

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2017-00083-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19014
JUZGADO: SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTES: CESAR AUGUSTO COLMENARES
DEMANDADO: COLPENSIONES
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA
TEMA: RETROACTIVO PENSIONAL

San José de Cúcuta, once (11) de agosto dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el grado jurisdiccional de consulta, así como el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-002-2017-00068-00 y P.T. No. 19014 promovido el señor CÉSAR AUGUSTO COLMENARES en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y la empresa TRANSPORTES PUERTO SANTANDER, S.A.- TRASAN, S.A., como vinculada de oficio.

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, por intermedio de apoderado judicial, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde la fecha de causación de la pensión de vejez que le fuera reconocida, de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y costas del proceso.

II. HECHOS

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

1. Indicó que nació el 06 de abril de 1953, por ende cumplió los 60 años el 06 de abril de 2011 y se encuentra desafiado del sistema pensional desde el 30 de junio de 2011, fecha de su última cotización para el riesgo de pensión.
2. Que fue pensionado por COLPENSIONES mediante resolución GNR39240 del 05 de octubre de 2014.
3. Que el 18 de noviembre de 2014 solicitó el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez, el cual fue negado mediante Resolución GNR 3107191 del 14 de abril de 2015, alegando la entidad, la omisión del empleador Trasan en reporta la novedad de retiro a partir del 30 de junio de 2011.
4. Que el día 23 de mayo de 2016 solicitó a su empleador que procediera a reportar la novedad de retiro retroactivo ante Colpensiones a partir del ciclo de cotización 06 de 2011.
5. Que el 01 de julio de 2016 solicitó a Colpensiones el pago del retroactivo pensional.
6. Que el 21 de julio de 2016, el empleador Trasan reportó ante Colpensiones la novedad de retiro solicitada.
7. Que el 05 de agosto de 2015 reitera el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, aportando para el efecto la respuesta dada por Trasan.
8. Que mediante Resolución GNR 252892 de agosto 29 de 2016 negó la reliquidación de pensión.
9. Que el 15 de diciembre de 2016 se presenta solicitud de revocatoria directa de resolución 252892 y el 08 de febrero de 2017 Colpensiones expide la Resolución N° GNR43280 mediante la cual “resuelve el trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida (vejez- reliquidación revocatoria)”.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificada de la demanda presentada en su contra, COLPENSIONES, dio formal contestación a la misma, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, ya que la entidad adelantó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, según Resolución GNR 349240 del 05 de octubre de 2014, a la fecha de corte de nómina, esto es, 01 de octubre de 2014, porque consultada la historia laboral informativa de la entidad Trasan, no reportó la correspondiente novedad al sistema pensional, y aun en la historia laboral actualizada a febrero de 2017, no se evidencia la novedad de retiro; que no le es oponible a la entidad los errores que cometen quienes ostentan el deber u obligación de realizar los aportes correspondientes al sistema de seguridad social integral

Como excepciones de fondo propuso las que denominó inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones de indexación e intereses moratorios, indebida notificación de la demanda, prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y la genérica.

La vinculada TRASAN, S.A. dio contestación a la demanda indicando que en el mes de julio de 2011 realizó el retiro del trabajador; que por error involuntario uno de los empleados de la empresa canceló un mes adicional de seguridad social posterior a dicho retiro; que hasta el 22 de julio de 2016 reportó el retiro retroactivo del demandante a partir de julio de 2011.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, responsabilidad exclusiva de COLPENSIONES.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 16 de junio de 2020 resolvió declarar que al señor César Augusto Colmenares le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del día 6 de abril de 2013 a cargo de la entidad demandada Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones y en consecuencia, condenó a la entidad a pagar en favor del demandante la suma de \$14.930.800 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 6 de abril del año 2013 al día 30 de septiembre del 2014, sin perjuicio de la indexación que se causara con posterioridad a esta decisión; absolvió, sin embargo, de la pretensión relacionada con el pago de los intereses moratorios.

Para resolver lo anterior, argumentó que el demandante, al momento en que realizó la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el 23 de abril de 2013, ya había cumplido las semanas y la edad para acceder al derecho y no efectuó cotizaciones más allá del ciclo de junio del 2011 a través de Transportes Puerto Santander Trasan SA ni por ninguno otro empleador; que esta entidad procedió a realizar trámite de retiro retroactivo del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a nombre del demandante en el año 2016 por no haberlo efectuado en su momento, lo cual se materializó el 22 de julio del año 2016 según constancia o certificación expedida por Colpensiones vista a folios 157 del plenario y respuesta a solicitud de retiro de fecha 28 de noviembre de 2016 que elevó en su momento el accionante ante Colpensiones; que a pesar de no haber efectuado o acreditado en su momento la desafiliación al sistema, tal circunstancia no impide que el actor acceda al reconocimiento de la pensión de vejez desde la efectiva causación de la misma, debido a que fue una omisión del empleador no efectuar la novedad correspondiente, lo cual no se puede endilgar desfavorablemente al afiliado.

Con respecto a los intereses moratorios, indicó que cuando el reconocimiento pensional se hace por un análisis jurisprudencial o por la flexibilización, por ejemplo, en este caso de un requisito para la entrada en disfrute de la pensión, es posible que se releve del pago de tales intereses moratorios a la entidad.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA

Inconforme con la anterior sentencia, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que según la normativa y la jurisprudencia, la causación y el disfrute de la pensión de vejez son dos figuras jurídicas diferentes porque tienen identidad y efectos propios, en el entendido que la primera se refiere a que el derecho nace, en tratándose de la pensión de vejez, cuando la persona reúne la exigencia de edad y semanas cotizadas, mientras que para el disfrute de la misma se requiere de la desafiliación del régimen sin ningún otro requerimiento.

Que verificada la historia laboral del demandante, se concluye que no es procedente el reconocimiento del retroactivo pensional a partir del 6 de abril de 2013, es decir a partir de la fecha de cumplimiento del estatus pensional, toda vez que se observa que el último periodo de aportes realizados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones se realizó el 30 de julio de 2011 como trabajador dependiente y por empleador Transporte Puerto Santander SA, sin que medie en el sistema novedad de retiro en este periodo, razón por la cual la prestación se reconoció a corte de nómina, es decir el 1 de octubre de 2014.

VI. ALEGATOS 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.** En sus alegaciones finales, la parte manifestó que no le es oponible al trabajador ni las inconsistencias en los reportes de cotización por el empleador, ni la omisión de acciones de fiscalización por parte de la entidad de seguridad social, no siendo ni siquiera oponible la mora patronal.

Que en el caso que nos ocupa, se encuentra demostrado con la documental aportada, que el actor tiene derecho al retroactivo pensional desde el momento de la causación de su derecho a la pensión de vejez, es decir, desde el 06 de abril de 2013.

- 2. PARTE DEMANDADA.** Ratificó la parte lo manifestado en la sustentación de su recurso de apelación, en cuanto a la diferencia entre la causación y el disfrute de una pensión de vejez; alegó que verificada la historia laboral del demandante se concluye que no es procedente el reconocimiento del retroactivo pensional a partir del 6 de abril de 2013, es decir, a partir de la fecha de cumplimiento del estatus pensional, toda vez que se observa que el último período de aportes realizado al

sistema general de pensiones, lo efectuó el 30 de junio de 2011, como trabajador dependiente para el empleador TRANSPORTES PUERTO SANTANDER S.A.; sin que medie en el sistema novedad de retiro (r) en este período, razón por la cual la efectividad de la prestación se reconoció a corte de nómina; es decir a partir del 01 de octubre de 2014.

Surtida la etapa de presentación de los alegatos de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir el recurso de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si el señor CÉSAR AUGUSTO COLMENARES tiene derecho al reconocimiento y pago, por parte de COLPENSIONES, del retroactivo pensional reclamado, desde el 06 de abril de 2013 al día 30 de septiembre de 2014, tal y como fue declarado por el Juez A quo.

Del material probatorio aportado por las partes, surge evidente que son hechos no discutidos que COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez a favor del demandante a partir del día 01 de octubre de 2014 mediante Resolución GNR 349240 del 05 de octubre de dicho mes y año, prestación esta que había sido solicitada el día 23 de abril de 2014 por el interesado y que fuera inicialmente negada por la entidad a través de Resolución GNR 227708 del 19 de junio de 2014.

Así mismo, se tiene que el demandante solicitó el pago del retroactivo pensional el día 18 de noviembre de 2014, ya que, a su consideración, la prestación otorgada debía ser cancelada a partir de la fecha en que cumplió los requisitos exigidos para acceder a la misma, y no a partir del 01 de octubre de 2014; solicitud esta que fue negada por la entidad mediante Resolución GNR 1071191 del 14 de abril de 2015, confirmada por aquella VPB65834 del 13 de octubre de 2015, las cuales fundamentan su negativa en el hecho que “revisada la historial laboral del asegurado NO figura la novedad de retiro con el empleador TRANSPORTES PUERTO SANTANDER S.A. TRASAN para el periodo de junio de 2011”.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe proceder la Sala a establecer si la falta, por parte del empleador TRASAN, S.A., de reportar la novedad de retiro del afiliado CÉSAR AUGUSTO COLMENARES para el periodo de junio de 2011, sin que existan cotizaciones posteriores a esa fecha realizadas por el

demandante, tiene como consecuencia la imposibilidad de reconocimiento de la pensión de vejez a partir del día 06 de abril de 2013, data en que completó los requisitos de edad y semanas cotizadas para acceder a dicha prestación.

Al respecto, se rememora que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 dispone como regla general, que el **disfrute de la pensión de vejez** será a partir de la desafiliación efectiva al sistema pensional, teniéndose en cuenta, hasta la última semana de cotización para determinar el valor de la mesada pensional.

En este sentido, la CSJ en reiterados pronunciamientos, ha señalado que ante situaciones que presentan ciertas particularidades, la aplicación de dichos preceptos deben ajustarse a esas especiales circunstancias (ver sentencia de radicado 34514 del 1º de septiembre de 2009 reiterada en la de radicado 39391 del 22 de febrero de 2011, 35885 del 6 de julio de 2011 y 37798 del 15 de mayo de 2012).

Dichas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, fueron determinadas en las mencionadas sentencias, de la siguiente manera:

(1º) En tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, por lo que, la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos.

(2º) Cuando de la conducta del afiliado se colige su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, pues en esos casos, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del mismo, ya que el trabajador no asume la omisión del empleador (sentencias de radicado 35605 del 20 de octubre de 2009, SL4611 del 2015 y SL5603 del 2016).

De lo anterior, emerge con claridad, que pueden existir situaciones especiales que ameriten una observación minuciosa por parte del operador judicial, que conlleve a inaplicar la regla general de la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la mesada pensional, ante la concurrencia de varias peculiaridades como son, el haber tenido cumplidos los requisitos para acceder a la pensión, la no cotización al sistema pensional y la solicitud de reconocimiento y pago de la misma.

Para el caso de marras, se reclama la prestación desde su causación, es decir, el 06 de abril de 2013, fecha en que el actor reunió los requisitos exigidos para que le fuera reconocida la misma, sobre la base de que a partir del 30 de junio de 2011 cesaron sus cotizaciones al sistema por haber sido desvinculado de su labor con la empresa TRASAN, S.A., la cual tenía a su cargo el reporte de la desafiliación, lo cual realizó de manera retroactiva, en el año 2016.

Y es que consta en el expediente a folio 33, la certificación expedida por TRASAN, S.A., según la cual el trabajador se desempeñó como CONTROL hasta el 30 de junio de 2011; así mismo, a folio 32 se observa la respuesta enviada al trabajador en la cual le informan que la empresa procederá a reportar la novedad de retiro del servicio a partir del 30 de julio de 2011, información esta que fue confirmada por la empresa en su contestación a la demanda.

Dicho esto, es claro para la Sala que mal podría el trabajador verse perjudicado por la ausencia de reporte de la novedad de retiro, carga esta que se sitúa en cabeza del empleador, siendo por demás palmario en este caso la voluntad del entonces afiliado de no continuar vinculado al sistema lo que se demuestra en el hecho que a partir de julio de 2011 dejó de efectuar las correspondientes cotizaciones, y que el 23 de abril de 2014 presentó ante la entidad la solicitud de reconocimiento de su pensión de vejez.

Así las cosas, surge patente que le asistió la razón al juzgador de primer nivel en cuanto se tiene que la fecha del disfrute de la prestación concuerda con la data de la causación, esto es, el **06 de abril de 2013** cuando cumplió la edad y las semanas de cotización mínimas, lo cual fue declarado en la sentencia atacada, debiendo CONFIRMAR la misma en este sentido.

Revisando el fenómeno de la prescripción de la acción alegada por COLPENSIONES, se hace importante recordar, que el artículo 488 del C.S.T. prevé que las acciones correspondientes a los derechos laborales **prescriben en tres años**, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible, salvo los asuntos de prescripciones especiales; A su vez el 489 ibídem determina que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado, **interrumpe la prescripción por una sola vez**, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

Por su parte, el 151 del C.P.L. y de la S.S., acuerda que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y ratifica que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, interrumpirá la prescripción por un lapso igual.

El artículo 6º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, con la modificación introducida por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, señala como requisito de procedibilidad para las acciones contenciosas contra La Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública, la previa reclamación administrativa consistente en el simple reclamo escrito del pretendiente sobre el derecho, **la cual se entiende agotada cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta.**

En el presente caso, el actor presentó la solicitud de otorgamiento de pensión de vejez el 23 de abril de 2014, la cual fue resuelta de forma negativa por la

entidad a través de Resolución GNR 227708 del 19 de junio de 2014, habiendo sido apelada esta, recurso resuelto a través de Resolución GNR 349240 del 01 de octubre de 2014; posteriormente, el actor solicitó el pago del retroactivo pensional el día 18 de noviembre de 2014, que fue negado en Resolución GNR 1071191 del 14 de abril de 2015 y confirmada por aquella VPB65834 del 13 de octubre de 2015, por lo que el señor CÉSAR AUGUSTO COLMENARES tenía hasta el 13 de octubre de 2018 para presentar su petitum frente a la justicia ordinaria, lo que hizo dentro del aludido término, esto es, el día 22 de febrero de 2017, por lo que las mesadas retroactivas solicitadas no se vieron afectadas por el fenómeno extintivo estudiado.

En tal virtud, no encuentra esta Sala otro camino que CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 16 de junio de 2020 en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del señor CÉSAR AUGUSTO COLMENARES el retroactivo pensional causado desde el 06 de abril de 2013 y el 30 de septiembre de 2014, el cual al ser calculado teniendo en cuenta que la mesada pensional corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente, arroja un total de \$11.601.333, debiéndose MODIFICAR la sentencia atacada en cuanto al indexar esta suma al 30 de junio de la presente anualidad equivale a **\$15.396.769**, sin perjuicio de la indexación que se genere en adelante.

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 un (1) salario mínimo mensual vigente a cargo de COLPENSIONES y en favor del señor CÉSAR AUGUSTO COLMENARES.

