titular*”.

- 6) De conformidad con lo anterior, desde el año 2009 PORVENIR y ASOFONDOS, le han informado en reiterados comunicados al demandante, que la afiliación y/o traslado desde el RPMPD al RAIS, no surtió efecto y se encuentra ANULADA, por lo que, las cotizaciones deben ser enviadas a COLPENSIONES.

No obstante, desde el año 2009 hasta la demanda (9 de diciembre de 2019), el demandante Saavedra Angulo continúa presentando conflictos en su condición de cotizante al sistema pensional, reportando los aportes “(REZAGOS) GIRADOS EN EL PROCESO NO VINCULADOS A OTRA AFP”, en razón a que COLPENSIONES sostiene el argumento que la condición es de MULTIAFILIACIÓN.

Ahora bien, en la historia laboral allegada por COLPENSIONES y actualizada en marzo de 2019, se relacionaron las siguientes observaciones:

APORTES DESDE-HASTA	OBSERVACIÓN
NOVIEMBRE DE 1992-MAYO 1998	PERIODO DECLARADO AL APLICADO
FEBRERO 2000-ABRIL 2002 EN FORMA INTERRUMPIDA	NO VINCULADO-TRASLADADO RAIS
JUNIO DE 2003-AGOSTO 2006	PERIODO DECLARADO AL APLICADO
SEPTIEMBRE 2006-ENERO 2014	VALOR DEVUELTO DEL RAIS POR PAGO AL FONDO
FEBRERO 2014-FEBRERO 2015	NO VINCULADO-TRASLADADO RAIS
FEBRERO 2015-AGOSTO 2015	VALOR DEVUELTO DEL RAIS POR PAGO AL FONDO
SEPTIEMBRE 2015-ENERO 2019	NO VINCULADO-TRASLADADO RAIS

De la misma forma, se destaca que, al expediente fueron allegados cinco (05) formularios de **TRASLADO-AFILIACIÓN**, suscritos entre el demandante y la administradora PORVENIR, estos son:

NUMERO DE FORMULARIO	FECHA	EMPLEADOR
---------------------------------	--------------	------------------

11796219	27 OCTUBRE 2006	CONSTRUCTORA SIGMUN LTDA- CUNDINAMARCA
13494076	29 OCTUBRE 2009	AEROCIVIL-CASANARE YOPAL
14845839	1º ABRIL DE 2012	CONSORCIO OBRAS-META
17131938	16 FEBRERO 2015	MIKO SAS CASANARE
17201323	1º MARZO 2015	MIKO SAS CASANARE

Por otra parte, el **día 04 de septiembre de 2014** la Directora de Historia Laboral de PORVENIR S.A., informó al demandante, que desde el 11 de marzo de 2014 el estado de multifiliación fue establecido válidamente para COLPENSIONES; sin embargo, el comunicado del mes de **marzo de 2015** el Gerente Regional de Bogotá de PORVENIR S.A., el señor Jorge Arango sostuvo que el actor estaba activo en el RAIS, pero no señaló la fecha ni el formulario de afiliación.

Así las cosas, se hace importante resaltar, que además del formulario de traslado y/o afiliación suscrito en el mes de noviembre de 1999, existieron 5 traslados más, de los cuales, el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. devolvió o se encuentra en “REZAGOS”, los aportes respecto al periodo de septiembre de 2006 hasta enero de 2014 y desde el mes de febrero de 2015 hasta agosto de 2015, es decir, no ha sido efectivamente aceptados en la plataforma de la historia laboral de COLPENSIONES, sumado a que, la primera afiliación en discusión, esta es, la del formulario No. 01267989 fechado el 05 de noviembre de 1999, no ha sido resuelta por parte del RPMPD, teniendo en cuenta que, el RAIS en repetidas ocasiones, ha señalado que anuló dicho traslado porque se demostró que el demandante no lo había suscrito.

De esta manera, el recurso de apelación por parte de COLPENSIONES se concentra en la omisión por parte del Juez A quo, en decretar la prueba pericial de “grafología” respecto del formulario No. 01267989, al sostener que el análisis brindado por el perito del fondo de pensiones PORVENIR S.A., no reunía los requisitos previstos en el art. 226 del CGP, en especial, porque no se demostraron las calidades del perito, en cuanto a la actividad especial ejercida, los documentos que certificaran su experiencia entre otros según la coadyuvancia del Ministerio Público; bajo estas consideraciones, se rememora las normas jurídicas procesales en materia probatoria, conforme a los siguientes puntos de análisis:

- 1) El ordenamiento jurídico procesal vigente realza la importancia en la participación de las partes al momento de acreditar lo alegado, esto es, la carga probatoria se orienta a confirmar lo dicho y no de averiguar, garantizando los parámetros legales y constitucionales de publicidad, contradicción y libertad probatoria.

- 2) En este sentido, el art. 165 del CGP en concordancia con los arts. 51 y 61 del CPT y SS, permiten la aportación en forma general, de los medios de convicción en principio, sin restricción alguna; para que, el operador judicial los valore conjuntamente, de forma razonada, individual y crítica, atendiendo las circunstancias relevantes del pleito.
- 3) En consideración con lo anterior, al Juzgador no podrá rehusarse a recibir la información probatoria aportada por las partes en la oportunidad legal, en aplicación al derecho fundamental de la prueba.
- 4) Con fundamento en los argumentos anteriores, se hace importante traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Civil en la reciente sentencia de radicado No.05001-22-03-000-2020-00402-01 STC2066 del 24 de febrero de 2021 M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque respecto al concepto de “VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA”:

*“...en virtud de la concepción moderna de **juzgador-pensador-razonador**, debe evaluar cada medio y exponer motivadamente la credibilidad que le da, porque aquello era propio del régimen vetusto y medieval de prueba tasada, en el que se limitaban los canales de información a los expresamente consagrados en la ley y en el que cada prueba valía según el alcance que anticipadamente señalaba el legislador para que el juez no estimara sino contara los medios obrantes; todo lo cual contrasta con el esquema actual de apreciación racional en que cada parte puede aportar sus pruebas, los medios son todos los que traigan convicción al sentenciador, el valor que tienen no es el indicado en la norma fría sino el que racionalmente advierte el fallador y este está obligado a pensar al contemplar los elementos recaudados, con las únicas limitaciones que imponen las reglas de la sana crítica (art. 176 C.G.P.) y el respeto por las garantías constitucionales” (negrilla fuera de texto).*

- 5) En lo que respecta al dictamen pericial, en el CPT y SS la contradicción del dictamen debe surtir en la audiencia de trámite y juzgamiento que es pública y oral, siempre dando prevalencia a lo que disponen las normas adjetivas y siguiente igualmente, lo regulado en el inciso 4º del art. 228 del CGP.
- 6) Ahora, en cuanto a las exigencias mínimas sobre la idoneidad e imparcialidad de quien elaboró el dictamen previsto en el art. 226 del CGP, en concordancia con la contradicción del mismo, el legislador estableció que la conducta de la parte contra quien se presenta dicha prueba, debe sujetarse a lo establecido en el art. 228 del mismo compendio, entre otras, podrá solicitar la comparecencia del perito a la

audiencia de instrucción y juzgamiento, aportar otro o realizar ambas actuaciones.