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,

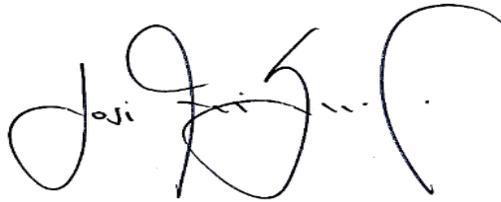
I. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta el 16 de junio de 2020 en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer favor del señor CÉSAR AUGUSTO COLMENARES el retroactivo pensional causado desde el 06 de abril de 2013 y el 30 de septiembre de 2014.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar a favor del señor CÉSAR AUGUSTO COLMENARES la suma de **\$15.396.769** por concepto de retroactivo pensional aquí ordenado, indexado al 30 de junio de 2021, sin perjuicio de la indexación que se cause en adelante.

TERCERO: 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 un (1) salario mínimo mensual vigente a cargo de COLPENSIONES y en favor del señor CÉSAR AUGUSTO COLMENARES.

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. 082, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 12 de agosto de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-002-2019-00292-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19164
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: ANA LUISA CAMACHO
ACCIONADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA
TEMA: PENSIÓN DE VEJEZ-

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, **once** (11) de **Agosto** dos mil veintiuno (2021),

Procede la Sala a resolver los recursos de alzada interpuestos por el apoderado judicial del demandante, el Ministerio Público-Procuraduría Delegada para asuntos Laborales y de la Seguridad Social, la demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 17 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral bajo radicado No. 54-001-35-05-002-2019-00292-00 y Partida de este Tribunal No.19164 promovido por la señora **ANA LUISA CAMACHO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE.**

I. ANTECEDENTES.

Como antecedentes facticos relevantes y procesales, se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios **26-30**, donde la demandante solicita que se declare la convalidación de los ciclos en mora con el empleador LUIS PEREZ CRISTANCHO entre el 1º de octubre de 1980 hasta el 31 de octubre de 1990, los tiempo laborados con la RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO de los meses: julio y agosto de 2008, enero de 2010, agosto de 2011, junio y agosto de 2012, desde febrero de 2014 hasta el 31 de mayo de 2016; y con la caja de compensación entre el 1º de enero al 30 de junio de 2017; en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez según el art. 7º de la Ley 71 de 1988 a partir del 24 de agosto de 2007 efectiva desde el 1º de julio de 2017 junto con las dos mesada adicionales anuales; al pago de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a la

indexación, al uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las costas procesales.

II. HECHOS

Para fundamentar sus pretensiones, alega que nació el 24 de agosto de 1952, que COLPENSIONES le reconoció la indemnización sustitutiva de vejez mediante resolución No. 0004000 del 25 de abril de 2008 con 677 semanas de cotización; que el ISS no tuvo en cuenta los periodos en mora con el empleador LUIS PEREZ CRISTANCHO desde el 1º de octubre de 1980 hasta el 31 de octubre de 1990 a pesar de estar relacionados en la historia laboral, que el empleador falleció y la administradora de pensiones no realizó el cobro coactivo, lo mismo aconteció con la Rama Judicial y la Caja de Compensación; que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme lo señala la Ley 71 de 1988 y el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES a través de su apoderado judicial aceptó parcialmente los hechos y se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra (fls.46-56), alegando que no es procedente el reconocimiento de la prestación al haberse otorgado la indemnización sustitutiva de vejez de conformidad con el art. 6º del Decreto 1730 de 2001; además, que la demandante no cumple los requisitos previstos en la Ley 71 de 1988; propuso como excepciones de fondo, el cobro de lo no debido, la inexistencia de la obligación, la incompatibilidad pensional, la buena fe, la improcedencia de los intereses moratorios, la prescripción y la innominada o genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia de fecha 17 de junio de 2020, declaró que la demandante cumplía con los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, art. 36 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de vejez desde el 24 de agosto de 2007, en consecuencia, **condenó** a COLPENSIONES al pago del retroactivo desde el mes de junio de 2016 hasta mayo de 2020 por la suma de \$28'455.408 sin perjuicio de la indexación; declaró

parcialmente probada la excepción de prescripción y probada la excepción de improcedencia del pago de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993; por último, condenó en costas procesales a la demandada.

Como fundamento de lo anterior, sostuvo que la indemnización sustitutiva de vejez reconocida a favor de la demandante y la pensión de vejez solicitada no son incompatibles ya que la primera se reconoció por un yerro del derecho a la prestación principal, de ser ello posible, se descontará la pretensión accesoria, señalando para tal argumento, lo dispuesto en las sentencias de radicado número 30123 del 20 de noviembre del 2007, No. 35896 del 7 de julio del 2009, No.39504 del 24 de mayo de 2011, No. 37902 del 24 de abril de 2012 y S.L. 3895-2019 de la Sala Laboral de la CSJ.

Que, respecto a la mora en el pago de las cotizaciones a pensión de un afiliado dependiente, la jurisprudencia de la CSJ ha dispuesto en reiterados pronunciamientos, que la administradora de pensiones debe contabilizar los tiempos de servicio para efectos de pensión, que el empleador no pague por mora, siempre y cuando se demuestre la afiliación y la efectiva relación laboral (SL1355 del 2019); en razón de ello, sostuvo que de las pruebas aportadas, la actora probó que se encontraba afiliada con el empleador LUIS PEREZ CRISTANCHO desde el año 1974 y que se encuentra en mora desde el año 1980 hasta 1990 completando un total de 486,85 semanas que sumadas a las aceptadas por COLPENSIONES 677, arroja un total de 1133 para el 24 de agosto de 2007.

Que la excepción de prescripción de la acción opera de forma parcial durante los 3 años anteriores a la petición, esto es, las mesadas anteriores al 24 de mayo de 2016 prescribieron. Que el valor del retroactivo asciende a la suma de \$46.296.592, contando 14 mesadas anuales, sin embargo, se debe descontar el valor cancelado por indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debidamente indexado a la fecha de hoy y lo correspondiente de los aportes a salud del 12%, una vez efectuados dichos descuentos arrojan un valor por concepto de retroactivo pensional a favor de la demandante de \$28.455.408 sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad a la decisión.

Que no proceden los intereses moratorios del artículo 141 de ley 100 de 1993 en favor de la demandante; ya que la misma solicitó en el 2007 el reconocimiento de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, advirtiendo en su momento la

imposibilidad de seguir cotizando, existiendo fundamentos o justificaciones por parte de COLPENSIONES para abstenerse a reconocer la pensión de vejez.

V. ARGUMENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandante inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación en forma parcial, alegando que, la mesada pensional debió ser liquidada en un monto superior a un SMMLV, porque desde el año 2008 posterior al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, los aportes a pensión fueron superior al salario mínimo mensual, por lo que, solicita sea reliquidada la mesada pensional; y en segundo lugar, que COLPENSIONES tiene la obligación de reconocer los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, al considerar que la historia laboral de Colpensiones demostró la omisión de su deber legal de haber adelantado los cobros respectivos al empleador moroso, entonces, sostuvo que no se le puede castigar a la afiliada por haber reclamado la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ya que ésta desconocía su situación pensional para el momento de la solicitud.

COLPENSIONES sustentó el recurso de apelación, alegando que no se encuentra obligada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la actora, toda vez que no cumple con las exigencias del art. 7º de la Ley 71 de 1988 ni los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, ya que cuenta con solo 677 semanas de cotización, por lo que, deberá aplicarse lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por el art. 9º de la Ley 797 de 2003. Que la administradora de pensiones le reconoció la indemnización sustitutiva de vejez siendo incompatible con la pensión de vejez según lo dispuesto en el Decreto 1730 de 2016 art. 6º. Por último, alega que no está conforme con la condena en costas procesales, porque sostiene que su actuación se ajustó a los parámetros legales, aplicando la constitución, buena fe, la ley y el precedente jurisprudencial.

El Ministerio Público a través de la Procuraduría Delegado para Asuntos Laborales y de la Seguridad Social, considera que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, las cotizaciones posteriores al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, esto es, a partir del 25 de abril de 2008, deben ser tenidas en cuenta para su liquidación respectiva, porque el reconocimiento de la prestación accesoria fue equivocado, y bajo esa lógica no operan los efectos que prevé el Decreto 1730 (sic), ya que, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no fue válido, tanto así que se ordena la

compensación, surgiendo para el afiliado, la posibilidad de decidir si continúa o no efectuando aportes; entonces consideramos que la interpretación que da la corte en la sentencia S.L. 3895 del 2019 que fue en la que se basó el señor juez para tomar la decisión, es contraria a lo que se ha manifestado en esta sentencia y que al no dársele validez al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, las cotizaciones posteriores se deben tener en cuenta para efectos de reconocimiento de la pensión.

En ese sentido, señaló que la fecha del reconocimiento del retroactivo pensional, deberá tenerse en cuenta como lo está solicitando la parte demandante; sin embargo, el pago del retroactivo no podrá ser como lo ordenó el señor juez desde el mes de junio del 2016 sino que deberían tenerse en cuenta todas las cotizaciones posteriores, incluyendo hasta la del 30 de junio de 2017, y conforme a los artículos 13 y 35 el retroactivo tendría que pagarse a partir del 1 de agosto del 2017 y no como lo ordenó señor juez desde junio de 2016.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

COLPENSIONES presentó los alegatos de segunda instancia, reiterando lo expuesto en los alegatos de conclusión y las excepciones propuestas en la CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, resaltando que la entidad no está llamada a reconocer el retroactivo y el monto establecido, en virtud a que esta pretensión no está llamada a prosperar, toda vez que la demandante ANA LUISA CAMACHO, carece del derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, por resultar incompatible con la indemnización sustitutiva ya reconocida.

Que la demandante, no acredita el cumplimiento de los presupuestos consagrados en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en virtud a que no acredita 500 semanas de cotización dentro del periodo 24 de agosto de 1987 al 24 de agosto de 2007, ni 1.000 semanas en cualquier tiempo.

Solicita tener en cuenta la excepción de PRESCRIPCIÓN; de conformidad con el artículo 488 del C.S.T., en armonía con el artículo 151 del C.P.L., se establece que el transcurso del tiempo, en tres (3) años, hace que opere el fenómeno jurídico de la prescripción sobre lo demandado.

Y por último, se opone a las COSTAS, por cuanto el Instituto de Seguros Social I.S.S. hoy Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES-, ha actuado siempre con la creencia, como en efecto lo es, de haber cumplido

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

De otro lado, la apoderada judicial de la demandante, allegó memorial antes de admitir el recurso de apelación en segunda instancia, ratificando los argumentos del recurso de alzada, respecto a tener en cuenta las últimas semanas de cotización para la liquidación de la mesada pensional, y al pago de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993.

VII. CONSIDERACIONES

En virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CST y de conformidad con lo manifestado por la parte demandante en su recurso de apelación y al surtirse el grado jurisdiccional de consulta, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si la señora ANA LUISA CAMACHO tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-le reconozca la pensión de vejez bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990 y el art. 36 de la Ley 100 de 1993; en caso favorable, determinar la fecha del retroactivo pensional, la cuantía de la mesada pensional y si es procedente o no, la condena al pago de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

El Juez A quo considero que, la demandante tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y cumplir con las semanas previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005; además, que la mora del empleador no puede perjudicar el reconocimiento pensional del afiliado, por lo que, el tiempo laborado debe ser contabilizado para efectos de la pensión de vejez; así mismo, que la indemnización pagada no puede ser obstáculo para el pago de su mesada pensional siendo procedente el descuento de la misma sobre el valor del retroactivo pensional; que no son procedentes los intereses moratorios, que operó la prescripción parcial y, que para efectos del monto de la mesada, las semanas posteriores a la causación, no podían ser contabilizadas.

Colpensiones alega que la demandante no tiene derecho a la pensión de vejez porque es incompatible con la indemnización sustitutiva efectivamente pagada,

según lo dispuesto en el Decreto 1730 de 2016 art. 6º.; se opuso a la condena en costas.

El Procurador para asuntos laborales y de la seguridad social sostiene que deberá ser revisada la liquidación de la mesada pensional tomando hasta la última semana de cotización; igualmente, que deberá ser corregida la fecha del disfrute real de la prestación.

Así las cosas, la Sala procederá en primer lugar, a determinar si la demandante cumple con los presupuestos exigidos en la normatividad aplicable para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, luego, se verificará si la misma es incompatible con la indemnización sustitutiva de vejez según lo alegado por la administradora de pensiones demandada, y por último, de ser favorable las resultas a la demandante, determinar si el Juez A quo erró al calcular el valor de la mesada pensional, la fecha del disfrute de la prestación, y la absolución del pago de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

No obstante, la Honorable Corte Suprema de Justicia mediante sentencia proferida el **1º de julio de 2020** de radicado SL2557-2020 MP Doctor Iván Mauricio Lenis Gómez, varió el precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones por vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES y los tiempos laborados a entidades públicas, decisión que actualmente impera en la jurisdicción ordinaria laboral, y que asumirá esta Sala de decisión, siempre y cuando, se demuestre que el afiliado demandante Castillo Parada satisfizo las 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o las 1000 semanas y los 60 años antes del 31 de diciembre de 2014, y únicamente si demuestra que al 1º de abril de 1994 tenía amparada la expectativa de acceder al derecho pensional, esto es, se encontraba afiliado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, se hace importante recordar que, con el propósito de lograr la justicia material y en este caso, efectivizar el derecho fundamental de la seguridad social, los operadores judiciales no se encuentran sometidos a los argumentos esbozados por las partes, ya que sus conocimientos jurídicos les permite resolver el litigio de acuerdo con los temas planteados en la demanda, la contestación, alegatos y recurso de apelación, actividad que conlleva la investigación,

aplicación, ponderación y actualización, de las normas que regulan cada caso y de las diferentes interpretaciones dadas por las altas cortes, aun con prescindencia de las que fueron invocadas por las partes. (ver sentencias rad. 38224 21 de junio de 2011, rad. 33352 del 14 de octubre de 2009, SL4457-2014, SL15501-2017, SL4143-2018, SL2415-2019entre otras).