- 7) De la misma forma, la norma procesal indica que el juzgador deberá apreciar el dictamen en forma conjunta con las demás pruebas obrantes en el expediente, es decir, para el momento de la decisión que resuelve el conflicto, esto es, en la sentencia, momento en el cual, el operador judicial es quien determinará la eficacia, validez y la capacidad probatoria de la prueba, en cuanto a la imparcialidad e idoneidad del perito, siempre y cuando se surtan las etapas anteriores teniendo en cuenta que, la parte contra quien se aduce dicha prueba, manifieste su inconformidad. (art.232 CGP); todo ello, teniendo en cuenta que los únicos motivos por los cuales el material probatorio debe rechazarse, es respecto a *“las prueba ilícitas, notoriamente impertinentes, inconducentes y manifiestamente superfluas o inútiles”* art. 168 ibidem.
- 8) Bajo esta óptica, la Sala de Casación Civil en la sentencia anteriormente mencionada de radicado, STC2066 del 24 de febrero de 2021 concluyó: *“En definitiva, a pesar de que la credibilidad de la pericia depende de la solidez de sus conclusiones, de la imparcialidad e idoneidad del perito, el juez no está facultado para sacar automáticamente del acervo el informe arrimado con defectos en tales presupuestos porque las falencias o carencias del dictamen no son motivos suficientes para impedir su recaudo, pues ese análisis está reservado para la sentencia, donde deberá motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe”*.

Dada la explicación anterior, al resolver lo alegado por COLPENSIONES en el recurso de apelación, esta Sala de decisión considera que no es procedente acceder a la solicitud de la prueba pericial de “grafología”, por ser esta, manifiestamente innecesaria e inconducente, en la medida en que, **primero**, la documentación aportada por el demandante y aceptada contra quien se aduce la prueba, esto es, el formulario No. 01267989 fechado el 05 de noviembre de 1999, goza de plena validez al ser incorporada en la oportunidad legal y no ser tachada de falsedad ni haberse ejercido contradicción del dictamen por las partes, **en segundo lugar**, la parte contra quien se aduce dicho material probatorio, esto es, contra la demandada PORVENIR S.A., no se opuso ni a su contenido ni a la calidad y condiciones del perito; **tercero**: existen suficientes pruebas documentales que acreditan la ANULACIÓN del documento y por ende, la falta de efectos en el traslado y/o afiliación del demandante al RAIS, por ser éste, firmado por una persona distinta a la afiliada, lo que conduce claramente a concluir, que para el tema jurídico que corresponde resolver, la decisión voluntaria, consentida e informada del afiliado, constituye la

justificación necesaria y principal, para que el Fondo del Régimen de Ahorro Individual, se exonere en devolver los aportes al régimen de prima media con prestación definida, circunstancia que en este asunto, no se da, porque desde la instancia administrativa, durante la contestación de la demanda y hasta el recurso de apelación presentado por el apoderado de PORVENIR, su defensa se basa en la aceptación de la devolución de los aportes, al considerar que el traslado nunca se efectuó, en consecuencia, dicha AFP no le informó al demandante las implicaciones que generaba el traslado, las consecuencias, las probabilidades de su pensión, y/o monto de su mesada pensional, exigencias que son de obligatorio cumplimiento para las entidades que administran el presupuesto del ahorro pensional de los ciudadanos.

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, en este asunto, se acreditó probatoriamente que la administradora de pensiones PORVENIR S.A., omitió realizar una información adecuada, suficiente y cierta al demandante, bajo el entendido de que, éste nunca expresó su voluntad de traslado y/o afiliación en el RAIS, ya que el formulario inicial del mes de noviembre de 1999, no fue suscrito por éste, y en caso contrario, de ser éste suscrito por el demandante, lo plasmado: *“hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. para que administre mis aportes pensionales...”*, no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima*

media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”. (ver sentencia SL19447-2017).

En ese orden de ideas, se configura una ausencia total al deber de información y buen consejo, de la administradora demandada PORVENIR, para con el demandante CESAR AUGUSTO SAAVEDRA respecto al traslado de régimen del RPMPD al RAIS, en primer lugar, porque la mencionada afiliación al fondo demandado PORVENIR no surtió efectos ante la falta de autorización expresa por parte del afiliado, y en segundo lugar, porque en dado caso que el formulario hubiese sido suscrito por el accionante, se demostró que PORVENIR no brindó una información completa, clara y comprensible del cambio de régimen, 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 el demandante CESAR AUGUSTO SAAVEDRA ANGULO por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por el juez A quo.

Montos a restituir.

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., a pesar de ratificar el error en cuanto al falso traslado y/o al incumplimiento con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante en el mes de noviembre de 1999, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación del 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 S.A. las cosas deben retrotraerse, 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, confirmándose de esta manera, lo resuelto por el Juez A quo, en el sentido de reafirmar que al declarar la ineficacia del traslado de régimen realizada por el afiliado CESAR AUGUSTO SAAVEDRA ANGULO desde el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A, en el mes de noviembre de 1999, éste último deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., 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.

Por último y a pesar de no ser objeto de los recursos de apelación, la **excepción de prescripción formulada por las demandadas**, no opera en estos asuntos, ya que la condición de afiliado y, por ende, la del traslado de régimen pensional, son situaciones jurídicas asimilables al estatus pensional, 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. En virtud a lo anterior, la decisión proferida por el Juez A quo deberá ser confirmada.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, 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, el valor CUATROSCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A., a favor del 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,

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 12 de marzo de 2021.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, la parte demandada, 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, el valor equivalente a CUATROSCIENTOS 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 del demandante CESAR AUGUSTO SAAVEDRA ANGULO.

NOTIFÍQUESE



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**



**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-004-2019-00432-00
Partida Tribunal: 19269
Demandante: CESAR AUGUSTO SAAVEDRA ANGULO
Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR S.A.
Tema: NULIDAD DE TRASLADO
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 069, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de junio de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintinueve (29) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2020-00089-00
RADICADO INTERNO:	19.242
DEMANDANTE:	EDGAR DANIEL RAMIREZ MOROS
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala a resolver, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el Señor EDGAR DANIEL RAMIREZ MOROS, contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2020-00089-00, y Radicación interna N° 19.242 de este Tribunal Superior, para resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y conocer en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la Sentencia del 17 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

1. ANTECEDENTES

El señor EDGAR DANIEL RAMIREZ MOROS interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la A.F.P. PORVENIR, para que se declarara la nulidad absoluta de la afiliación y traslado realizada desde el I.S.S. (hoy COLPENSIONES) hacia PORVENIR S.A., y proceda a trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, y se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir al demandante sin solución de continuidad, y corregir y actualizar la historia laboral.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere:

- Que el actor nació el 4 de diciembre de 1958, y en la actualidad cuenta con 61 años de edad, que estuvo inicialmente afiliado en pensiones al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguro Social desde el día 26 de diciembre de 1977, alcanzando a cotizar en el régimen de prima media un total de 68 semanas por medio de diversos empleadores; que en el mes de diciembre de 1996 se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON

PRESTACIÓN DEFINIDA al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD mediante afiliación a PORVENIR donde ha permanecido hasta la fecha, luego de una charla rápida donde no se le brindó suficiente información de lo que implicaban el cambio de régimen; que en el mes de noviembre de 2019, el actor solicitó a Porvenir una proyección de su mesada pensional, y con oficio del 13 de diciembre de 2019, la entidad da respuesta a dicha solicitud donde se entera que su pensión de vejez se vería reducida al momento de pensionarse y muy por debajo de lo ofrecido por sus promotores comerciales en el momento de traslado al fondo privado, por lo que el día 14 de noviembre de 2019, radicó ante Colpensiones el traslado de régimen.

La demandada COLPENSIONES se opone a las pretensiones alegando:

- Que, la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, es un acto libre, consciente y voluntario del trabajador. Por lo tanto, en lo referente a la nulidad se tiene que, para que pueda predicarse existencia y validez de la afiliación, ésta debe reunir los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil.
- Agregó, que en el asunto examinado, no se logra colegir la ausencia de alguno de los elementos que vician el consentimiento, ni tampoco que fuese engañado y conducido a un error en su convencimiento. Por el contrario, se evidencia la manifestación libre y voluntaria de la demandante de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad; por lo que propone las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE y PRESCRIPCIÓN.

Por su parte AFP PORVENIR manifestó:

- Oponerse a la totalidad de las pretensiones, afirmando que no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial; agregó también, que el formulario de vinculación traslado, suscrito por el demandante, bajo la gravedad del juramento, donde se da constancia de que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Lo que despeja cualquier duda acerca de la posible ocurrencia de un vicio de la voluntad, y hace necesaria la absolución de PORVENIR. Reitera que no se allegan pruebas para desvirtuar esta manifestación propia del demandante.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 17 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante, EDGAR DANIEL RAMIREZ MOROS, C.C. 13.443.010 del régimen de prima media con prestación

definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **AFP PORVENIR S.A., a partir de diciembre 1996**, conforme a lo considerado

SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional **PORVENIR SA.**, devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A.**, entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido desde el mes de DICIEMBRE DE 1996 y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a COLPENSIONES S.A. todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, (**artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993**), todo conforme a lo considerado.

TERCERO: DECLARAR que las AFP a las que fue trasladado el demandante es responsable y queda comprometida u obligada a pagar el 100% de aportes en general, las cotizaciones hechas por el demandante sin descuento alguno con destino a Colpensiones.

CUARTO: DECLARAR que el demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto ISS hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de mérito de buena fe, la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor.

SEXTO: Declarar no probada la excepción de prescripción y demás propuestas conforme a lo considerado.

SEPTIMO: Condenar a COLPENSIONES, a recibir el capital pensional procedente del fondo privado PORVENIR S.A, por la cuenta del aquí demandante, y traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

OCTAVO: Condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se absuelve a Colpensiones al no haber sido determinante del traslado, conforme a lo previsto en el ART. 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA, por valor de dos (2) S.M.L.M.V. cada uno asciende \$908.526.00 , PARA UN TOTAL DE \$ 1.817.052 a cargo de las pasiva.

NOVENO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES, se surta el grado

*jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a **COLPENSIONES S.A.**”*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que, el litigio se fijó en determinar si procede la nulidad o ineficacia del traslado del fondo pensional del régimen de prima media al fondo privado del régimen de ahorro individual con solidaridad por la ausencia de información clara sobre los pormenores del régimen de ahorro individual con solidaridad y que se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la parte demandante, incluyendo los rendimientos y bonos generados.

- Señaló, que, por tratarse la pretensión de una ineficacia del traslado por falta de suficiente información para conformar consentimiento, la carga de probar la existencia de esa información clara, completa y suficiente es de la demandada.

- Explica, que la controversia se enfoca en la falta de información para suscitar el traslado, partiendo de la libertad de escogencia como un derecho que debe ser resultado de un consentimiento libre e informado para evitar que se suscite un vicio que genere la ineficacia por la falta de cumplimiento de los deberes de la Administradora; tema que ha sido desarrollado por la jurisprudencia que desde el año 2008, rad. 31.989, concluyó que debe analizarse la responsabilidad de las administradoras para proveer la información completa y comprensible por tratarse de una materia de alta complejidad, con alternativas y beneficios diferentes que debe conocer el afiliado.

- Refiere, que esta jurisprudencia se ha venido reiterando y consolidando como regla que las AFP deben suministrar a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado; sin que importe la existencia de un derecho consolidado pues se debate es el acto jurídico de traslado y las implicaciones que puede tener en la expectativa pensional, resaltando que desde los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, se suscitó la obligación de información suficiente, junto al Estatuto del Sistema Financiero.

- Aplicando esta carga de la prueba, señala que la demandada no allegó ningún elemento probatorio con el propósito de acreditar que en este caso le suministró a la parte actora la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración del régimen pensional, ni en el acto de traslado se demostró que hubiera suministrado información a la actora de las consecuencias de su decisión, no siendo suficiente la firma en el formulario pues lo que se debe demostrar es que el convencimiento fue formado con suficiente información, dado que la trabajadora firma con la confianza de que el Estado le ha provisto un sistema adecuado para conformar su pensión.

- Impone entonces declarar la ineficacia en la medida que no se demostró que al momento de suscitarse el traslado se suministra la información clara, completa y objetiva sobre las consecuencias de abandonar el régimen de prima media, y aunque en ese momento no existía obligación expresa de dar dobles asesorías o entregar proyecciones, sí debían entregar una información adecuada de las consecuencias del traslado para salvaguardar los derechos de la afiliada, siendo en estos casos el silencio una forma de incumplir los deberes de transparencia que tienen las AFP.

- Dispone entonces acceder a las pretensiones de ordenar a la AFP PORVENIR, por ser donde está afiliada actualmente, trasladar a COLPENSIONES como actual única administradora del régimen de prima media, los todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante donde se encuentra los dineros correspondientes a los aportes efectuados junto con los rendimientos producidos sin efectuar, sin descuento alguno por concepto de gastos de administración, así como los percibidos con el traslado de la actora desde sus anteriores afiliaciones incluyendo saldos de la cuenta individual, frutos, intereses o rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin descuento alguno por cualquier otro concepto al no poder verse afectado la demandante o favorecida las demandadas por un acto ineficaz.

- Declara no probada la excepción de prescripción por tratarse de una pretensión de carácter imprescriptible, y aunque la buena fe se presume, no es suficiente para enervar las pretensiones.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES presenta recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que, no está conforme con la orden de recibir la afiliación de la demandante, pues el actor contaba con capacidad jurídica para celebrar los actos de afiliación que realizaron en los fondos privados, y tampoco se observa vicios en el consentimiento; Agregó también que no es posible aceptar su traslado dado que a la actora le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión al momento en que se presentó la demanda, conforme dispone el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modifica el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

- Que, la ineficacia del traslado no resulta procedente pues para el momento en que el actor ejerció su afiliación lo hizo cumpliendo las leyes colombianas y en ejercicio de su derecho a libre elección de regímenes, siendo anterior a la Ley 1328 de 2009.

- Que, COLPENSIONES no tuvo intervención al momento de brindarle información al demandante para su traslado libre y voluntario, donde era la actora quien estaba en facultad de decidir que fondo le favorecía más para su derecho a la pensión y conociendo que en el régimen privado se manejaban otras expectativas, debiendo actuar en defensa del fondo común.

3.2 De la parte demandada PORVENIR

El apoderado de la A.F.P. PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Se opone a la condena elevada en su contra, alegando que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual ocurrió para el año 1996 y para esa fecha se encontraba vigentes las disposiciones que regulaban lo relativo al traslado de régimen, esto es, Decreto reglamentario 392 de 1994, y artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establecían simplemente un deber de información de carácter general, el cual cumplió Porvenir, ya que brindó una debida asesoría de manera verbal y como constancia de ello se dejó un formulario de traslado suscrito por la demandante, por lo que ahora no se le puede exigir cargas adicionales de carácter probatoria como las que se anuncian en la jurisprudencia de la Corte a partir del año 2008 en adelante.

- No está de acuerdo con la orden de restituir los gastos de administración, al considerar que de acuerdo con la Ley 100 de 1993 se deben reconocer a los fondos de pensiones por los servicios prestados en la obtención de los rendimientos.

4. ALEGATOS

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

• PARTE DEMANDANTE:

Indicó que con las pruebas aportadas se acreditó que el fondo pensional PORVENIR, no suministró a la demandante al momento del traslado la información oportuna y completa de los beneficios, ventajas, ni proyección del monto o cuantía aproximada de la pensión que fuese a tener al momento de cumplir los requisitos.

Recalcó que el fondo demandado no aportó una sola prueba que corroborará que se le hubiese brindado a la hoy demandante la oportuna, integral y pertinente información con el fin de tener la suficiente información para haber tomado la decisión de cambiarse de régimen, por lo que el traslado de que fue objeto la actora se torna ineficaz.

• PARTE DEMANDADA:

El apoderado de PORVENIR, señaló 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, pues 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.

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, señala que no comparte esta condena, pues los gastos de administración por definición legal guardan relación con la retribución por las labores desplegadas por la AFP para administrar el capital pensional, lo que implica cubrir gastos de operación de la AFP, por lo tanto, se debe ordenar revocar esta condena, en el remoto evento de no acceder a revocar íntegramente la sentencia. Adicionalmente, se debe considerar que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece que el 3% de la cotización realizada al Sistema General de Pensiones se destinará a financiar los gastos de administración.