CASO CONCRETO

De las pruebas aportadas al plenario y sobre las cuales no existe tacha de falsedad, se acredita lo siguiente: **(i)** que la demandante Ana Luisa Camacho nació el 24 de agosto de 1952, es decir, para el 1º de abril de 1994 contaba con 42 años de edad (fl.2), **(ii)** que inició los aportes en pensión con el empleador PEREZ CRISTANCHO LUIS desde el 1º de febrero de 1974 (fls.5-10), **(iii)** que mediante la resolución No. 0404 de enero de 2008 el ISS negó la pensión de vejez por insuficiencia de semanas de cotización, luego, el 4 de abril de 2008 la demandante solicitó ante el ISS el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez, y mediante resolución No.004000 notificada el 17 de junio de 2008 se le reconoció y pago el valor de la indemnización sustitutiva de vejez correspondiente a 677 semanas de cotización, sin embargo, continuó las cotizaciones a pensión con el empleador Rama Judicial de Cúcuta hasta el 30 de junio de 2017 (fl.4). **(iv)** que el ISS mediante escrito suscrito por la Tesorería el día 8 de octubre de 1993 informó que el empleador LUIS PEREZ CRISTANCHO le adeudaba al ISS los aportes desde el mes de octubre de 1980; hasta octubre de 1990 correspondientes a su trabajadora Ana Luisa Cristancho (fl.11); **(v)** que el señor Luis Pérez Cristancho firmó una constancia laboral el día 10 de mayo de 1994 donde aseguró que la señora Ana Luisa Camacho prestó sus servicios en su oficina de abogado durante los periodos: 1972-1977 y desde febrero de 1978 hasta finales de 1992 (fl.12); **(vi)** que el señor Luis Pérez Cristancho falleció el 11 de julio de 2004 según registro civil de defunción visto a folio 12; **(vii)** que el 24 de mayo de 2019 la demandante solicitó por intermedio de apoderada judicial y ante COLPENSIONES, la revocatoria directa de la resolución anteriormente mencionada, bajo el argumento que cumplía con las semanas de cotización para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez (fls.15-16) y, mediante resolución SUB 142052 notificada el 28 de junio de 2019, COLPENSIONES no accedió a la revocatoria (fl.19-22) y el 16 de julio de 2019 interpuso la demanda ordinaria laboral (fl.1).

De tal manera que, una vez demostrado que la demandante en principio, es

beneficiaria del régimen de transición, esto es, que cumplió 42 años el 24 de agosto de 1994, se procederá a verificar si reúne las 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005, según lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005, para que dicha prerrogativa se le extienda hasta el 31 de diciembre de 2014, y en dado caso, reconocer la prestación de vejez al establecer que cotizó 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, y/o las 1000 semanas en cualquier tiempo (antes del 31 de diciembre de 2014).

Bajo estas consideraciones, se tiene que, la discusión se centró sobre la presunta ausencia de las semanas de cotización, por lo que, según el reporte de semanas actualizadas del 31 de julio de 2019, desde el 1º de febrero de 1974 hasta el 30 de septiembre de 1980, la demandante aportó 347.71 semanas con el empleador LUIS PEREZ CRISTANCHO, sin embargo, en el mismo reporte se registró la afiliación con el empleador desde el 1 de octubre de 1980 hasta el 31 de octubre de 1990 con la "*OBSERVACIÓN: PERIODO EN MORA POR PARTE DEL EMPLEADOR*", de igual manera, el ISS mediante escrito suscrito por la Tesorería el día 8 de octubre de 1993 aceptó que el empleador LUIS PEREZ CRISTANCHO le adeudaba al ISS los aportes desde el mes de octubre de 1980 hasta octubre de 1990 correspondientes a su trabajadora Ana Luisa Cristancho (fl.11), no obstante, COLPENSIONES no demostró que había realizado la acción de cobro prevista en el art. 24 de la Ley 100 de 1993.

Respecto a la mora en el pago de aportes a pensión, la Honorable Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos ha señalado que, se deberán tener como válidas las semanas cotizadas siempre y cuando la administradora de pensiones no acredite el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro (Ver sentencias SL16715 del 5 de noviembre de 2014 M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, SL14388 del 20 de octubre de 2015 M.P. Rigoberto Echeverry Bueno y SL16086 del 20 de octubre de 2015 M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas).

Conforme lo anterior, en el caso de un **trabajador dependiente afiliado al sistema de seguridad social en pensiones**, las cotizaciones se causan con la efectiva prestación del servicio, independientemente que el empleador se encuentre en mora con el pago de las mismas (sentencias SL 34256 de 10 febrero de 2009, SL9808-2015 y SL13276-2015), criterio que acompasa con lo previsto en el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 17 y 22 de la misma disposición.

En conclusión, la existencia de semanas de cotización en mora no es razón para negar el derecho pensional deprecado, por cuanto no pueden trasladársele al asegurado las consecuencias de la omisión del empleador en el pago de los aportes, sin que la entidad administradora de pensiones demuestre que realizó el cobro de lo adeudado en debida forma, es decir, como lo ordena el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Así pues, el trabajador dependiente cumple con su deber de cotizar, realizando la labor para la que fue contratado, y es al empleador, con posterioridad a la afiliación, a quien, de conformidad con lo señalado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, le corresponde realizar el pago a la administradora pensional. De no hacerlo en término se generan unos intereses moratorios.

En virtud de lo expuesto, la labor del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones no consiste en el simple recaudo de los aportes, sino que, como administradora de esos recursos, tenía la obligación legal de vigilancia, a fin de que estos se hicieran efectivos aun ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas pertinentes.

Similar posición ha sostenido la Corte Constitucional, en especial, en la sentencia T-300-2014, en donde indicó:

“En conclusión, la falta de pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador, o la negligencia en el uso de las herramientas de cobro por parte de las administradoras de pensiones, no pueden servir de argumento para negar el reconocimiento y pago de una prestación pensional, pues de lo contrario correría el trabajador con las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación legal de su empleador y con la correlativa falta de acción de la AFP encargada de cobrar los pagos no efectuados en tiempo por el empleador. En consecuencia, el empleado no debe asumir la ineficiencia de la entidad administradora en el cobro de dichos aportes, y esta última no puede alegar a su favor la propia negligencia en perjuicio del trabajador, toda vez que él es ajeno a dicha situación”.

De manera tal que, se demostró que la demandante Ana Luisa Camacho al 29 de julio de 2005 reunía más de 750 semanas para que la prerrogativa transicional se le extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014, al sumar los aportes efectivamente cotizados desde el 1º de febrero de 1974 hasta el 30 de septiembre de 1980 (347.71) con los periodos en mora desde el 1º de octubre de 1980 hasta el 30 de octubre de 1990 (10 años y 1 mes: 3630 días equivalente a 518,57), para un total

de 866.28 semanas de cotización.

Aclarado lo anterior, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, la demandante debía cumplir 55 años de edad y cotizar 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas antes del 31 de diciembre de 2014.

Con relación a los requisitos para acceder al reconocimiento pensional, se tiene que la demandante cumplió los 55 años de edad el 24 de agosto de 2007 (fl.03) y en los 20 años anteriores al cumplimiento de dicha edad (del 24 de agosto de 1987 hasta el 24 de agosto de 2007) reunió un total de 491.07 semanas, no alcanzando a reunir las 500 semanas exigidas en la norma, sin embargo al analizar la segunda hipótesis, advierte la Sala que desde el 1º de febrero de 1974 hasta el 24 de agosto de 2007, el demandante reunió un total de **1.210,64 semanas de cotización**, cumpliendo así con los requisitos para acceder a su pensión de vejez.

Luego entonces, el problema jurídico quedará resuelto en forma favorable al demandante, por lo que se CONFIRMARÁ la sentencia proferida por el Juez A quo, en el sentido de ordenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la señora ANA LUISA CAMACHO con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, Ley 100 de 1993 en su art. 36 y Acto Legislativo 01 de 2005.

Debe precisarse que el pago de la indemnización sustitutiva, no impide el eventual reconocimiento de la pensión de vejez, cuando posteriormente se constata que procedía la referida prestacional pensional, en tanto vele y se reitera esta es irrenunciable (SL11042-2014 –SL9769 – 2014).

En este sentido, como válidamente lo sostuvo el Juez A quo, ya que la demandante no podría recibir la pensión de vejez y a su vez la indemnización sustitutiva de dicha prestación porque ambas son **excluyentes**, funge procedente confirmar la decisión de primera instancia, en el sentido que los valores que deba reconocer a ANA LUISA CAMACHO por concepto de retroactivo pensional, descuento lo cancelado por concepto de indemnización.

Ahora, el Juez A quo reconoció la pensión de vejez consecuentemente el pago del retroactivo pensional, desde el 16 de junio de 2016, sin embargo, en las consideraciones de la sentencia, hace referencia a que la pertinente reclamación administrativa se elevó el día 24 de mayo de 2019, debiéndose reconocer el aludido retroactivo contando 3 años anteriores a dicha calenda, luego entonces ante tal disparidad esta Sala procederá a verificar, la data exacta del disfrute de la prestación.

Al respecto, se rememora que, el art. 13 del Acuerdo 049 de 1990 dispone como regla general, que el **disfrute de la pensión de vejez** será a partir de la desafiliación efectiva al sistema pensional, teniéndose en cuenta, hasta la última semana de cotización para determinar el valor de la mesada pensional.

En este sentido, la CSJ en reiterados pronunciamientos, ha señalado que ante situaciones que presentan ciertas particularidades, la aplicación de dichos preceptos deben ajustarse a esas especiales circunstancias (ver sentencia de radicado 34514 del 1º de septiembre de 2009 reiterada en la de radicado 39391 del 22 de febrero de 2011, 35885 del 6 de julio de 2011 y 37798 del 15 de mayo de 2012).

Dichas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, fueron determinadas en las mencionadas sentencias, de la siguiente manera:

(1º) En tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, por lo que, la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos.

(2º) Cuando de la conducta del afiliado se colige su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, pues en esos casos, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del mismo, ya que el trabajador no asume la omisión del empleador (sentencias de radicado 35605 del 20 de octubre de 2009, SL4611 del 2015 y SL5603 del 2016).

De lo anterior, emerge con claridad, que pueden existir situaciones especiales que ameriten una observación minuciosa por parte del operador judicial, que conlleve a inaplicar la regla general de la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la mesada pensional, ante la concurrencia de varias peculiaridades como son, el haber tenido cumplidos los requisitos para acceder a la pensión, la no cotización al sistema pensional y la solicitud de reconocimiento y pago de la misma.

Para el caso de marras, se reclama la prestación desde su causación, es decir, el mes de enero de 2008 (fl.41 expediente digital) fecha en que la actora reunió los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 del mismo año que lo aprobó, ante la negativa por parte del ISS, la señora Camacho solicitó en el 04 de abril de 2008 la indemnización sustitutiva de vejez, reconocimiento pagado y notificado el 17 de junio de 2008; adicional a ello, continuo activa laboralmente con el empleador RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO y con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR de Norte de Santander desde el 1º de mayo de 2008 hasta el 30 de junio de 2017 en forma interrumpida un total de 542.85 semanas, con las siguientes observaciones:

RAMA JUDICIAL			
2008	Desde mayo hasta agosto	105 días	APORTE DEVUELTO AL EMPLEADOR
2009	4 marzo -9 diciembre	279	APORTE DEVUELTO AL EMPLEADOR
2011	1 agosto – 16 diciembre	106	NO VINCULADO-PENSIONADO
2012	Enero-7 junio Septiembre-diciembre	277	NO VINCULADO-PENSIONADO
2013-2015	1 enero de 2013-30 diciembre 2015	1080	NO VINCULADO-PENSIONADO

2016	Enero-mayo	150	NO VINCULADO- PENSIONADO
CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR			
2017	Enero-junio	180	NO VINCULADO- PENSIONADO

Ahora bien, el **24 de mayo de 2019** la demandante solicito a COLPENSIONES la pensión de vejez y la revocatoria de la resolución No.004000 del 25 de abril de 2008 y mediante resolución SUB 142052 del 05 de junio de 2019 la demandanda negó la prestación y el 16 de julio de 2019 fue interpuesta la demanda (fl.1).

Por otra parte, la demandante, sostiene que las semanas posteriores al reconocimiento de la indemnización debían ser contabilizadas para efecto de establecer el valor de la pensión; argumento que apoya la Procuraduría, pero agrega, que el retroactivo deberá ser pagado desde la última cotización en el año 2017 y no, desde el año 2016.

Así las cosas, se rememora que la demandante cuando solicitó por primera vez la pensión de vejez, le reconocieron la indemnización sustitutiva, y continuó con relación laboral activa hasta el año 2017, y dos años mas tarde, en mayo de 2019 requirió nuevamente la pensión de vejez, cuando había sumado a su historia laboral 1753.49 semanas, esto es, durante la causación desde el 1º de febrero de 1974 hasta al 28 de marzo de 2003 (1210.64) y posterior al pago de la indemnización sustitutiva de vejez desde el 1 de mayo de 2008 hasta el 30 de junio de 2017 (542.85).

Puestas así las cosas, se aclara que en este asunto opera la regla general de la desafiliación, a pesar de haberse solicitado el pago de la indemnización sustitutiva de vejez, porque nada impide que, por voluntad propia, la trabajadora decida seguir cotizando para aumentar su mesada pensional, lo que ocurrió con la señora Ana Luisa Camacho, quien continuó cotizando y aportando con un IBC superior en los últimos años de actividad laboral y realizó la desafiliación efectiva del sistema.

La CSJ en pronunciamientos reiterados, ha dicho respecto al tema lo siguiente (ver sentencias SL15091-2015, SL447A-2020):

“el retiro efectivo del sistema es una condición necesaria para el disfrute de la pensión, que no puede deducirse de la simple cesación en el pago de los aportes, más aún si, al margen de que un trabajador consolide el derecho a la pensión de vejez en determinado momento, mantiene la posibilidad de seguir afiliado y continuar cotizando, evento en el cual esos aportes adicionales tendrán como propósito incrementar el monto pensional.”

“... esas cotizaciones adicionales como trabajador con derecho ya a pensión, y no como pensionado, cuyo propósito es el de reajustar el monto de la pensión, explican y justifican que ese pago de aportes con posterioridad a la causación del derecho, solo sirve, en principio, para incrementar el monto pensional cuya cuantía quedaba determinada en el momento de dicha causación, pero no para disminuir el importe pensional cuantificado al momento de su consolidación”.

Descendiendo al asunto, como quiera que, la petición de reconocimiento pensional fue reiterada 11 años después, ello no permite establecer con absoluta claridad una intención inequívoca de retirarse del sistema a partir de cuándo hizo la primera solicitud, pues lo cierto es que continuó efectuando aportes, que, además, resultaron relevantes, como a continuación se determinará, QUE redundaron en un mejoramiento del monto de la mesada pensional percibida por la actora a partir de junio de 2017.