Por ende, considera que ordenar devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por gastos de administración, por el periodo en que el actor permaneció afiliado a la administradora, resulta inequitativo con el Fondo, toda vez que lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado al Fondo, tales como la remisión de extractos, la disposición de canales de atención de los afiliados, la inversión de los recursos, cuya diligencia es precisamente el origen de los rendimientos de sus aportes generados en ese espacio de tiempo.

La apoderada de COLPENSIONES, indicó que para el caso de la demandante no se demostró en primera instancia, que haya ejercido sus derechos y cumplido sus deberes conforme la normatividad vigente, pues por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias, y en el presente caso la demandante no probó 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.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad e ineficacia del traslado del señor EDGAR DANIEL RAMIREZ MOROS del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y a que entidad le corresponde.

7. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del Señor EDGAR DANIEL RAMIREZ MOROS, del régimen de prima media al régimen

de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradoras de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el juez de instancia concluyó, que era procedente declarar la ineficacia del traslado porque no se demostró por la demandada que al momento de efectuar el traslado se suministrara al actor una información completa, cierta, comprensible y oportuna sobre las consecuencias de su decisión, conforme exige tanto la Ley 100 de 1993 en sus decretos reglamentarios como el Estatuto del Sistema Financiero desde la creación de los dos regímenes, no siendo la firma del formulario prueba suficiente para convalidar el consentimiento debidamente informado que se requiere y ante lo cual, dispuso reintegrar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando a la AFP PORVENIR, reintegrar todos los valores adicionales descontados para garantizar la integralidad de los aportes a trasladar del actor.

Por su parte, PORVENIR se opone a que le condenen a restituir saldo alguno por gastos de administración y otros descuentos por tratarse de valores legalmente descontados en su momento por la actividad propia de la administradora del Régimen de Ahorro Individual y COLPENSIONES reclama que la decisión de trasladarse fue libre y voluntaria, y que la actora ya está en la edad para impedir su traslado entre regímenes.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por el actor es la ineficacia del acto por el cual se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

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

proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

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

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 del 24 de marzo de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

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

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

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

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del*

*formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**” dado que “el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.*

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

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

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P PORVENIR; pues argumenta el demandante que suscribió el formulario sin conocer sobre las características esenciales de ambos fondos y sin una proyección, advirtiendo apenas en diciembre de 2019 que su mesada pensional se vería reducida al momento de pensionarse y muy por debajo de lo ofrecido por sus promotores comerciales en el momento de traslado al fondo privado.

Del expediente se puede evidenciar que el 26 de diciembre de 1977, el actor se encontraba afiliado al ISS hoy Colpensiones alcanzando a cotizar en el régimen de prima media 68 semanas; seguidamente mediante formulario de vinculación o traslado suscrito en el mes diciembre de 1996 se trasladó del régimen de prima media a la AFP PORVENIR S.A., apreciando en el recuadro de la parte inferior de dicho documento la firma de la demandante bajo la manifestación preinsertada al formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia.

No obrando otras pruebas al plenario, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor EDGAR DANIEL RAMIREZ MOROS no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, conociendo el actor hasta diciembre de 2019 la diferencia entre la mesada resultante de su ahorro y la que le hubiera correspondido en el régimen de prestación definida.

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

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

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

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

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor. Se ha concluido que la demandada incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió en diciembre de 1996, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»-

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

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

del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

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

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y 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.**»*

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

En consecuencia, se deberá confirmar íntegramente la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 17 de febrero de 2021, y condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES al no haber prosperado sus recursos de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia de fecha 17 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

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

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada Ponente



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 069, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de junio de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-498-31-05-001-2019-00076-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18930
JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA
DEMANDANTES: NORIS DE JESÚS TRIGOS ARENIZ
ACCIONADO: EIRA RUTH JIMENEZ CASTILLA
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO
TEMA: APELACIÓN.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

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

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (N. de S.), procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-498-31-03-001-2019-00076-00 y P.T. No. 18930 promovido la señora NORIS DE JESUS TRIGOS ARENIZ a través de apoderado judicial contra la señora EIRA RUTH JIMENEZ CASTILLA.

Se **RECONOCE** personería Jurídica a la Dra. RUTH CRIADO ROJAS en calidad de apoderada principal, de la demandada EIRA RUTH JIMENEZ CASTILLA, conforme a la sustitución de poder vista a folio 100 del expediente.

I. ANTECEDENTES.

La demandante a través de demanda ordinaria laboral de primera instancia, solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido en forma verbal con la demandada EIRA RUTH JIMENEZ CASTILLA entre el 07 de mayo de 2001 hasta el 07 de abril de 2018, en consecuencia, se condene al reajuste salarial, auxilio de cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, auxilio de transporte, sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, afiliación a caja de compensación, indemnización moratoria, sanción por despido injusto indirecto, indexación, pago de dotación, uso de las facultades extra y ultra petita y costas procesales.

II. HECHOS.

La demandante alega que inició a laborar al servicio de la demandada, en su oficina desde el 7 de mayo de 2001 mediante contrato verbal a término indefinido en la ciudad de Ocaña, que cumplía horario desde hasta 8 am hasta las 12 am y desde las 2 pm hasta las 6 pm de lunes a viernes, que las funciones eran de atención al público, recibir llamadas, transcripción de textos y demandas, elaboración de oficios, entre otros; que el salario percibido desde el 2001 hasta el 2018 fue inferior a un SMMLVM; que el 07 de marzo de 2018 la demandada le comunicó que no podía tenerla como secretaria; que durante la relación laboral nunca le pagaron las prestaciones sociales, ni la cotizaron en el sistema general de pensiones, salud y riesgos laborales, ni le pagaron auxilio de transporte no dotación.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.

La señora **EIRA RUTH JIMENEZ CASTILLA** a través de su apoderado judicial contesto la demanda, negando los hechos y oponiéndose a todas las pretensiones, alegando que no existió vínculo laboral con la demandante, propuso como excepciones de fondo la prescripción, la inexistencia del contrato de trabajo, la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, la falta de título y causa y la genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO UNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA en sentencia de fecha 23 de enero de 2020, **Declaró** la existencia de la relación laboral entre la demandada Eira Ruth Jiménez Castilla en calidad de empleadora y la demandante Noris de Jesús Trigos Arenas en calidad de trabajadora entre el 7 de mayo de 2001 hasta el 1 de abril de 2018; en consecuencia, **CONDENÓ** a la demandada al reconocer y pagar cesantías \$13'370.241, intereses de las cesantías \$252.681, prima de servicios \$1'929.962; vacaciones \$1'093.730 y cuyos valores debe descontarse la consignación extrajudicial realizada de \$2'994.429 (fl.47), al pago de la indemnización del art. 65 del CST en \$26.041,4 diarios desde el 2 de abril de 2018 inclusive hasta el pago total; al pago de la indemnización moratoria del art. 99 numeral 3º de la Ley 50 de 1990 equivalente a \$24'489.400; al pago de los aportes al sistema de pensiones, inclusive los de salud si los exigen por parte de estos para tener como válidos los primeros, a favor de la demandante en la AFP que escoja durante el término del contrato declarado, sobre un IBC mensual como lo prevé el art. 22 de la Ley 100 de 1993; **ABSOLVIÓ** a la demandada

de las demás pretensiones incoadas y la CONDENÓ al pago de las agencias en derecho.

El Juez A quo determinó que las declaraciones rendidas por los testigos, fueron concordantes y dieron fe, del servicio prestado por la demandante a favor de la demandada, por lo que, la carga se le traslada a esta última, quien debe acreditar que la relación no fue subordinada, supuesto que no cumplió; aunado a ello, se aportó un escrito a folio 35 del expediente, firmado por la demandante Eira Ruth Jiménez Castilla en la que informa que se realizaba una consignación en favor de la parte demandante y es una prueba de carácter documental, en la que señala que la señora demandante “*era su empedada*” y agrega “*laboró en mi oficina como secretaria hasta los primeros días del mes de abril*”. Que si bien es cierto se formuló una tacha de falsedad, en la valoración integral de las pruebas no se demostró la ausencia de validez ni la falsedad del escrito. Que la demandante no demostró que devengara un salario superior al mínimo mensual vigente; Que las declaraciones y la certificación, acreditaban los extremos laborales. Que no existen pagos de prestaciones sociales, por lo que, la pretensión prospera, sin embargo, la prima de servicios, las vacaciones y los intereses a las cesantías estuvieron afectados del fenómeno de la prescripción de la acción de los 3 años, no así, el pago de las cesantías; que no existen pruebas de buena fe respecto al no pago de las prestaciones sociales, por lo que, es procedente la condena a la indemnización moratoria del art. 65 del CST; Así mismo, la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías, con prescripción parcial desde el mes de febrero de 2015 hasta el 1º de abril de 2018; que procede el pago a la seguridad social en pensión, mas no a la caja de compensación y/o riesgos laborales, sin embargo, en lo que respecta a salud en el caso en que la administradora de pensiones solicite dichos aportes, deberá suministrarlos la demandada; que no se demostró los gastos de dotación, razón por la que no es procedente la condena, como tampoco se demostró la terminación del contrato sin justa causa.

V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La apoderada judicial de la demandante, interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia anterior, solicitando el pago de la dotación, el reajuste salarial y la indemnización por despido sin justa causa; **respecto a la dotación**, arguye que, la posición reiterada de la Sala Laboral de Casación es el reconocimiento de esa dotación cuando en efecto el contrato de trabajo ha terminado, por lo que, considera que es procedente reconocerla de manera monetaria al trabajador, bajo la premisa de la sana crítica y los criterios de experiencia. En cuanto al **reajuste salarial**, considera que la demandada aceptó el hecho 23 de la demanda, configurándose una confesión, aunado a que no compareció al interrogatorio. Que, en lo tocante al **despido sin justa causa**,

el hecho 26 fue aceptado por la demanda, donde manifestó a la demandante el 17 de marzo de 2018, que a partir del mes de abril "...no podía tenerla como secretaria...", por lo que, la CSJ en reiterados pronunciamientos ha dicho que la situación económica del empleador no constituye una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, así mismo, no existe en el expediente prueba si quiera sumaria, que justifique la aceptación del hecho.

El Apoderado judicial de la demandada interpuso recurso de apelación, alegando que las declaraciones de los testigos son contradictorias, por lo que, considera que no se dan los presupuestos para establecer judicialmente, la declaración de la existencia de un contrato laboral ni de los extremos laborales.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

La apoderada judicial de la demandada, al presentar los alegatos de segunda instancia, insiste en la solicitud realizada ante esta Sala, mediante escrito visto a folios 98-106, donde pide la práctica del interrogatorio y los testimonios de las señoras Eliana Ramírez Rizo, Gloria Estella Corzo, Martha Patricia Alvernia y Teresa Guerrero, argumentando que a pesar de que dichas pruebas fueron decretadas por el Juez A quo, no se pudieron practicar por motivos de fuerza mayor; que durante la audiencia, se explicaron los motivos por los cuales la demandada no asistió a la practica del interrogatorio, pero "*desafortunadamente no contó con la ejecución a cabalidad e idoneidad necesaria de la defensa contratada*".

Que previo a la realización de la audiencia de primera instancia, entre las partes y sus apoderados judiciales acordaron suspender la realización de la misma, sin embargo, el día de la diligencia programada, la demandada "confiada en la actuación de su apoderado", viajó a la ciudad de Bucaramanga para la práctica de un examen médico a su esposo, ya que éste debía asistir con un acompañante, y por actuaciones omisivas de su abogado, los testigos tampoco se hicieron presentes; razones por las cuales, la pasiva Jiménez Castilla, no estuvo asistida técnica y jurídicamente por el estudioso del derecho, generando consecuencias económicas que la perjudicaron en su defensa judicial.

Que en ningún momento la señora Eira Ruth Jiménez Castilla ha negado la relación laboral con la demandante, sin embargo, las condiciones narradas en el escrito de la demanda, no corresponden a la realidad, prueba de ello, la demandada realizó una consignación bancaria por la suma que consideraba debía a favor de la demandante, por lo que, solicita que dicho punto sea aclarado con la práctica de las declaraciones, ante la inexistencia de la mala fe.

Que en caso de no acceder a la práctica de las declaraciones en segunda instancia, alega que la decisión del A quo debe ser revocada, porque los testigos fueron contradictorios y no dan certeza de los extremos laborales; que la señora Rosalba Lobo regreso a Ocaña en el 2006 y luego en el 2017, razón por la que, no puede confirmar los extremos laborales resueltos en primera instancia, además, se refiere a la demandada con rabia, condiciones que vulneran la imparcialidad de su declaración; que el señor Emiro Cañas tampoco logró de forma fehaciente, determinar los extremos de la relación laboral, al señalar que su conocimiento lo obtuvo por intermedio de otras personas, así como lo declaró el señor Rafael López; en igual sentido, sucedió con el testimonio de la señora Dora León.

Que en el plenario se demostró, la buena fe de la pasiva, cuando consignó en el Banco Agrario el día 05 de diciembre y a favor del juzgado, la suma que le debía a la demandante, por lo que, la indemnización moratoria del art. 65 del CST sólo puede hacerse exigible hasta el 05 de diciembre de 2018, por cuanto la parte actora recibía por concepto de salario, el 50% más el salario mínimo y no trabajaba las 48 horas semanales.

Que, en el hecho octavo de la demanda, se declaró que percibía prima de servicio, luego entonces, el Juez A quo no podía condenar a dicha suma.

Concluido el término para alegar, se procede a resolver el asunto, conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para resolver los recursos de alzada interpuestos por las apoderadas judiciales de la demandante y demandada según lo previsto en el Art. 69 A del CPT y SS adicionado por el art. 35 de la Ley 712 de 2001.

Aclaración Previa. En este punto, se hace importante resolver la petición de la apoderada judicial de la demandada, respecto a la solicitud de la práctica de las declaraciones decretadas en primera instancia, la cual, la Sala considera que, no es procedente, en primer lugar, porque el término ha concluido, teniendo en cuenta que, para las fechas de las audiencias programadas por el A quo, la pasiva, guardó silencio

referente a la ausencia de la participación de los testigos decretados a su favor; además, entre la fecha de la diligencia donde se decretaron y practicaron las pruebas hasta la audiencia de juzgamiento, pasaron 6 meses sin manifestación contraria a la decisión, ni durante el transcurso de las mismas ni en los argumentos del recurso de alzada; igualmente, una decisión contraria vulneraría el debido proceso a la defensa y contradicción de la parte que actuó con diligencia, cuidado y lealtad procesal, esto es, a la parte activa del litigio, quien participó en las audiencias, y cumplió con la carga de allegar los testigos para la audiencia programada, razones por las que, no puede someterse a las consecuencias de la negligencia e inercia de la contraparte, quien además gozaba de su defensa técnica y, ante indicios de mala conducta, impericia y/o error en el desarrollo de su labor como abogado titulado, el ordenamiento jurídico prevé procedimientos legales que deberán ponerse en conocimiento ante la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, jurisdicción competente para resolver lo alegado por la peticionaria. En conclusión, la solicitud no prospera, por lo que, se procederá a determinar el objeto de la litis.