LIQUIDACIÓN DEL IBL PENSIONAL PROMEDIO ÚLTIMOS AÑOS											*AÑO	*Mes	PROMEDIO SALARIAL: (Salario actualizado multiplicado por el número de días de ese salario, dividido por el número total de todos los días)
PERIODOS DE COTIZACIÓN						FECHA DONDE SE HIZO ÚLTIMA COTIZACIÓN :				2017	06		
DESDE			HASTA			FECHA DE CUMPLIMIENTO DE EDAD :				2007	08		
Año	*Mes	Día	Año	*Mes	Día	# Días	INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC) (Último Salario)	IPC FINAL	IPC INICIAL	SALARIO ACTUALIZADO Ó INDEXADO			
1990	06	01	1990	10	28	148	\$ 47,370.00	93.11	5.81	\$ 759,142.98	\$31,209.21		
1995	11	1	1996	01	30	90	\$ 289,100.00	93.11	21.83	\$ 1,233,078.38	\$30,826.96		
1996	02	01	1996	02	30	30	\$ 396,064.00	93.11	21.83	\$ 1,689,304.58	\$14,077.54		
1996	03	01	1996	04	30	60	\$ 342,584.00	93.11	21.83	\$ 1,461,200.01	\$24,353.33		

1996	05	01	1996	06	30	60	\$ 412,321.00	93.11	21.83	\$ 1,758,644.45	\$29,310.74
1996	07	01	1996	07	30	30	\$ 543,271.00	93.11	21.83	\$ 2,317,176.49	\$19,309.80
1996	08	01	1996	08	30	30	\$ 452,672.00	93.11	21.83	\$ 1,930,750.80	\$16,089.59
1996	09	01	1996	09	30	30	\$ 595,771.00	93.11	21.83	\$ 2,541,101.14	\$21,175.84
1996	10	01	1996	10	30	30	\$ 527,921.00	93.11	21.83	\$ 2,251,705.19	\$18,764.21
1996	11	01	1996	11	30	30	\$ 459,397.00	93.11	21.83	\$ 1,959,434.48	\$16,328.62
1996	12	01	1996	12	30	30	\$ 459,397.00	93.11	21.83	\$ 1,959,434.48	\$16,328.62
1997	01	01	1997	01	30	30	\$ 628,495.00	93.11	26.55	\$ 2,204,111.84	\$18,367.60
1997	02	01	1997	02	30	30	\$ 519,495.00	93.11	26.55	\$ 1,821,852.33	\$15,182.10
1997	03	01	1997	03	30	30	\$ 470,025.00	93.11	26.55	\$ 1,648,362.63	\$13,736.36
1997	04	01	1997	04	30	30	\$ 702,450.00	93.11	26.55	\$ 2,463,469.66	\$20,528.91
1997	05	01	1997	05	30	30	\$ 470,025.00	93.11	26.55	\$ 1,648,362.63	\$13,736.36
1997	06	01	1997	06	30	30	\$ 470,025.00	93.11	26.55	\$ 1,648,362.63	\$13,736.36
1997	07	01	1997	07	30	30	\$ 470,025.00	93.11	26.55	\$ 1,648,362.63	\$13,736.36
1997	08	01	1997	08	30	30	\$ 470,025.00	93.11	26.55	\$ 1,648,362.63	\$13,736.36
1997	09	01	1997	09	30	30	\$ 470,025.00	93.11	26.55	\$ 1,648,362.63	\$13,736.36
1997	10	01	1997	10	30	30	\$ 470,025.00	93.11	26.55	\$ 1,648,362.63	\$13,736.36
1997	11	01	1997	11	30	30	\$ 641,575.00	93.11	26.55	\$ 2,249,982.98	\$18,749.86
1997	12	01	1997	12	30	30	\$ 707,050.00	93.11	26.55	\$ 2,479,601.71	\$20,663.35
1998	01	01	1998	01	30	30	\$ 566,475.00	93.11	31.23	\$ 1,688,904.49	\$14,074.20
1998	02	01	1998	02	30	30	\$ 548,475.00	93.11	31.23	\$ 1,635,238.78	\$13,626.99
1998	03	01	1998	03	30	30	\$ 548,475.00	93.11	31.23	\$ 1,635,238.78	\$13,626.99
1998	04	01	1998	04	30	30	\$ 548,475.00	93.11	31.23	\$ 1,635,238.78	\$13,626.99
1998	05	01	1998	05	30	30	\$ 548,475.00	93.11	31.23	\$ 1,635,238.78	\$13,626.99
1998	06	01	1998	06	30	30	\$ 548,475.00	93.11	31.23	\$ 1,635,238.78	\$13,626.99
1998	07	01	1998	07	30	30	\$ 548,475.00	93.11	31.23	\$ 1,635,238.78	\$13,626.99
1998	08	01	1998	08	30	30	\$ 548,475.00	93.11	31.23	\$ 1,635,238.78	\$13,626.99
1998	09	01	1998	09	30	30	\$ 548,475.00	93.11	31.23	\$ 1,635,238.78	\$13,626.99
1998	10	01	1998	10	30	30	\$ 548,475.00	93.11	31.23	\$ 1,635,238.78	\$13,626.99
1998	11	01	1998	11	30	30	\$ 548,475.00	93.11	31.23	\$ 1,635,238.78	\$13,626.99
1998	12	01	1998	12	30	30	\$ 582,550.00	93.11	31.23	\$ 1,736,830.95	\$14,473.59

1999	01	01	1999	01	30	30	\$ 548,475.00	93.11	36.42	\$ 1,402,210.52	\$11,685.09
1999	02	01	1999	02	30	30	\$ 572,425.00	93.11	36.42	\$ 1,463,440.19	\$12,195.33
2008	05	01	2008	05	30	30	\$ 318,000.00	93.11	64.82	\$ 456,787.72	\$3,806.56
2008	06	01	2008	06	30	60	\$ 520,200.00	93.11	64.82	\$ 747,235.76	\$12,453.93
2008	07	01	2008	07	30	30	\$ 459,000.00	93.11	64.82	\$ 659,325.67	\$5,494.38
2008	08	01	2008	08	30	30	\$ 826,000.00	93.11	64.82	\$ 1,186,498.92	\$9,887.49
2009	03	27	2009	03	30	4	\$ 203,000.00	93.11	69.80	\$ 270,792.69	\$300.88
2009	04	01	2009	12	30	270	\$ 997,000.00	93.11	69.80	\$ 1,329,952.29	\$99,746.42
2011	08	01	2011	08	30	30	\$ 1,081,000.00	93.11	73.45	\$ 1,370,345.95	\$11,419.55
2011	09	01	2011	11	30	90	\$ 1,081,000.00	93.11	73.45	\$ 1,370,345.95	\$34,258.65
2011	12	01	2011	12	16	16	\$ 1,590,000.00	93.11	73.45	\$ 2,015,587.47	\$8,958.17
2012	01	01	2012	07	7	187	\$ 1,135,000.00	93.11	76.19	\$ 1,387,056.70	\$72,049.89
2012	09	01	2012	12	30	120	\$ 1,135,000.00	93.11	76.19	\$ 1,387,056.70	\$46,235.22
2013	01	01	2013	01	30	30	\$ 1,135,000.00	93.11	78.05	\$ 1,354,001.92	\$11,283.35
2013	02	01	2013	05	30	122	\$ 1,373,000.00	93.11	78.05	\$ 1,637,924.79	\$55,507.45
2013	06	01	2013	06	30	30	\$ 2,038,000.00	93.11	78.05	\$ 2,431,238.69	\$20,260.32
2013	07	01	2013	11	30	150	\$ 1,373,000.00	93.11	78.05	\$ 1,637,924.79	\$68,246.87
2013	12	01	2013	12	30	30	\$ 2,038,000.00	93.11	78.05	\$ 2,431,238.69	\$20,260.32
2014	01	01	2014	05	30	150	\$ 1,599,000.00	93.11	79.56	\$ 1,871,328.43	\$77,972.02
2014	06	1	2014	06	30	30	\$ 2,283,000.00	93.11	79.56	\$ 2,671,821.64	\$22,265.18
2014	07	01	2014	07	30	30	\$ 1,598,000.00	93.11	79.56	\$ 1,870,158.12	\$15,584.65
2014	08	01	2014	08	30	30	\$ 2,202,000.00	93.11	79.56	\$ 2,577,026.40	\$21,475.22
2014	09	01	2014	11	30	90	\$ 1,598,000.00	93.11	79.56	\$ 1,870,158.12	\$46,753.95
2014	12	01	2014	12	30	30	\$ 2,283,000.00	93.11	79.56	\$ 2,671,821.64	\$22,265.18
2015	01	01	2015	01	30	30	\$ 1,790,000.00	93.11	82.47	\$ 2,020,939.74	\$16,841.16
2015	02	01	2015	03	28	60	\$ 1,856,000.00	93.11	82.47	\$ 2,095,454.83	\$34,924.25
2015	04	01	2015	04	30	30	\$ 1,790,000.00	93.11	82.47	\$ 2,020,939.74	\$16,841.16
2015	05	01	2015	05	30	30	\$ 1,856,000.00	93.11	82.47	\$ 2,095,454.83	\$17,462.12
2015	06	01	2015	06	30	30	\$ 2,475,000.00	93.11	82.47	\$ 2,794,316.11	\$23,285.97
2015	07	01	2015	07	30	30	\$ 1,886,000.00	93.11	82.47	\$ 2,129,325.33	\$17,744.38
2015	08	01	2015	08	30	30	\$ 2,475,000.00	93.11	82.47	\$ 2,794,316.11	\$23,285.97

2015	09	01	2015	09	30	30	\$ 2,488,000.00	93.11	82.47	\$ 2,808,993.33	\$23,408.28
2015	10	1	2015	11	30	60	\$ 1,856,000.00	93.11	82.47	\$ 2,095,454.83	\$34,924.25
2015	12	01	2015	12	30	30	\$ 2,571,000.00	93.11	82.47	\$ 2,902,701.71	\$24,189.18
2016	01	01	2016	01	30	30	\$ 2,111,000.00	93.11	88.05	\$ 2,232,313.57	\$18,602.61
2016	02	01	2016	04	30	92	\$ 2,172,000.00	93.11	88.05	\$ 2,296,819.08	\$58,696.49
2016	05	30	2016	05	30	1	\$ 72,000.00	93.11	88.05	\$ 76,137.65	\$21.15
2017	01	01	2017	01	30	30	\$ 689,455.00	93.11	93.11	\$ 689,455.00	\$5,745.46
2017	02	01	2017	03	28	60	\$ 738,000.00	93.11	93.11	\$ 738,000.00	\$12,300.00
2017	04	01	2017	06	30	90	\$ 738,000.00	93.11	93.11	\$ 738,000.00	\$18,450.00

* Total Días	3600
# Semanas	514.29

(Sumatoria de Promedios)	\$1,649,326.98
IBL a fecha de cotizaciones	

De esta manera, se tiene que el IBL durante los diez últimos años de cotización (3600 días) corresponde a \$1'649.326.98 y al calcular la tasa de reemplazo del 90% prevista en el Acuerdo 049 de 1990, para el mes de junio de 2017 la mesada pensional de vejez es de \$1'484.393,4., por lo que, **el retroactivo pensional** iniciará el 1º de julio de 2017 hasta la fecha de la presente providencia, por un valor de \$89'279.359.57; igualmente, las pagaran 14 mesadas anuales según lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005, además, se deberá descontar lo correspondiente a lo pagado por COLPENSIONES en la indemnización sustitutiva de vejez.

DESDE		HASTA		IPC Inicial	IPC Final	Incremento	MESADAS
Año	Mes	Año	Mes			Pensional Art. 14 L100	
					105.48		
2017	07	2021	06	93.11	105.48		\$1,484,394.28
2017	08	2021	06	93.11	105.48		\$1,484,394.28
2017	09	2021	06	93.11	105.48		\$1,484,394.28
2017	10	2021	06	93.11	105.48		\$1,484,394.28
2017	11	2021	06	93.11	105.48		\$1,484,394.28
2017	12	2021	06	93.11	105.48	4.09%	\$1,484,394.28

2017	M14	2021	06	93.11	105.48		\$1,484,394.28
2018	01	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	02	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	03	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	04	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	05	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	06	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	M13	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	07	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	08	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	09	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	10	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	11	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2018	12	2021	06	96.92	105.48	3.18%	\$1,545,106.01
2018	M14	2021	06	96.92	105.48		\$1,545,106.01
2019	01	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	02	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	03	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	04	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	05	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	06	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	M13	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	07	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	08	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	09	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	10	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	11	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2019	12	2021	06	100.00	105.48	3.80%	\$1,594,240.38
2019	M14	2021	06	100.00	105.48		\$1,594,240.38
2020	01	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	02	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	03	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	04	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	05	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	06	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	M13	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	07	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	08	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	09	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	10	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	11	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2020	12	2021	06	103.80	105.48	1.61%	\$1,654,821.51
2020	M14	2021	06	103.80	105.48		\$1,654,821.51
2021	01	2021	06	105.48	105.48		\$1,681,464.14
2021	02	2021	06	105.48	105.48		\$1,681,464.14
2021	03	2021	06	105.48	105.48		\$1,681,464.14
2021	04	2021	06	105.48	105.48		\$1,681,464.14
2021	05	2021	06	105.48	105.48		\$1,681,464.14
2021	06	2021	06	105.48	105.48		\$1,681,464.14
2021	M13	2021	06	105.48	105.48		\$1,681,464.14

Total Mesadas

\$89,279,359.57

Asimismo, se autorizará a Colpensiones para hacer la deducción de los aportes al sistema de seguridad social en salud, toda vez que las entidades pagadoras de

pensiones, por ministerio de la ley, están facultadas para efectuar tal descuento y consignarlo en los plazos estipulados a la correspondiente entidad promotora de salud a la cual se encuentre vinculado el pensionado, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 del Decreto 692 de 1994. Ello en atención a lo señalado en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de radicado SL6446 del 2015.

En punto a los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pacífica es la postura de la Sala de Casación Laboral de la HCSJ en cuanto indica que estos se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes_ (Sala de Casación Laboral C.S.J Rad. 33.761 del 31 de marzo de 2009), siempre y cuando no exista justificación para el retardo, pues si es evidente la misma, debe exonerarse a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

Al respecto, indicó la Alta Corporación en su sentencia con Rad. 33.761 lo siguiente:

Es cierto que la norma habla de la mora en el pago de las mesadas, pero es indiscutible que ese retardo se presenta, y con mayor razón, cuando, a pesar de tener el afiliado o beneficiario el derecho a la prestación, ésta no se le reconoce oportunamente, pues, obvio es concluir que, en ese específico evento, no se están pagando las mesadas correspondientes y por ello se incurre en mora.

Por lo tanto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 debe aplicarse no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no se han comenzado a pagar las mesadas correspondientes.

Así mismo, conviene traer a escena lo indicado por la HCSJ en su sentencia SL1483-2021 en el sentido que “para la procedencia de los intereses moratorios basta que se acredite la mora en el cumplimiento de la obligación pensional, así lo ha dispuesto esta Corporación al precisar que aquellos réditos no tienen el carácter de sanción, sino que su finalidad es resarcir a quienes cumplieron los requisitos para acceder al derecho, y se ven afectados por la demora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, de suerte que para su

procedencia, no es indispensable análisis alguno de buena o mala fe o que la entidad obligada justifique su falta de reconocimiento, por supuestas dudas en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma, pues lo que genera la consecuencia prevista es el simple retardo en el pago de la prestación económica (CSJ SL, 12 jun. 2003, rad. 18789, CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, CSJ SL400-2013 y CSJ SL1914-2019)", advirtiendo el alto Tribunal que, excepcionalmente la entidad se encuentra exonerada del pago de los citados intereses, en casos precisos y excepcionales, bien sea que la negativa se dio por apego minucioso de la ley vigente aplicable al caso concreto o cuando el reconocimiento de la prestación obedeció a un cambio jurisprudencial que dicha entidad no podía prever.

Con fundamento en lo anterior, queda claro que es suficiente que se demuestre el retraso en el cumplimiento de una obligación pensional que se encuentre en cabeza de una entidad, en este caso el pago de las mesadas pensionales a cargo de COLPENSIONES y a favor de la señora ANA LUISA CAMACHO, para que proceda el pago de los intereses moratorios, obligación que no se demostró existiera una razón válida y jurídica para negar el reconocimiento de la prestación, pues como se ha dicho, la mora del empleador en las cotizaciones, es trasladada a la administradora de pensiones ante la omisión de realizar el cobro coactivo, es decir, no se encuentra probada la excusa válida para exonerarse de los mismos, razón por la que, se hace procedente la condena al pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente a los 4 meses de la última solicitud presentada por la afiliada el 24 de mayo de 2019, esto es, desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el pago efectivo de la deuda, revocándose en ese sentido la decisión del Juez A quo.

Por último, con relación a la condena en costas impuesta a la entidad, se aclara que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto dicha entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, por tanto, fue vencida en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

Se condenará en costas de segunda instancia conforme al art. 365 del CGP, fijando las agencias en derecho de segunda instancia en \$500.000, a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante ANA LUISA CAMACHO conforme a lo previsto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

R E S U E L V E:

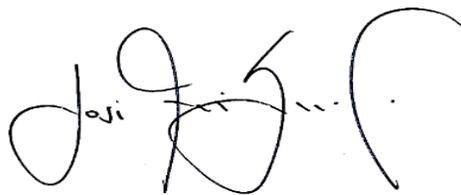
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada proferida por el JUEZ SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 17 de junio de 2020, en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la señora ANA LUISA CAMACHO con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, Ley 100 de 1993 en su art. 36 y Acto Legislativo 01 de 2005, con un retroactivo desde el 1º de julio de 2017 hasta la fecha de la sentencia 30 de junio de 2021 en la suma de **\$89'279.359.57** valor sobre el cual, se procederá a descontar la suma pagada a favor de la demandante por indemnización sustitutiva de vejez; igualmente, la mesada pensional para el año 2021 será el equivalente a la suma de **\$1'681,464.14**, con derecho al reconocimiento de 14 mesadas anuales según el inciso 8º del Acto Legislativo 01 de 2005.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el ORDINAL TERCERO de la misma sentencia, en su lugar, **CONDENAR A COLPENSIONES** al reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 141 de 1993 a favor de la demandante, sobre las mesadas pensionales desde el 25 de septiembre de 2019 hasta el pago efectivo de la deuda, revocando el pago de la indexación ordenada por el Juez A quo ante la incompatibilidad de los emolumentos.

TERCERO: COMPLEMENTAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **AUTORIZAR** a la administradora de pensiones COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, el valor de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud con fundamento en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, a partir de la fecha del disfrute de la pensión de vejez, con la finalidad de que lo transfiera a la entidad administradora de salud -EPS- a la que la demandante se encuentre afiliada.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia conforme al art. 365 del CGP, fijando las agencias en derecho de segunda instancia en \$500.000, a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante ANA LUISA CAMACHO conforme a lo previsto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIQUESE.



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



**ELVER NARANJO
MAGISTRADO**



**NIDIA BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 082, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 12 de agosto de 2021.



Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

Ref.: APELACIÓN DE SENTENCIA
PROCESO ORDINARIO LABORAL
Rad. Juzgado: 54-001-31-05-003-2018-00363-00
Partida Tribunal: 19064
Demandante: CRISTO ADAN ANGARITA GUERRERO
Demandada (o): COLPENSIONES
Tema: P/INVALIDEZ
Asunto: Apelación y Consulta

MAGISTRADO PONENTE Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021),

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-003-2018-00363-00 y Partida de este Tribunal Superior No. 19064 promovido por el señor CRISTO ADAN ANGARITA GUERRERO en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, demanda a la entidad anteriormente mencionada, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se ordene a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 31 de enero de 1999, en aplicación al principio de la condición más beneficiosa y lo señalado en la sentencia SU588 de la CC; al pago del retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación de las mesadas, uso de las facultades extra y ultra petita y costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos vistos a folios 1 a 6 del expediente, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: Que se encuentra afiliado a COLPENSIONES desde el 10 de abril de 1994, que, mediante dictamen proferido por la administradora de pensiones, fue calificado con un 63.2% del PCL con FE: 30-11-1965; y nació el 31 de octubre de 1965; que solicitó el reconocimiento pensional el 8 de noviembre de 2017 y mediante resolución SUB 285692 del 11 de diciembre de 2017 COLPENSIONES negó la prestación argumentando el incumplimiento de las semanas mínimas de cotización durante los 3 años anteriores a la fecha del dictamen el 25 de octubre de 2017; que padece de una enfermedad congénita y ha desarrollado su actividad laboral con la capacidad residual; que es procedente dar aplicación a la jurisprudencia constitucional prevista en la sentencia SU588 de 2017 y la Ley 100 de 1993 en su versión original.

III. NOTIFICACIÓN A LA DEMANDADA

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, ésta dio contestación admitiendo parcialmente los hechos; se opuso a la totalidad de pretensiones aduciendo que el demandante no cumple con los presupuestos previstos en la Ley 860 de 2003.

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 septiembre de 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA oficiosamente la excepción de cosa juzgada respecto a la pensión de invalidez.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES del conocimiento del retroactivo pensional y de los intereses de moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento de la indexación sobre las mesadas ordinarias y adicionales causadas entre el 08 de noviembre de 2014 hasta septiembre de 2019, liquidadas sobre un salario mínimo legal mensual vigente; la cual corresponde a la suma de \$4.753.069.15.

CUARTO: CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES conforme al artículo 365 del CGP

QUINTO: CONSULTAR esta providencia conforme el artículo 69 del CPTSS a favor de la entidad demandada.”.

Fundamentó la juez A quo su decisión, señalado que, en la sentencia de tutela objeto de revisión T 318 de 2019, se configuraron los requisitos de identidad de causa: el estado de invalidez del actor, la identidad de objeto que comprende el reconocimiento de la pensión de invalidez y la identidad de partes: Cristo Adán Angarita Guerrero y Colpensiones, declarando probada de forma oficiosa la excepción de cosa juzgada respecto al reconocimiento de la pensión de invalidez. Que respecto al retroactivo pensional, COLPENSIONES reconoció y pago la mesada pensional en debida forma, esto es, aplicando los términos previstos de la prescripción dentro de los 3 años anteriores a la petición; que no proceden los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, por existir una justa causa para la negación, esto es, cambio jurisprudencial previsto en la sentencia SU-588 de 2016 de la Corte Constitucional, lo que hace procedente la indexación del pago efectuado.

V. APELACIÓN PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior sentencia, por lo que interpuso recurso de apelación en contra de la misma, manifestando que, *“el numeral tercero ordena la indemnización (sic) de los valores de las mesadas desde el 8 de noviembre de 2014 noviembre hasta el 8 de noviembre del 2017 y encuentra esta parte respetuosamente que esa indexación es una condena que no debe realizarse a cargo de Colpensiones, por cuanto la pretensión establecida en el libelo demandatorio es una pretensión consecuencial de la pretensión principal y la pretensión principal en este proceso era una pensión de invalidez que como ya lo manifestó el despacho fue resuelta con una cosa juzgada por la sentencia T 318 de 2019 de la Corte Constitucional, que resolvió reconocer el derecho pensional al señor Cristo Adán Angarita...”*;

Que con el reconocimiento de la pensión de invalidez, la parte no hizo reparo alguno, ni interpuso recurso de reposición o apelación en sede administrativa que estuviera en contra de lo ahí manifestado; tampoco la parte en sede administrativa solicitó frente a esta resolución emitida por Colpensiones que los valores tuviesen que ser indexados sobre el retroactivo pensional que ya se había reconocido; considerando, *“que no es procedente que en sede judicial la indexación sea uno de los ítems reconocidos a la parte demandante, por cuanto no sería procedente realizar unas absoluciones sobre el derecho principal y una condena a una indexación pues no tendría*

cabida en ese sentido”.

Que no está de acuerdo con la condena en costas procesales, porque la administradora actuó conforme a derecho, por cuanto el reconocimiento de la pensión de invalidez obedece principalmente a un análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional y por lo tanto ese análisis pues no podía ser realizado por la Administradora Colombiana De Pensiones en sede administrativa.

Que Colpensiones no está siendo vencida en juicio, pues la sentencia es mixta y no es totalmente condenatoria, la sentencia reconoce una cosa juzgada, absuelve el retroactivo e intereses moratorios; considerando que no existe una carga o una culpa de Colpensiones por no realizar actuaciones diferentes dentro de este trámite judicial, por cuanto la misma ha respondido a los llamamientos judiciales que le han realizado tanto en sede de tutela y por parte de la Corte Constitucional como en esta instancia; por lo que, dice que no es procedente la condena en costas procesales.

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:

COLPENSIONES ratifica lo dicho en primera instancia, alegando que la entidad se ciñó de manera rigurosa, exacta y correcta a las disposiciones constitucionales, legales y a los reglamentos de la Institución. Otra cosa es que la Corte Constitucional en cumplimiento de sus funciones y mediante la revisión de una acción de tutela, genere un precedente jurisprudencial y realice una interpretación normativa diferente a la que una entidad como Colpensiones estaría obligada, actuación que solo le es permitida a las altas cortes en su función jurisdiccional.

Insistió en que, la Juez A quo se equivocó al condenar a la entidad Colpensiones, al pago de indexación y costas del proceso teniendo en cuenta que se aplicó la figura de cosa juzgada y que el derecho pensional del demandante fue reconocido y pagado, luego al ser condenas subsiguientes y dependientes de la principal, no tenían cabida para su reconocimiento, siendo un fallo contradictorio y vulnerador de los derechos jurídicos y procesales de la entidad.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con los argumentos anteriores, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si la decisión proferida por la Juez A quo se ajusta a derecho al declarar de OFICIO la cosa juzgada, ante la existencia de un fallo de tutela proferido por la Corte Constitucional de radicado T-318 del 16 de julio de 2019 en la cual se reconoció el derecho a la pensión de invalidez a favor del aquí demandante, el señor CRISTO ADAN ANGARITA GUERRERO y por tanto, determinar que no habría lugar a realizar un pronunciamiento de fondo sobre el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada; o si por el contrario, se debe entrar a analizar de forma integral o parcialmente la sentencia de primer grado, teniendo en cuenta las pretensiones incoadas en la demanda y los derechos reconocidos tanto en la jurisdicción ordinaria laboral de primera instancia como en la jurisdicción constitucional, en especial, la indexación de las mesadas pensionales declaradas en la sentencia.

De esta manera, el artículo 303 del C.G. del P., aplicable a los procesos laborales y de la Seguridad Social, por expresa remisión del artículo 145 del C.P.T. y la S.S., dispone que las sentencias una vez ejecutoriadas tienen fuerza de cosa juzgada, lo cual pretende, que no se provoque un nuevo pronunciamiento judicial cuando quiera que él ya fue adoptado por decisión en firme, otorgando a las decisiones adoptadas en la sentencia el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas.

A su vez, el operador jurídico tiene el deber de identificar el valor de cosa juzgada de una decisión, mediante la concurrencia de tres requisitos¹: (i) **Identidad de las partes**, es decir, al proceso deben concurrir las **mismas partes e intervinientes** que resultaron vinculados y obligados por la decisión que constituye cosa juzgada; (ii) **Identidad de objeto o cosa pedida**, el objeto o beneficio jurídico que se solicita (no el objeto material) debe ser el mismo, es decir, **lo que se reclama**; (iii) **Identidad de la causa**, el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado debe ser el mismo, esto es, **el por qué se reclama**.

Existen dos clases de COSA JUZGADA, la primera, la Cosa Juzgada Formal, es decir, cuando el fallo no ha adquirido características totales de inmutabilidad, esto sucede cuando lo que se ha discutido envuelve

¹ Inciso 1º del Artículo 303 del Código General del Proceso.

situaciones susceptibles de mutaciones o alteraciones en el supuesto de hecho, en consecuencia, se exige un posterior debate procesal. Al contrario, la verdadera cosa juzgada es la material o sustancial, que es cuando un fallo se torna inexpugnable y sus efectos serán inmutables, protegiendo en mayor medida el principio de la seguridad jurídica, ya que impide que en un proceso posterior se discutan sobre los mismos hechos, al clausurar de manera definitiva la controversia.

En efecto, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional con ponencia del Doctor Carlos Bernal Pulido, el día 16 de julio de 2019 profirió fallo de tutela T-318/19 (fls.80-, donde resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: REVOCAR, la sentencia proferida el 28 de octubre de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta que declaró improcedente la tutela. En su lugar, AMPARAR de manera definitiva, los derechos fundamentales a los derechos fundamentales al mínimo vital y la vida digna del señor Cristo Adán Angarita Guerrero, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES que: (i) en término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a reconocer, liquidar y pagar al señor Cristo Adán Angarita Guerrero la pensión de invalidez, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia y (ii) incluya al actor en la nómina pensional, lo anterior sin perjuicio de la prescripción de las mesadas a que haya lugar, en aplicación al art. 488 del Código Sustantivo de Trabajo...”

Así mismo, en la parte considerativa de la providencia constitucional, la Sala Primera de Revisión consideró que

“Colpensiones desconoció el precedente jurisprudencial de la Sentencia SU 588 de 2016, al no realizar el conteo de semanas a partir del último aporte efectuado por el accionante al SGP. Para la Sala está probado que el accionante (i) padece una enfermedad congénita consistente en “atrofia muscular de miembros inferiores” por “secuelas de poliomielitis”, la cual fue debidamente diagnosticada por el Grupo Médico Laboral de Colpensiones² y (ii) realizó aportes al SGP en ejercicio de su capacidad laboral residual como se expuso en el párr. 2. Así, en atención a las características del caso concreto, Colpensiones debió (iii) realizar el conteo de las semanas mínimas de cotización del accionante a partir de la fecha de su última cotización al SGP, esto es, el 31 de enero de 1999³, pues fue esa la fecha en la que la enfermedad se manifestó de forma tal que le impidió al seguir ejerciendo su capacidad laboral residual, en tanto no pudo continuar con su actividad económica”.

² Cno. 1, fl. 15.

³ Cno. 1, fl. 11.

(...)

El accionante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez de conformidad con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Cristo Adán Angarita Guerrero efectuó su último aporte al SGP el 31 de enero de 1999, en consecuencia, debe acreditar los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por la Ley 860 de 2003, para acceder a la pensión de invalidez. Esto, por cuanto la norma aplicable a la solicitud de reconocimiento y pago de pensión es aquella que se encuentre vigente al momento en el que se estructura la invalidez⁴. Así, el actor debe cumplir los siguientes requisitos para obtener la pensión de vejez: (i) haber sido declarado “inválido”⁵ y (ii) haber efectuado aportes durante “por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”. En el caso concreto, la Corte encuentra que ambos requisitos se satisfacen, dado que el señor Cristo Adán Angarita Guerrero (i) fue declarado “inválido”, pues se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral de 63.22%⁶ y (ii) cotizó 38 semanas entre el 1 de febrero de 1998 y el 31 de enero de 1999, de la siguiente manera, como consta en su reporte de semanas cotizadas en pensiones...”