Problema Jurídico. De conformidad con los argumentos de los recursos y lo resuelto por el Juez A quo, el conflicto se reduce a:

1. Determinar si entre la demandante NORIS DE JESUS TRIGOS ARENIZ y la demandada EIRA RUTH JIMENEZ CASTILLA existió una relación de carácter laboral entre el 07 de mayo de 2001 hasta el 1º de abril de 2018, como lo resolvió el Juez A quo, o, por el contrario, el operador de primer grado erro en la valoración de las declaraciones rendidas en audiencia como lo arguye el recurrente, en consecuencia, no existe vinculación laboral y los extremos determinados no armonizan la realidad.
2. Si lo anterior es favorable a la demandante, verificar si es procedente el reconocimiento de las pretensiones de indemnización por despido injusto, dotación y reajuste salarial alegadas por la apoderada judicial de la demandante.

Por otra parte, advierte la Sala que los alegatos en segunda instancia deberán estar en consonancia con los concretos motivos de inconformidad señalados en el recurso de apelación, de conformidad con el art. 66 A del C.P.T. y de la S.S. adicionado por al art. 35 de la Ley 712 de 2001, es decir, no constituye una oportunidad legal para traer nuevas inconformidades y/o fundamentos tendientes a quebrar la sentencia de primer grado, ya que se orientan a reforzar los argumentos de la apelación.

En ese orden de ideas, respecto a la inconformidad presentada por la activa contenida en los alegatos de segunda instancia, derivada de la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST, esta Sala considera que en virtud al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPL, tal aspecto no será analizada en esta instancia, como quiera que la misma no fue objeto de inconformidad por parte de la pasiva al interponer el pertinente recurso de apelación.

Normatividad Aplicable-prestación del servicio-carga probatoria.

Se hace imperioso recalcar, que a la demandante le basta con probar en curso de la Litis, la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es al empleador (a), a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiada el operario, ello no significa que la demandante quede relevada de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al (la) trabajador (a) la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se estable que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también a la promotora del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Aunado a ello, el artículo 167 del Código General del Proceso, dispone: «*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*», principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien debe probarla; al compás de ello, los juzgadores de instancia tienen la facultad para formarse libremente su convencimiento, de conformidad con el principio de la libre valoración probatoria consagrado en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en concordancia con el art. 60, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes, sin someterse a una tarifa legal para la valoración de las pruebas.

Lo anterior conlleva, que el recurrente debe soportar una carga demostrativa tendiente a desvirtuar las presuntas equivocaciones en la decisión, actuación acompañada de fundamentos sólidos, jurídicos, fácticos y diáfananamente razonables, que acrediten la

validez de sus argumentos, siguiendo las reglas propias de cada juicio y garantizando los principios de lealtad procesal, contradicción, defensa, debido proceso, entre otros.

Con base en lo expuesto, se itera que, a efectos de los arts. 23 y 24 del CST la **existencia cierta de una relación de trabajo** se produce por la **prueba certera** de los elementos que le dan origen conforme el primero de los citados artículos, o por la presunción consagrada en el segundo, tras la **acreditación concreta del servicio personal de una persona**. La demostración de ese servicio personal está a cargo de quien pretende beneficiarse con la presunción antedicha, de modo que **es su deber probar que efectivamente se produjo la actividad a favor del demandado**, como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y que en forma reiterada esta Sala lo ha recalcado (SL102-2020; SL4500-2019; SL1155-2019; SL2608-2019; SL2608-2019; CSJ SL1163-2018; SL5453-2018; SL1378-2018; entre otras). Luego entonces, de no existir un mínimo de prueba que lleve al convencimiento del Juez a determinar el elemento de prestación del servicio, no será dable declarar la presunción prevista a favor de los demandantes.

Conviene igualmente recordar, que el principio de la primacía de la realidad, permite darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica más que a las formas, a fin de determinar el pleno convencimiento del Juez con respecto a los servicios prestados por una persona natural, constituyendo el carácter protector que orientan las normas laborales, y que otorga a quien alega su condición de trabajador, una ventaja probatoria, consistente en la demostración por cualquier medio, de la simple prestación del servicio o actividad personal.

Solución del Primer Problema Jurídico.

Descendiendo al caso analizado, se tiene que el apoderado judicial recurrente, sostiene que la Juez A quo erró en la valoración de las declaraciones rendidas por los testigos traídos por la parte activa, asegura que, no fueron concordantes y que la relación laboral no existió en los extremos laborales determinados; de igual forma, en los alegatos de segunda instancia, se refuerza dicho argumento, mediante el análisis de cada una de las declaraciones, arguyendo falta de imparcialidad, testigos de oídas y desconocimiento de las razones de tiempo, modo y lugar sobre la presunta relación de trabajo.

Así las cosas, se tiene que, en primer lugar, la demandante no aportó pruebas documentales y la demandada allegó al plenario, los siguientes documentos pertinentes para el asunto:

(1º) constancia laboral expedida el 25 de abril de 2000 por el director de la Cárcel de Ocaña, donde certifica que la demandada Eira Ruth Jiménez Castilla se desempeña desde el 1 de abril de 2000 como asesora jurídica del penal (fl.35).

(2º) a folio 36 se aportó la misma constancia laboral, pero del 19 de abril de 2000, donde se especifican órdenes de prestación de servicios, de dos meses en diciembre de 1995, mayo de 1996 por 9 meses, marzo de 1997 por 10 meses, en mayo de 1998 por 6 meses y en diciembre por 3 meses y medio.

(3º) A folios 45 y 46, aparece un escrito dirigido al Juzgado de primera instancia, suscrito por la demandada Eira Ruth Jiménez Castilla, que dice:

“...por medio de la presente anexo consignación de depósito judicial, de las prestaciones a las que tiene derecho la señora NORIS DE JESUS TRIGOS ARENIZ...como empleada, la liquidación que deseo consignar corresponde a los tres últimos años y los describo de la siguiente manera...

(...)

La señora NORIS DE JESUS TRIGOS ARENIZ laboró en mi oficina como secretaria hasta los primeros días del mes de abril del año 2018, el 16 de abril le cancele la suma de NOVECIENTOS MIL PESOS (\$900.000), por concepto de sueldo y prima de servicios...”

(4º) A folio 47 se aportó fotocopia de la consignación en el Banco Agrario por la suma de \$2'994.429.00, de parte de la demandada a favor de la demandante a la cuenta del juzgado de origen por concepto de PAGO DE CESANTÍAS, fechado el 6 de diciembre de 2018

De las pruebas documentales anteriores, el Juez A quo le otorgó valor y fuerza probatoria, al escrito visto a folios 45-46, en lo referente a la aceptación por parte de la demandada, de la existencia de la relación laboral con la demandante y el extremo final de la vinculación, en los apartes “*La señora NORIS DE JESUS TRIGOS ARENIZ laboró en mi oficina como secretaria hasta los primeros días del mes de abril del año 2018...*”; prueba que para esta Sala, goza de plena validez, eficacia y resulta demostrativa para que opere a favor de la demandante, la presunción de que trata el artículo 24 del CST; además la aludida prestación personal del servicio se reafirma por vía de confesión espontánea contenida en la contestación de la demanda, donde se acepta la relación de carácter laboral con la demandante, centrando su defensa en

repeler el extremo inicial y las condiciones en que se prestó el servicio, en especial, el horario de trabajo y el pago de la remuneración.

Bajo esta óptica, se resuelve parcialmente el primer problema jurídico en forma favorable a la demandante, esto es, demostrada la actividad personal que como secretaria ejecuto la señora NURIS TRIGOS a favor de la demanda, sin que existan elementos que desvirtúen tal circunstancia, finge palmario la existencia del vínculo laboral alegado entre las partes y el extremo final de la relación concretado acertadamente por el Juzgador de primer nivel a partir del 1º de abril del año 2018; razón por la que, resta analizar conjuntamente las declaraciones rendidas y los demás elementos recaudados para verificar si la decisión en primera instancia, tiene asidero jurídico para concretar el extremo inicial de la relación laboral (7 de Mayo del año 2001) y al salario devengado por la demandante.