En este sentido, si bien es cierto que la Corte Constitucional tanto en la parte considerativa como resolutive de la sentencia, ordenó de manera DEFINITIVA a COLPENSIONES reconocer y pagar de la pensión de invalidez solicitada por el señor CRISTO ADÁN ANGARITA GUERRERO, dicha condena omitió determinar la fecha del disfrute real de la prestación, pago del retroactivo pensional, indexación y/o los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, pretensiones que fueron pedidas en la demanda ordinaria laboral y resueltas por el Juez A quo; siendo necesario, que la SALA realice tal pronunciamiento para llenar los vacíos del respectivo juez constitucional.

En vista de lo anterior, en aplicación del artículo 303 del C.G. del P., se observa que, para el caso analizado, se dan los presupuestos para la configuración de la COSA JUZGADA, pero de forma PARCIAL, por los siguientes motivos:

- 1. la identidad de las partes:** en el caso sublite, las partes son las mismas, como demandante y accionante es el señor CRISTO ADÁN ANGARITA GUERRERO y la obligación contenida en la pretensión, recae sobre la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, es decir, ambos procesos se encauzaron contra la misma entidad responsable del pago principal de la condena.

⁴ Sentencias T-566 de 2014 y T-194 de 2016.

⁵ Ley 100 de 1993, artículo 38, “Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

⁶ Cno. 1, fl. 15.

2. **identidad de objeto:** se tiene que, la Corte Constitucional condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del señor CRISTO ADÁN ANGARITA GUERRERO, pero no determinó de forma concreta la fecha del disfrute de tal prestación y no hizo referencia al pago del retroactivo pensional, indexación y/o al reconocimiento de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, solicitado en la demanda y resuelto por la Juez de primera instancia; luego entonces, existe identidad de objeto sólo en lo que respecta a la DECLARACIÓN DEL DERECHO pensional solicitado, siendo necesario analizar en esta instancia, las otras pretensiones.

3. **Identidad de causa:** el actor demanda a COLPENSIONES para que sea condenada al reconocimiento y pago la pensión de invalidez a partir del 31 de enero de 1999, del retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación de las mesadas y costas procesales, y la Corte Constitucional ordenó el reconocimiento y pago de la prestación pero no se pronunció sobre las demás pretensiones, contrario al análisis realizado por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, razón por la cual, esta Sala considera que sólo existe identidad de causa para la DECLARACIÓN DEL DERECHO pensional.

En este orden de ideas, se tiene que la figura jurídica de COSA JUZGADA SUSTANTIVA O MATERIAL procede solamente para la DECLARACIÓN DEL DERECHO PENSIONAL, obligación que estará a CARGO DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y a favor del señor ANGARITA GUERRERO, según lo señalado por la CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA T-318 del 16 de julio de 2019, por lo que, el objeto de la Litis se reduce a establecer la fecha del disfrute real de la pensión por invalidez y si determinar si el demandante tiene o no derecho al pago del retroactivo pensional, a la indexación y al pago de los intereses moratorios.

No obstante y debido a que el grado jurisdiccional de consulta se surte a favor de la entidad demandada y que la parte demandante no manifestó reparo alguno en contra de la sentencia dictada por la Juez A quo, esta sentencia no podrá contener decisiones que desmejoren la situación de COLPENSIONES, luego entonces, se verificará solamente lo concerniente a la indexación a la que fue condenada y sobre la cual, se fundamentó el recurso de alzada.

Así las cosas, se tiene que la resolución SUB 229217 del 23 de agosto de 2019, COLPENSIONES en cumplimiento de la orden judicial, reconoció la pensión de invalidez desde el 8 de noviembre de 2014, pagó el retroactivo pensional desde la data hasta el mes de agosto de 2019 sobre un SMMLMV y descontó lo correspondiente al pago en salud; sin embargo, omitió pronunciarse respecto a la indexación de las mesadas.

Bajo las anteriores premisas, se tiene que en primera instancia, se absolvió a COLPENSIONES en lo concerniente a la imposición de los intereses moratorios, decisión que la Sala considera acorde con la línea jurisprudencial de la CSJ, toda vez que el reconocimiento de la prestación se da con venero en una acción de tutela que emana en virtud de una interpretación de la pensión de invalidez cuando el afiliado padece enfermedades congénitas, crónicas o progresivas en consideración a las cotizaciones sufragadas con la Capacidad Residual Laboral, posición reiterada por vía jurisprudencial, luego no es dable imputarle al llamado a juicio reproche alguno en lo atinente a la negación de la prestación deprecada en vía administrativa y, por ende, no se exhibe razonable imponer tal condena, dado que, en este específico asunto, no se puede predicar una mora en el reconocimiento pensional.

Luego entonces, en esta instancia solo basta decir que al no ser procedentes los intereses moratorios, la indexación de la condena de la pensión de invalidez, jurídicamente es procedente, con el fin de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de las mesadas por el paso del tiempo, tal como lo determinó la Juez A quo, es decir, las causadas entre el 8 de noviembre de 2014 hasta la fecha de la sentencia, septiembre de 2019 en la suma de \$4'753.069,15; sin perjuicio que se actualice hasta el día en que efectivamente se cancele la totalidad de la obligación.

Por último, con relación a la condena en costas impuesta a la entidad, se aclara que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio. Como en el presente asunto dicha entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, por tanto, fue vencida en el proceso, a su cargo deberán imponerse las costas.

En consecuencia, esta Sala encuentra ajustada la decisión proferida en primera instancia, resolviendo en problema jurídico en forma favorable al demandante, por lo que, se **CONFIRMARÁ** la sentencia consultada y apelada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 10 de septiembre de 2020, **COMPLETANDO** en el sentido de que la indexación para la actualización del valor de las mesadas pensionales del actor se realice hasta el día en que efectivamente se cancele la totalidad de la obligación.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, a saber, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 1º del art. 365 del C.G. del P., fijando como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de \$500.000, en favor del demandante CRISTO ADÁN ANGARITA GUERRERO.

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,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 10 de septiembre de 2020, **COMPLETANDOLA** en el sentido que la indexación de las mesadas deberá reconocerse hasta el día en que efectivamente se cancele la totalidad de la obligación.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales a la parte vencida en la presente actuación, a saber, la demandada COLPENSIONES, por no haber prosperado el recurso de alzada, en acatamiento a lo ordenado por el numeral 1º del artículo 365 del C.G. del P. y fijar como agencias en derecho de segunda instancia, el valor equivalente a \$500.000.00, a cargo de COLPENSIONES y en favor del demandante CRISTO ADÁN ANGARITA GUERRERO, conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFIQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 082, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 12 de agosto de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2018-00483-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18927
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: LEIDY KATHERINE BUSTAMANTE NIÑO
ACCIONADO: LUIS RAMÓN PATIÑO SANDOVAL
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO
TEMA: APELACIÓN.

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

San José de Cúcuta, once (11) de Agosto de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta (N. de S.), procede a resolver el recurso de alzada interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-01-003-2018-00483-00 y P.T. No. 18927 promovido la señora LEIDY KATERINE PATIÑO ANGARITA a través de apoderado judicial contra el señor LUIS RAMON PATIÑO ANGARITA.

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 en aplicación al principio de la primacía de la realidad, con el demandado entre el 01 de abril de 2017 que se terminó sin justa causa y de forma unilateral por parte del empleador el 09 de marzo de 2018, ejerciendo el oficio de mesera, en consecuencia, se condene al pago de salarios, el reajuste salarial, al pago de cotizaciones al sistema pensional, prestaciones sociales (cesantías, intereses de las cesantías, vacaciones, prima de servicios); al pago de la indemnización moratoria del art. 65 del CST; aportes parafiscales, indemnización por despido sin justa causa, intereses moratorios y la indexación, y las costas procesales.

II. HECHOS.

La demandante alega que prestó sus servicios para el demandado en el establecimiento de comercio NEW SPACE KARAOKE DISCOTK, mediante un contrato verbal, desde el 01 de abril de 2017 devengando \$20.000 diarios cancelado los días jueves, viernes, sábados y domingos, siendo menos de un salario mínimo legal, pese a que laboró mas de 48 horas semanales sin reconocimiento de horas extras, ni dominicales; que fue despedida el 9 de marzo de 2018 sin justa causa ni previo aviso, que no le pago cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicio, vacaciones, aportes a seguridad social integral, caja de compensación, y hasta la fecha de la demanda, no le han pagado las prestaciones.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.

El señor Luis Ramon Patiño Sandoval 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, que el establecimiento de comercio funciona hasta la 1 a.m., que no se encuentran probados los elementos del contrato de trabajo alegados por la actora, no se demuestra la subordinación, el cumplimiento de horario. Propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la obligación, la falta de legitimación por pasiva, la ausencia de presupuesto de la pretensión llamado capacidad para ser parte, el cobro de lo no debido, la prescripción y la innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA en sentencia de fecha 28 de noviembre de 2019, ABSOLVIÓ al demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora Leidy Katherine Bustamante Niño y condenó a esta última, al pago de las costas procesales.

El Juez A quo determinó que las declaraciones rendidas por los testigos traídos por la parte demandada, el análisis de las pruebas documentales aportadas en especial, los cuadernos de registros diarios de gastos del establecimiento de propiedad del demandado, lograron dar certeza en aplicación a los principios de la sana crítica y la experiencia respecto a la valoración probatoria que, la prestación de servicios de la demandante se dio de manera interrumpida y por turnos, que variaban cada mes durante los últimos meses del año 2017 y hasta marzo de 2018; sin embargo, en el plenario no existen pruebas que pueda establecer con certeza las fechas exactas en que realizó las

labores encomendadas y aplicar los recargos dominicales, extras y festivos que reclama; en consecuencia, no se demostró los días exactos laborados y respecto a ello no es posible realizar presunción o sacar conclusiones bajo juicios que no tengan un sustento probatorio tal como lo ha señalado en sentencia de PT 17511 la misma Sala Laboral de este Tribunal Superior.

De esta manera, la Juez A quo señaló que, si bien es cierto, la presunción del art. 24 del CST operaba a favor de la demandante, ésta no quedaba relevada de acreditar los extremos laborales, hecho que no demostró con precisión y certeza en la medida que no se dio una prestación de servicios sin solución de continuidad sino de trabajo por turnos o días que no fueron probados en cuanto a su cantidad y fecha exacta.

V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior, solicitando revocar en todas sus partes la decisión, alegando que la prestación del servicio se demostró junto con la remuneración pactada; que el administrador del establecimiento de comercio, señaló que la demandante trabajaba 2 veces al mes y el testigo traído por la parte actora dice que 4 veces al mes (sic). Que la Juez A quo determinó que, en los libros de gastos aportados por el demandado, se demostró que todos los días había una persona que prestaba el servicio de mesera y que los fines de semana se incrementaba 4 o 5 veces, lo que no pudo demostrar con certeza la pasiva, fue que este servicio no lo prestaba la demandante, sólo que alguien lo ejercía, pero no DESVIRTUÓ que no hubiese sido ella quien lo prestaba.

Que el testimonio de José Alexander no se tachó con anterioridad porque fue una prueba de oficio, además, durante la práctica, se le llamó la atención para que dijera la verdad; que la declaración del señor Álvarez no fue confiable porque era un cliente ocasional, razón por la que, no podía determinar el horario de entrada o salida, sin embargo, éste dio fe de que la actora trabajaba allí porque portaba el uniforme; que no es suficiente concluir que la prestación del servicio no fue continua, sólo por el hecho de que el 24 de diciembre no pudo asistir.

Que la Juez A quo erró al determinar que no se logró demostrar los extremos del contrato, sin embargo, el demandado manifiesta que la demandante inició en abril de 2017 y el administrador confunde su declaración cuando dice que fue a finales de 2016 (sic), elementos que la Juez no tuvo en cuenta al momento de valorar la prueba, asunto por el cual, deberá tenerse en cuenta lo reiterado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que señala la importancia de la valoración integral de las pruebas para determinar

el cálculo de los derechos laborales. En conclusión, se encuentra probada la subordinación, la contraprestación y, era deber del despacho identificar los extremos laborales como lo ha dicho la Corte (sic).

VI. ALEGATOS DE SGUNDA INSTANCIA.

La apoderada judicial del demandado, al presentar los alegatos de segunda instancia, solicita confirmar la decisión proferida en primera instancia, considerando que la Juez A quo analizó en forma minuciosa y exhaustiva el material probatorio en especial, las declaraciones rendidas y los libros aportados por la pasiva, luego entonces, sostiene que la decisión se ajusta a la realidad de los hechos.

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.

Se hace importante recalcar que, no existe discusión entre las partes respecto a la prestación del servicio entre la señora Leidy Katherine Bustamante Niño en calidad de trabajadora ejerciendo el oficio de mesera para el demandado Luis Ramón Patiño Sandoval en su condición de empleador propietario del establecimiento de comercio NEW SPACE KARAOKE DISCOTK; así mismo, la pasiva aceptó que, durante la relación laboral, no reconoció ni pago prestaciones sociales; luego entonces, la discusión se centra en:

Determinar bajo que modalidad de contrato laboral se surtió la vinculación entre Leidy Katherine Bustamante Niño en calidad de trabajadora y el demandado Luis Ramón Patiño Sandoval; además, establecer si se demostraron los extremos laborales y el salario devengado, para con ello, verificar la procedencia de las condenas liquidatorias favorables a la trabajadora.

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 la operaria, 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.

Solución del Problema Jurídico.