Aclarado lo anterior, se procederá al análisis de las declaraciones:

La demandante Noris de Jesús Trigos Areniz manifestó bajo la gravedad de juramento, que trabajo con la demandada desde el 07 de mayo de 2001, ejerciendo como secretaria, que las funciones eran: *“traer las demandas al juzgado, Recepcionar oficios, recibir al público, contestar demandas, todo lo que tenía que ver con montar una demanda y todo lo relacionado con una secretaria, siempre estaba a la orden de ella”*; ante esta aseveración, el apoderado judicial de la demandada increpa preguntándole *“usted dijo que era bachiller y tenía un estudio de secretariado ¿omitió usted definir que también tiene conocimientos jurídicos? Responde: - no señor...porque yo fui aprendiendo, con el tiempo que yo veía muchas cosas y yo las fui aprendiendo”*. Que trabajaba de 8-12 am y de 2-6 pm de lunes a viernes; que la demandada trabajó con varios clientes, entre ellos, el flaco Ovalles, el Banco Agrario, entre otros. Que la oficina se ubica en el segundo piso de la casa de la demandada y la compartía con la doctora Nubia; aseguró que la demandada le había prometido un lote en pago del servicio prestado por tantos años de trabajo; que su vinculación fue finalizada, de manera unilateral por parte de la demandada, con la justificación de lo contar con presupuesto; que la doctora le prometió afiliarla a la EPS, pero nunca le pagó la cotización.

La señora Rosalba Lobo Amaya manifestó bajo la gravedad de juramento, que conoce a la demandante **desde el año 2006** cuando trabajaba como secretaria de la doctora Eira Ruth Jiménez; aseguró que la demandada llevaba unos procesos judiciales como contraparte a sus intereses, razones por las cuales, el apoderado judicial de la pasiva, tacho a la testigo por presunto conflicto de intereses, sin embargo, el Juez continuó el testimonio, en donde la testigo manifestó que, la ubicación de la oficina, que le consta

que la demandante siempre se encontraba en ella, ejerciendo las funciones de secretaria, que actualmente la demandada es la abogada de 3 de sus familiares, señaló que vio a la demandante hasta el año 2017 y en el año 2018 ella le comentó que ya no trabajaba para la demandada; asegura que cuando iba a la oficina siempre veía a la demandante cumplir horario de 8-12 y de 2-6.

El señor Elí Alfonso Cañas Jaimes declaró que trabaja en una droguería hace 18 años, que conoce a la demandante porque trabaja con la dra Eira Jiménez, que le consta porque mandaba a sacar fotocopias de los expedientes a la droguería desde **el año 2002** hasta el 2014 cuando se trasladaron, pero asegura que la demandada tenía crédito para las fotocopias y siempre enviaba a la demandante a sacarlas; que la señora Noris trabajó hasta mediados del año 2017 con la demandada y le consta porque también hace domicilios para la farmacia y cuando pasaba por la oficina ya no la veía; a la pregunta del Juez: ¿Cómo supo usted que la señora Nory ya había terminado su vínculo con la señora Eira Ruth? Respondió: - por comentarios de una vecina, y al preguntarle el nombre de la vecina, manifestó CELINA, la secretaria de la doctora Nubia, compañera de la demandada. Aseguró que en la oficina trabajaban 2 abogados más y la demandada. asegura que cuando iba a la oficina siempre veía a la demandante cumplir horario de 8-12 y de 2-6. Que las fotocopias las sacaban con regularidad, semanalmente, mensual, a veces diario.

La señora Dora Celina León Trillos manifestó que es técnico en secretariado y trabaja en la curia desde hace 14 años, dice que conoce a la demandante desde el año 2014, cuando la buscó para que la demandada le llevara un proceso de alimentos que culminó en el 2015; que la señora Noris era la secretaria de la doctora Jiménez, porque era quien le recibía los documentos, y en varias ocasiones fue a la oficina para el proceso judicial, pero que la doctora casi nunca estaba y todo era por comunicación con la secretaria; aseveró que el horario de la demandante en la oficina de la demandada era de de 8:00 a 12:00 y de 2:00 a 6:00.

El señor Rafael Antonio López manifestó que conoce a la demandante del barrio Torcoroma desde hace 30 años, que conoce a la demandada porque él era jefe de la señora Noris y una vez fue a hacerle una consulta respecto a una pensión de un familiar; que tiene conocimiento de la relación laboral entre las partes, porque en algunas ocasiones iba a la oficina a realizar consultas; **que escuchó decir de parte de la demandante, que la relación laboral con la doctora Jiménez duró más o menos 15 años**; que no sabe la razón de la desvinculación laboral, que no sabe el salario devengado; que cuando fue hacer la consulta a la oficina de la demandada en el año 2010 vio a la demandante ejerciendo funciones de secretaria, además, aseguró que siempre se la encontraba en el palacio de justicia, y le contaba que trabajaba con la dra Eira.

Extremo inicial de la relación laboral.

De los testimonios rendidos, se infiere que, la mayoría de los testigos conocen a las partes porque acudían a la oficina de la demandada para tratar temas de procesos judiciales, sin embargo a contrario sensu de lo indicado por el Juzgador de primer nivel, y en armonía con lo expuesto por la demandada en su recurso de apelación, de la valoración de dichas declaraciones, en modo alguno, se puede acreditar que el contrato de trabajo declarado inició el día 7 de Mayo del año 2001, como se señala en el líbello introductor, máxime si en cuenta se tiene, que la pasiva en la contestación de la demanda niega la existencia de cualquier vínculo laboral con la demandante durante los años 2001 y 2002.

En efecto, respecto al extremo inicial del vínculo, los únicos testigos que señalan algún indicio sobre el inicio de la relación laboral son los señores Elí Alfonso Cañas Jaimés y Rafael Antonio López el primero, al manifestar que trabajaba en una droguería cerca de la oficina y con quien la demandada EIRA RUTH JIMENEZ CASTILLA tenía un acuerdo para la obtención de fotocopias semanal, mensual o diariamente de los expedientes judiciales a su cargo, además, quien aseguró que la demandante **acudía a la oficina desde el año 2002**, y el señor Rafael Antonio López, quien a pesar de no tener conocimiento de la fecha de inicio de la relación laboral, también aseguró que conocía a la demandante desde hace más de 30 años, que realizaba consultas en la oficina de la demandada de forma esporádica y siempre observó la subordinación de la demandante, los cuales a juicio de la Sala no son suficientes para acreditar el extremo señalado por la promotora de la litis (1º de Mayo de 2001), pues el primero de ellos no expone la razón de su dicho o determinadas particularidades que revelen que efectivamente la actividad inició en el año 2002 y el segundo de ellos, como ya se advirtió, desconoce el inicio del vínculo laboral.

En ese orden de ideas, es evidente que de las declaraciones aludidas no es factible acreditar que el inicio de la relación laboral data del día 7 de Mayo del año 2001, como erradamente lo concluyó el juzgador de primer nivel, sin embargo, como pacíficamente lo ha reiterado la Jurisprudencia al respecto decantada por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, el juzgador está obligado a desentrañar de las pruebas recopiladas en el plenario los extremos del vínculo laboral con el objeto de no vulnerar los derechos laborales de trabajador, motivo por el cual, es menester para la Sala evaluar si existen elementos de juicio que permitan establecer la génesis de la relación laboral, así dicha data no concuerde con la señalada en el líbello introductor.

Así las cosas, advierte la Sala, que en la contestación allegada, la parte demandada al referirse al hecho octavo de la demanda, señala que “solo a finales del año 2003, mi poderdante contrato los servicios de la señora NORIS DE JESUS ARENIZ, por medio tiempo, ya que apenas estaba comenzando a litigar, lo que no ameritaba tener una secretaria, para el horario que menciona la activa”, confesando así, de manera espontánea que el vínculo laboral tuvo su génesis a finales del año 2003, de tal suerte y en vista al deber del juzgador de concretar los extremos laborales del vínculo, con los elementos obrantes en el plenario, es factible señalar que el contrato de trabajo entre las partes aquí declarado inició el día **1º de Diciembre del año 2003**, motivo por el cual **se modificará** la decisión de primera instancia, junto con las condenas impuestas derivadas del aludido interregno temporal.