Descendiendo al caso, la Juez A quo sostuvo que, a pesar de haberse demostrado la prestación del servicio y operar la presunción de contrato a favor de la actora, no era posible determinar las fechas reales de la prestación del servicio por turnos, ni el salario devengado, elementos que le correspondía probar a la parte activa, y que en este asunto, existía contradicción en la declaración rendida por el señor **Lorenzo Amaya Álvarez**, porque la misma no se ajustaba a lo revisado en los libros, porque la prestación se dio con solución de continuidad, concluyendo de esta forma, que la prueba documental aportada por el demandado junto con la declaración del administrador del establecimiento de comercio de propiedad de la pasiva, el señor José Alexander Chávez, gozaban de valor y fuerza probatoria, ante su coherencia y concordancia, bajo los siguientes fundamentos:

“...no se puede negar que la actora prestó sus servicios como mesera en el establecimiento de comercio del señor Luis Ramón Patiño Sandoval entre mediados del 2017 hasta marzo del 2018, este no fue ininterrumpido sino por turnos y no existe alguna prueba con la cual se pueda establecer con certeza en qué fecha exacta realizó los mismos para computar el total de los días trabajados y aplicar los recargos dominicales y festivos y horas extras que reclama, en atención a que un trabajador que laboré un turno un día jueves no devenga igual a uno que laboré durante un turno de sábado a domingo o de domingo al lunes y lo cierto es que, para proceder al reajuste salario y al pago de prestaciones sociales, vacaciones, horas extras y recargos que son reclamados por la parte actora, debía demostrarse con exactitud los días laborados en la medida que las pruebas verdaderamente dan cuenta que no fueron interrumpidos de jueves a viernes como es precisado en la demanda, sino por turnos que fueron variando en el número, sin que sea posible establecer qué día asistió efectivamente la señora Leidy Catherine Bustamante a prestar los mismos y respecto a ello no es posible realizar presunción o sacar conclusiones bajo juicios que no tengan un sustento probatorio, inclusive el hecho que el demandado en el interrogatorio de parte hubiera aceptado que el actora laboraba entre 1 y 2 días a la semana tampoco es suficiente para ello, en razón a que no se tiene certeza del día en que exactamente prestó esos servicios, ni cuantos trabajó durante ese periodo, para proferir las condenas que son reclamadas...”

...en este caso no se demostró con precisión y certeza en la medida que no se dio una prestación de servicios sin solución de continuidad sino de trabajo por turnos o días que no fueron probados en cuanto a su cantidad y fecha exacta”.

En conclusión, consideró que, ante la ausencia de material probatorio, no era posible realizar las respectivas condenas alegadas en el escrito demandatorio y que al operador judicial no le es permitido basar sus decisiones en supuestos; por último, trajo a colación apartes de la sentencia proferida por esta Sala en la partida del tribunal 17511 del 30 de enero de 2019, en la que se indicó:

“...No se encuentra así que se acrediten plenamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que desempeñó la labor el señor CARLOS ANDRES DIAZ VARGAS, si esta fue desarrollada de manera continua, permanente y remunerada, y tampoco por quien se encontraba subordinado, si directamente por el CLUB DE COMERCIO como enuncia la demanda o por la señora ARACELY PEREZ MADARIAGA como se dio a entender en el recurso de apelación, cuál era el salario que realmente recibía cada mes, y los extremos temporales en que se desarrolló el vínculo contractual; pues la conclusión luego de valorado en conjunto el material probatorio, es que el señor DÍAZ VARGAS desempeñaba múltiples oficios para garantizarse los ingresos propios de su subsistencia, incluyendo trabajar ocasionalmente como mesero para los eventos a que era llamado por la señora Pérez Madariaga, por el Club de Comercio, por alguno de sus socios o terceros y que esta labor no se desarrollaba en forma permanente, regular y subordinante sino esporádica, e inclusive no siempre a favor del Club sino en otros lugares, siendo el lugar de su principal actividad el club porque allí podía hacer otras actividades como el referido cobro de vales o deudas de socios con los estamentos del club y también era allí donde se daba a conocer para ser contratado para otros eventos...”

El apoderado judicial recurrente, sostiene que los testigos traídos por la parte pasiva, no fueron concordantes y que el demandado tenía la carga de la prueba de acreditar que la demandante, prestaba los servicios por turnos, hecho que considera, no lo demostró; de igual forma, insiste en que la Juez A quo omitió la valoración integral y conjunta de las declaraciones, de las cuales, dice que se logra determinar de forma fehaciente, los extremos laborales, el salario y los días laborados por parte de la demandante, que en su sentir, se prestó de forma continua y permanente desde el mes de abril de 2017 hasta marzo de 2018.

De esta manera, acudiendo al estudio del expediente, la demandante aportó pruebas documentales vistas a folios 30-52 allegó unas fotografías impresas, mensajes de texto de Wasthaps impresos y acta de no conciliación ante el Ministerio de Trabajo, pruebas que no son conducentes para demostrar los extremos laborales, el salario y/o los presuntos días laborados en días dominicales, nocturnos y festivos.

De otro lado, se presentó a favor de la demandante, la declaración del señor **Lorenzo Amaya Álvarez**, quien bajo la gravedad de juramento, manifestó que es abogado y trabaja en la Fiscalía General de la Nación desde el 1 de diciembre de 2016, como asistente de fiscal en la unidad especializada y que, entre 2016-2018 trabajaba en la Fiscalía Tercera Especializada GAULA; que conoce a la señora Leidy Katherine porque atendía en un establecimiento comercial ubicado frente al Centro Comercial Ventura Plaza, que siempre la veía ahí cuando él salía de su trabajo en el Palacio de Justicia; que frecuentaba el lugar cuando compartía con sus amigos, que es cliente habitual del negocio; aseguró que desde el mes de marzo de 2017 veía a la demandante ejerciendo como mesera; que frecuenta el negocio de jueves a domingo, incluso algunos festivos cada quince (15) días; que el negocio lo cerraban a las 3 de la mañana los sábados y los jueves y viernes hasta la 1 de la mañana y asegura que siempre veía a la demandante porque era quien lo atendía; que todos los días pasaba por el lugar, y lo abrían a las 5 de la tarde; aseguró que la demandante trabajó hasta el mes de marzo de 2018, justificando que ese fue el mes de la mujer a donde fue a celebrar con una amiga y no la volvió a ver desde esa fecha, además, preguntó por ella a la señora Adriana Dávila, quien trabajaba en la barra y le dijo que ya no trabajaba; que la demandante siempre estuvo uniformada, describe el color de la camisa y el nombre del establecimiento en la manga de la camisa (hecho que coincide con las fotografías aportadas por la activa); que no tiene conocimiento de la relación laboral de la demandante, simplemente asegura que era mesera en el establecimiento, porque insiste, era un cliente habitual del mismo; que no sabe de sanciones al establecimiento por cerrar tarde de la madrugada; que no frecuentaba el sitio en diciembre, pero que hasta el último día de trabajo en el Palacio de Justicia los 19 de diciembre, veía a la demandante trabajar.

Por parte del demandante, se decretaron y practicaron las siguientes declaraciones:

El señor Luis Ramón Patiño Sandoval manifestó bajo la gravedad de juramento, que es el propietario del establecimiento de comercio NEW SPACE KARAOKE DISCOTK, que la demandante prestó sus servicios como mesera, pero no tiene conocimiento las fecha porque siempre fue por turnos; que él no iba todos los días al lugar, ya que quien realiza el trámite con los trabajadores es el administrador Alexander Chávez, que la actora realizó las labores en el 2016 pero aseguró que siempre fue por turnos, que durante el 2016 y 2017 la Alcaldía de Cúcuta expidió dos decretos donde obligaban a cerrar a las 12 de la noche y 1 de la mañana los fines de semana; que a finales del 2017 y cuando inició el año 2018 el horario de cierre se extendió hasta las 4 de la mañana; que a todos los trabajadores se les da una camiseta que los distingue, así solo realicen turnos, insiste que la señora Katherine trabajó por turnos y esporádicamente, un turno o dos a la semana, hubo semanas sin turnos. Que recibía \$25.000 más las comisiones por la venta de una media de aguardiente, 1 litro de aguardiente, media de ron o litro de ron; que hay un grupo de 15-12 meseras y el administrador escogía, una entre semana o dos para los fines de semana; que la demandante trabajaba hasta 3 turnos mensual. A la pregunta formulada por el apoderado judicial de la demandante respecto al pago de prestaciones sociales a la terminación del vínculo, el interrogado respondió que NUNCA fueron pagadas. Que de lunes a viernes los trabajadores son 5 o 6 y los fines de semana se refuerzan con 2 personas más, en especial, los días sábados, que esos turnos eran pagados de una vez a la terminación de la jornada.

Una vez culminado este interrogatorio, la Juez A quo ordenó la aportación de los libros de gastos en poder del demandado y requirió al señor Alexander Chávez para que se presentara en audiencia a rendir testimonio, diligencia que adelantó el mismo día a las 2:21 de la tarde.

El señor José Alexander Chávez Montero manifestó bajo la gravedad de juramento, que labora con el demandado en el establecimiento de comercio NEW SPACE KARAOKE DISCOTK desde enero de 2016, se encarga de las ventas y de los trabajadores, que la discoteca solo tiene 3 trabajadores fijos que son: el vigilante y 2 personas en la barra, que las meseras se llaman dependiendo la disponibilidad, que ellas trabajan por turnos, que el negocio lo abren todos los días (lunes a lunes), que durante la semana solo se necesita una mesera y fines de semana se llaman dos o tres más, que la mesera que va entre semana no siempre es la misma, que la persona que está en la barra es la encargada de pagarles el trabajo una vez lo termina; que en la barra estuvieron varios empleados, entre ellos, Brian, Leidy Reyes, Alejandro; a las preguntas:

JUEZ: ¿conoce usted la señora Leidy Katherine Bustamante Niño?
Testigo: si claro

JUEZ: ¿de dónde la conoce?
Testigo: ella nos prestó los servicios algunas veces

JUEZ: ¿qué servicio prestaba la señora Leidy?

Testigo: hacia turnos de mesera

JUEZ: ¿recuerda en qué año empezó a hacer los turnos?

Testigo: **como en el 2017**

JUEZ: ¿quién fue la persona que la contrató?

Testigo: yo

JUEZ: ¿a qué acuerdo llegó usted con la señora Leidy?

Testigo: no teníamos ningún acuerdo, simplemente prestaba los turnos cuando se llamaba y normal, se le cancelaba su extra diario

JUEZ: ¿cuánto se le cancelaba diariamente?

Testigo: \$25.000 era el turno ordinario y comisionaban por venta de botella de licor, es un expendio de licor en el que trabajamos

JUEZ: ¿cuándo la señora Leidy hacia esos turnos cuál era la hora en que tenía que ingresar?

Testigo: 4:00 de la tarde

JUEZ: ¿y hasta qué hora está abierto el local o prestaba ella sus servicios en el turno?

Testigo: exactamente hasta la hora que rige en su momento

JUEZ: ¿cuántos días o cuantos turnos se realizaban por parte de la señora Leidy Bustamante Niño a la semana?

Testigo: exactamente no sé exactamente, pero a veces 2 o 1, porque es que como le digo hay días que se requieren 3 personas, hay días que se requieren 4 o 5 o 1 o 2 o 3; entonces depende de cómo este el momento o la temporada de trabajo se requieren los turnos de la meseras.

JUEZ: ¿para qué fecha dejó usted de contratar a la señora Leidy como mesera?

Testigo: **como en marzo de 2018**

JUEZ: ¿y porque dejó de contratarla?

Testigo: pues como ya le dije ellas prestan un servicio y se llaman solamente para prestar un servicio, un extra y siguen llegando personas todo el tiempo, inclusive todo el tiempo hay personas ahí disponibles para trabajar

JUEZ: ¿quién era la persona que se encargaba de realizar el pago de esa suma de dinero que se pactaba por el servicio del turno que realizaba la demandante?

Testigo: eso lo cancela al señor de la barra, yo lo designo, pero él lo cancelaba

JUEZ: ¿en ese pago se incluían prestaciones sociales?

Testigo: no

JUEZ: ¿porque razón no se incluían?

Testigo: porque simplemente es una extra, sólo es una extra

Por último, dice que a la terminación del contrato no se le pagaron cesantías, intereses, vacaciones, etc.

Respecto a los ocho cuadernos aportados por el demandado, al revisarlos se observa que, se suscriben sumas de dinero en forma diaria, por concepto de hielo, vigilante, meseras (\$25.000 por cada una), ayudante, entre otros, dinero que es entregado por el señor Brian (El señor que trabaja en la barra según declaración anterior), igualmente, los cuadernos se encuentran enumerados de la siguiente forma:

No. 2 donde se recopilan los gastos desde el mes de mayo hasta agosto de 2016.

No. 4 gastos desde el 16 de noviembre de 2016 hasta febrero de 2017.

No. 5 desde el desde febrero hasta mayo de 2017.

No. 6 desde el 25 de mayo hasta el 16 de agosto de 2017.

No. 7 desde el 17 de agosto al 11 de noviembre de 2017.

No. 8 desde el 13 de noviembre de 2017 al 31 de enero de 2018.

No.10 desde el 13 de mayo de 2018 al 1 de agosto de 2018.

No. 11 desde el 2 de agosto hasta el 27 de octubre de 2018.

Así las cosas, se rememora que, no existe discusión respecto a la **prestación del servicio** entre la demandante Bustamante Niño en calidad de mesera del establecimiento de comercio de propiedad del demandado Patiño Sandoval, de tal suerte que bajo esas condiciones es menester por parte de la Sala, establecer conforme a los elementos de juicio allegados, si es factible determinar los concretos interregnos temporales dentro de los cuales se ejecutó la aludida actividad.

En ese orden de ideas, la parte demandante señala que la relación laboral se ejecutó desde el día 1º de abril de 2017 al día 9 de Marzo del año 2018, interregnos temporales que encuentran respaldo en el testimonio del señor Lorenzo Amaya Alvarez, asiduo cliente de la DISKOTEKA NEX SPACE KARAOKE y en especial a manifestado en ese sentido por el administrador del aludido establecimiento señor José Alexander Chavez, de tal suerte y teniendo en cuenta que es deber del Juzgador desentrañar de los elementos allegados los extremos temporales dentro de los cuales se ejecutó el vínculo laboral, con el objeto de garantizar los derechos laborales del trabajador, se declarara que el vínculo laboral que unió a las partes se ejecutó desde el día 1º de abril de 2017 al día 9 de Marzo de 2018.

Por otra parte, de los cuadernos aportados, y las declaraciones rendidas por el administrador del establecimiento de comercio y el demandado, se extrae que, se

reconoce y paga por un día de trabajo al oficio de mesera, **la suma de \$25.000**, determinándose de esta forma, el salario devengado por la señora Bustamante Niño.

En lo que respecta a los días laborados, o a la jornada laboral ejecutada, se hace preciso indicar que en este asunto, no es acertado lo alegado por el apoderado judicial recurrente, en el sentido de suponer que la demandante prestó sus servicios de mesera a favor del demandado, dentro de la jornada máxima legal, desde el 1º de abril de 2017 hasta el 9 de marzo de 2018 como quiera que no existe ningún elemento de juicio dentro del plenario que corrobore dicha afirmación, ni tampoco que desarrollara su labor durante los días jueves, viernes, sábados y domingos de todo el mes como se indica en la demanda.

No obstante lo anterior, al revisar las pruebas allegadas junto con las declaraciones rendidas, se tiene que la actividad ejercida por la actora, se realizaba por **turnos diarios, máximo de 4 turnos al mes**, administrados por el señor José Alexander Chávez a través de un grupo de WhatsApp, hecho que se confirma con lo aportado en la demanda visto a folios 30 y 31, evidenciándose la asistencia a turnos por parte de la demandante dependiendo de la necesidad del establecimiento y de los horarios suministrados por la Alcaldía Municipal en cuanto a su apertura y cierre.