Solución del Segundo Problema Jurídico.

Ahora bien, con respecto a la **solicitud de pago de la dotación** a favor de la demandante, se debe traer a colación lo dicho por la HCSJ en su sentencia 49941 del 21 de noviembre de 2018, sobre la procedencia de la compensación en dinero de la dotación de calzado y vestido de labor, una vez finalizada la relación laboral, en los siguientes términos:

«Debe sumarse a lo anterior, que conforme a lo dicho por esta Sala, no hay lugar a ordenar el pago de la compensación en dinero de las dotaciones, en razón a que las mismas tienen como objetivo que sean utilizadas en vigencia del contrato; tampoco se invocó la cláusula extralegal con base en la cual se hubiera podido disponer su indemnización monetaria, para lo cual era necesario aportar elementos de juicio que demostraran los perjuicios sufridos por las actoras como consecuencia del incumplimiento de la obligación.»

En efecto, en cuanto al pago de la dotación por todo el tiempo que duró la relación contractual deprecada por parte de la parte demandante, ha de advertir enfáticamente la Sala, que la finalidad de dicho emolumento es que el trabajador la utilice en las labores para las que fue contratado, siendo imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el periodo siguiente, de tal suerte, que un pedimento en esas condiciones a la finalización del vínculo laboral carece de todo sentido, pues este solo se justifica durante la ejecución del contrato de trabajo.

De otra parte aunque no está previsto el mecanismo de la compensación en dinero, y antes por el contrario, el legislador lo prohibió en forma expresa y terminante en el Artículo 234 del Código Sustantivo, tal mandato no conlleva a que el patrono que haya negado el suministro de dotación durante la vigencia del vínculo laboral quede automáticamente liberado por el incumplimiento, pues frente a una pretensión de esta naturaleza al finalizar el contrato se cumple con una indemnización equivalente al monto

que tuvo que destinar el trabajador para proveerse de la ropa y calzado de labor necesaria para sus labores, de tal suerte, que es el trabajador quien tiene que acreditar dentro del proceso el monto del perjuicio irrogado con esa conducta patronal omisiva, perjuicio que para el caso de autos no fue acreditado, ya que en el sub-examine no existe prueba de las erogaciones cubiertas por la demandante en transcurso de la relación laboral para solventar la omisión patronal de suministrar su calzado y vestido de labor en los términos del artículo 230 del CST, motivo por el cual se CONFIRMARA la decisión de primer nivel en ese sentido adoptada.

En lo que respecta al reajuste del salario, dentro del plenario no se demostró que la demandante devengara un salario superior al mínimo legal mensual vigente, los testigos traídos por la parte activa, manifestaron no tener conocimiento de la remuneración devengada y la única prueba documental indiciaria respecto al mismo, es la traída por la parte pasiva, donde se acredita que la suma entregada para el año 2018 corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente (fls.45-46), razones por las cuales, dicha pretensión no prospera, aunado a que la misma, debe estar respaldada con pruebas fehacientes de la remuneración percibida por la trabajadora, carga probatoria que no cumplió la demandante Trigos Areniz.

Respecto **al despido injusto** alegado por la apoderada judicial de la demandante, se rememora que, la normatividad laboral permite poner fin a la relación laboral en forma unilateral, ello no implica que su decisión esté cubierta por el ordenamiento, incluso cuando es caprichosa o arbitraria. La terminación del contrato debe ser justa, razonable y proporcionada, como también debe ser presente e inmediata al conocimiento del hecho.

Cuando se termina el contrato unilateralmente, el trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y al empleador corresponde probar su justificación, manifestando de forma expresa e inequívoca los motivos concretos, o la causal o causales que invocan como motivo de la ruptura y no puede sorprender a la otra alegando motivos extraños que no adujo o distintos a lo expresado como justificación de la terminación, o declarar causales inciertas o genéricas; el no cumplir con esos formalismos básicos hace posible la indemnización correspondiente a la ruptura ilícita del contrato laboral.

Sobre este asunto, no existen pruebas que logren con certeza determinar que la demandada en forma unilateral y sin justa causa, diera por terminada la relación laboral, sin embargo en el hecho 26 sobre el cual recae el fundamento del recurso se señala que *“hasta el día 07 de marzo de 2018, la señora Noris de Jesús Trigos Areniz, prestó sus servicios como Secretaria, pues, la Doctora Eira Ruth Jiménez Castilla, **le manifestó un***

mes antes de la fecha en referencia, que no podía tenerla bajo su servicio como secretaria, por cuanto, la situación económica estaba muy pesada el trabajo era muy poco.”, hecho que fue aceptado como cierto en la contestación de la demanda, y que revela indudablemente por vía de confesión espontánea, que la decisión de fulminar el vínculo laboral fue adoptada por el empleador, sin que exista en el plenario elementos que revelen la existencia de una JUSTA CAUSA para adoptar dicha determinación, siendo procedente entonces el pago de la indemnización por despido injusto solicitada.

De esta manera, conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del CST, atendiendo la naturaleza indefinida del vínculo laboral aquí declarado, cuyos extremos laborales se ejecutaron desde el día 1º de Diciembre de 2003 al 1º de Abril del año 2018, devengando la demandante como último salario el equivalente al mínimo legal mensual para el año 2018 (\$781.242.00), se condenará a la pasiva a cancelar a favor de la demandante a título de indemnización por despido injusto 296,66 días de salario equivalente a la suma de \$ \$7.725.936.00

DECISION DE SALA

Por los argumentos expuestos con anterioridad, se MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia atacada, en el sentido de advertir que los extremos del vínculo laboral declarado oscilan entre el día 1º de Diciembre del año 2003 al 1º de Abril del año 2018, modificándose igualmente la condena por cesantías impuesta, la cual será reducida a la suma de \$11.367.096, y los aportes a pensión durante el aludido interregno. Así mismo se condenará a la pasiva a cancelar a favor de la demandante por concepto de indemnización por despido injusto la suma de \$7.725.936.00, confirmándose en todo lo demás la sentencia recurrida.

Sin costas en segunda instancia ante la procedencia parcial de los recursos de apelación impetrados.

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

VII. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña el día 23 de enero de 2020, en el sentido de DECLARAR que el

contrato de trabajo entre las partes se ejecutó desde el día 1º de Diciembre del año 2003 al día 1º de Abril del año 2018, por las razones expuestas en la anterior motivación.

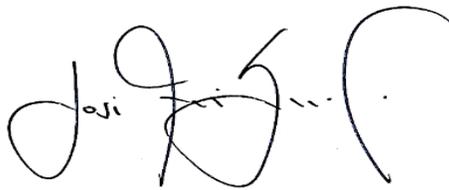
SEGUNDO: MODIFICAR la condena impuesta a la parte demandante por concepto de cesantías la cual se reducirá a la suma de \$11.367.096.00 y la condena impuesta para el pago de los aportes a pensión de la demandante, los cuales deberán ser cancelados desde el 1º de Diciembre del año 2003 al 1º de Abril del año 2018, por las razones advertidas en este proveído.

TERCERO: CONDENAR a la parte demandada a cancelar a favor de la demandante la suma de \$\$7.725.936.00, por concepto de indemnización por despido injusto, conforme a lo advertido en precedencia.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia

NOTIFIQUESE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-498-31-05-001-2019-00076-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18930
JUZGADO ÚNICO LABORAL DEL CIRCUITO DE OCAÑA
DEMANDANTES: NORIS DE JESÚS TRIGOS ARENIZ
ACCIONADO: EIRA RUTH JIMENEZ CASTILLA
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO
TEMA: APELACIÓN.

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 069, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de junio de 2021.



Secretario