De tal manera que, a pesar de que la prestación no se dio en forma continua, se hace procedente acceder al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales pretendidas por la demandante, al tenerse acreditado a través de las declaraciones del propio demandado, que la señora Leidy Katherine Bustamante Niño laboraba cuatro días al mes, devengando como salario la suma de \$25.000 diarios, actividad que se ejecutó en el lapso comprendido entre el 1º de abril de 2017 hasta el 9 de marzo de 2018; aclarando que, los días tomados para la liquidación, corresponderán a horas ordinarias, ya que no existe prueba que permita lograr con certeza absoluta, las horas extras nocturnas, dominicales o festivas laboradas, pues como es sabido, respecto al trabajo suplementario, el mismo debe ser de una absoluta nitidez y precisión con el objeto que el Juzgador pueda efectuar los cálculos pertinentes. Al respecto la H. Sala Laboral de la CSJ en sentencia radicado No.31637 del 15 de julio de 2008, indicó:

“Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”.

Significa lo anterior, que respecto al trabajo suplementario la jurisprudencia ha sido reiterada y pacífica al advertir que la prueba para demostrar estos conceptos laborales **debe ser clara y precisa**, por cuanto no es posible para el fallador hacer cálculos o suposiciones para dar como probables determinadas cantidades sin existir la precisión visible de la prueba, correspondiendo analizar a esta Sala si tales medios de convicción fueron debidamente valorados, motivo por el cual se absolverá a la demandada de dichos conceptos.

De otro lado, respecto a la providencia proferida por esta Sala el día 29 de enero de 2019 partida de Tribunal 17511, se tiene que la misma no es aplicable a este asunto estudiado, ya que los supuestos fácticos analizados en dicha sentencia, son disimiles, en consideración a que, en aquella oportunidad, la discusión se centró en la ausencia de pruebas que lograran demostrar con certeza absoluta, la prestación de servicios del demandante para con los demandados, éstos últimos, quienes negaron desde la contestación de la demanda hasta la segunda instancia, la relación contractual; por lo que, nunca opero a favor del actor, la presunción prevista en el art. 24 del CST, contrario a lo establecido en este caso.

Decisión.

De esta manera, la Sala revocará en su totalidad la decisión proferida por la Juez A quo, declarando que la existencia de un contrato de trabajo en aplicación a la primacía de la realidad entre la demandante Leidy Katherine Bustamante Niño como trabajadora ejerciendo el oficio de MESERA por TURNOS en el establecimiento de comercio NEW SPACE KARAOKE DISCOTK de propiedad del demandado LUIS RAMÓN PATIÑO SANDOVAL, durante el lapso comprendido entre el 1º de abril de 2017 hasta el 9 de marzo de 2018, devengando un salario de \$25.000 diarios por 4 días al mes, para un total de \$100.000 mensuales; en consecuencia, se **CONDENARÁ** al demandado al pago de las prestaciones sociales, que equivalen a un total de **\$246.058**, que deberán ser indexados a la fecha del pago total, y comprende los siguientes conceptos:

- 1) Cesantías: \$94.167
- 2) Intereses de las cesantías: \$10.641
- 3) Vacaciones: \$47.083
- 4) Prima de Servicios: \$94.167

En cuanto a las Indemnizaciones solicitadas, se tiene que la moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no es inexorable, ni automática, sino que, una vez evidenciada la existencia objetiva de la deuda a la finalización del contrato de trabajo, **debe el sentenciador**

analizar los motivos generadores de la tardanza o de la falta de pago. Si bien, este elemento no se encuentra expreso en la norma, la jurisprudencia ha desarrollado toda una teoría en el sentido de que, si el deudor demuestra la presencia de razones válidas justificativas de la falta de pago oportuno, el juzgador debe exonerarlo de la indemnización.

Sobre este puntual aspecto, la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia de radicado SL4032-2017, reiterada en la SL2388-2018, sostuvo: *«Debe recordarse, que la <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos, lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud».*

En consideración a lo expuesto, esta Sala de Decisión considera que el demandado actuó de buena fe y no defraudó derechos laborales, pues desde la contestación de la demanda señaló que en el sub-examine no se configuraba la existencia de una relación laboral, al encontrarse bajo la **convicción invencible** de que la demandante al trabajar por espacios de 1 día a la semanas y 4 turnos al mes, no mediaba relación de trabajo con la actora, puesto que la misma, dependía de la disponibilidad de horarios, aceptación y necesidad del servicio, razones atendibles para no cancelar sus prestaciones sociales a la terminación de la vinculación; en consecuencia, en este asunto la Indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST no prospera.

Respecto **al despido injusto** alegado por 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, hecho que debía ser demostrado por la demandante, luego entonces, no será procedente la condena a la indemnización por despido injusto.

En cuanto al pago de los aportes a pensión, se accederá a la condena correspondiente al cálculo actuarial de los 46 laborados entre el 1º de abril de 2017 hasta el 9 de marzo de 2018 en forma interrumpida y por turnos, según la liquidación que establezca la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliado la actora; sin que se ordene el pago a los aportes a salud ni riesgos laborales, ya que éstos se causan para el momento en que se prestan y al no ser demostrado el pago de forma independiente por la trabajadora, no opera la devolución de los presuntos aportes.

Se declararán no probadas las excepciones de fondo, propuestas por el demandado, estas son: la inexistencia de la obligación, la falta de legitimación por pasiva, la ausencia de presupuesto de la pretensión llamado capacidad para ser parte, el cobro de lo no debido, la prescripción y la innominada.

Se condenará en costas de primera y segunda instancia, fijando las agencias en derecho en esta instancia, lo correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021 equivalente a \$908.526 a cargo del demandado Luis Ramón Patiño Sandoval y a favor de la demandante Leidy Katherine Bustamante Niño.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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: REVOCAR en su totalidad la sentencia apelada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 28 de noviembre de 2019, en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo en aplicación a la primacía de la realidad entre la demandante LEIDY KATHERINE BUSTAMANTE NIÑO como trabajadora ejerciendo el oficio de MESERA por TURNOS en el establecimiento de comercio NEW SPACE KARAOKE DISCOTK de propiedad del demandado LUIS RAMÓN PATIÑO SANDOVAL, durante el lapso comprendido entre el 1º de abril de 2017 hasta el 9 de marzo de 2018 en forma ininterrumpida (46 días laborados), por las razones expuestas en la anterior motivación.

SEGUNDO: CONDENAR al señor LUIS RAMON PATIÑO SANDOVAL en su condición de propietario del establecimiento de comercio NEW SPACE KARAOKE DISCOTK, a cancelar a favor de la señora LEIDY KATHERINE BUSTAMANTE NIÑO la suma de

\$246.048.00 por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, suma que deberá ser debidamente indexada hasta la fecha del pago.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo, propuestas por el demandado, estas son: la inexistencia de la obligación, la falta de legitimación por pasiva, la ausencia de presupuesto de la pretensión llamado capacidad para ser parte, el cobro de lo no debido, la prescripción y la innominada.

CUARTO: CONDENAR al demandado demandado LUIS RAMÓN PATIÑO SANDOVAL, al pago de los aportes a pensión, correspondiente al cálculo actuarial de los 46 días laborados entre el 1º de abril de 2017 hasta el 9 de marzo de 2018 en forma interrumpida y por turnos, según la liquidación que establezca la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliado la actora.

QUINTO: ABSOLVER al demandado demandado LUIS RAMÓN PATIÑO SANDOVAL, de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante LEIDY KATHERINE BUSTAMANTE NIÑO, por las razones expuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de primera y segunda instancia, fijando las agencias en derecho en esta instancia, lo correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021 equivalente a \$908.526 a cargo del demandado Luis Ramón Patiño Sandoval y a favor de la demandante Leidy Katherine Bustamante Niño.

NOTIFIQUESE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2018-00483-00
PARTIDA TRIBUNAL: 18927
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: LEIDY KATHERINE BUSTAMANTE NIÑO
ACCIONADO: LUIS RAMÓN PATIÑO SANDOVAL
ASUNTO: CONTRATO DE TRABAJO
TEMA: APELACIÓN



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 082, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 12 de agosto de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2019-00115
PARTIDA TRIBUNAL: 19045
DEMANDANTE: INGRID JOHANA RAMÍREZ DUARTE
ACCIONADOS: COLPENSIONES
TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES-
Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, procede a surtir el grado jurisdiccional de consulta y resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 28 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, con radicado interno No. 54-001-31-05-003-2019-00115-00 y Partida del Tribunal No. 19045 promovido por la señora INGRID JOHANA RAMIREZ DUARTE a través de apoderada judicial, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”.

Una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes,

I. ANTECEDENTES

La señora INGRID JOHANA RAMIREZ DUARTE por intermedio de apoderada judicial interpuso demanda ordinaria laboral (fls.1-8), para que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el afiliado JORGE DUARTE OMAÑA (q.e.p.d.), desde el 23 de junio de 2017, junto con los intereses corrientes, moratorios y la indexación, al uso de las facultades extra y ultra petita y la condena en costas procesales. **(27 de marzo de 2019-fl.25)**.

II. HECHOS.

Las pretensiones se encuentran fundamentadas en: que el señor JORGE DUARTE OMAÑA (q.e.p.d) trabajaba como independiente en el oficio de cerrajero; que falleció el 23 de junio de 2017 en la Clínica San José después de estar hospitalizado desde el 31 de mayo de 2017; que se encontraba afiliado en pensión a COLPENSIONES y

realizaba los aportes a través del régimen subsidiado los primeros días de cada mes, que convivió con el afiliado de manera ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa, desde el 23 de octubre de 2010 hasta el fallecimiento; que siempre dependió económicamente del causante, que el 30 de junio de 2017 solicitó a la demandada el reconocimiento del auxilio funerario y mediante resolución SUB 372815 COLPENSIONES negó dicha prestación alegando que no se encontraba activo en el sistema y mediante acción constitucional de tutela le ordenaron el pago; que solicitó la pensión de sobrevivientes y mediante resolución SUB 291408 del 18 de diciembre de 2017 negó la prestación.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA.

COLPENSIONES a través de su apoderado judicial aceptó parcialmente los hechos y negó todas las pretensiones incoadas, alegando que no existe certeza que la demandante cumpla con los requisitos previstos en el art. 47 de la Ley 100 de 1993, en especial, que reúna el tiempo de convivencia. Propuso como excepciones de fondo, la inexistencia del derecho reclamado, la buena fe, la prescripción, la innominada o genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Tramitada la Litis, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia de 28 de febrero de 2020, CONDENÓ a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante RAMIREZ DUARTE desde el 23 de junio de 2017 de forma temporal, las mesadas ordinarias y de diciembre, el reajuste del art. 14 de la Ley 100 de 1993 con duración máxima de 20 años. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, condenó a la demandada al pago de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 31 de diciembre de 2017 hasta que se haga efectivo el pago y en costas procesales.

La Juez A quo argumentó que, de las pruebas aportadas al expediente y las declaraciones rendidas en audiencia, lograron acreditar que la demandante y el causante mantuvieron una convivencia de “*marido y mujer*”, bajo el mismo techo desde la época indicada en la demanda, además del cuidado y apoyo al causante durante su enfermedad, demostrada mediante la historia clínica donde la actora autorizaba diferentes procedimientos clínicos durante su estadía; que a pesar de que entre el causante y la demandante existía una relación filiar por ser el tío y la sobrina, la declaración de la madre de la actora quien es la hermana del causante, señaló que la relación de pareja que surgió *entre estos fue motivo de rechazo, señalamiento y exclusión por parte de su núcleo familiar*, de acuerdo con ello y aplicando las reglas de la experiencia, la Juez determinó que “*la relación que se estableció entre señor Jorge Duarte y la señora Ingrid Johana cuando esta era apenas una menor de edad con 16 años no únicamente fue objeto de señalamiento y rechazo por parte de su entorno familiar, por la diferencia generacional de edad, como lo manifestaron las*

testigos, sino que por el hecho que se estableció una relación de tipo marital con quien fuera su tío y que inclusive participó en su crianza”.

Así mismo, trajo a colación aparte de la sentencia de radicado SC 4499/2015, dictada por la Sala de Casación Civil, en la que se explicó un caso en el que se resolvía sobre la existencia una unión marital de hecho de dos personas con vínculo consanguíneo, para determinar que, dicha condición y diferencia generacional existente entre la pareja y la discriminación por parte de su grupo familiar, no pueden ser motivo válido para desconocer la verdadera convivencia encaminada a brindar socorro, amor y ayuda mutua, conformando una pareja.

Consideró la Juez A quo, configurar un enfoque de género, al no ser válido adoptar una decisión basada en comportamiento o prejuicios morales o religiosos, *“porque tal hecho se consideraría discriminatorio frente a quien tiene el deber supremo de resguardar las garantías fundamentales de quienes acuden a la justicia para el restablecimiento de sus derechos, o incurrir nuevamente en los actos discriminatorios que efectuó la Administradora colombiana de pensiones Colpensiones al negar el reconocimiento pensional incoados por la compañera permanente del causante...”*.

Declaró el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, causada por la muerte del señor Jorge Duarte el 23 de junio del 2017, por encontrarse acreditado siete años de convivencia antes del fallecimiento del afiliado, mesadas que no estuvieron afectadas de la prescripción de la acción judicial y ordenó a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 31 de diciembre de 2017.

V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES inconforme con la decisión proferida, solicitó su revocatoria total, alegando que de conformidad con lo establecido en el literal B del artículo 47 de la Ley 100 del 93, modificado por el art. 93 de la Ley 797 de 2003, la señora Ingrid Ramírez Duarte no logró acreditar que estuvo haciendo vida marital con el señor Duarte, ni haber convivido con el fallecido, es decir, no demostró los siguientes elementos: la cohabitación, la singularidad y la permanecía, elementos que no se dieron según las declaraciones y las pruebas aportadas ya que no se evidenció convivencia permanente y continua.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

La demandante a través de su apoderado judicial mediante escrito enviado por el correo institucional de la Secretaría de esta Sala presentó los alegatos de conclusión, solicitando confirmar la sentencia al tenerse acreditado que el causante

afiliado convivió con la demandante desde el 23 de octubre de 2010 hasta el 23 de junio de 2017, manteniendo una relación sentimental permanente y estable, y la negativa por parte de COLPENSIONES para el reconocimiento de la prestación, se fundamenta en actos de discriminación.

VII. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, el eje medular de la contradicción por parte de la administradora de pensiones demandada, apunta a que la demandante RAMIREZ DUARTE no demostró la convivencia marital con el afiliado, es decir, no satisfizo las exigencias del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, en lo que respecta al requisito de **convivencia**, al tenerse probado que para el fallecimiento del señor Jorge Duarte Omaña falleció el 23 de junio de 2017 (fl.7), tenía cumplidos 25 años y 8 meses de edad (fecha de nacimiento 19 de octubre de 1991- informa en el interrogatorio de parte).

Ahora, no existe discusión en que el afiliado dejó causada la pensión de sobrevivientes por cumplir con más de 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a su fallecimiento (775 semanas totales) y que a través de una orden judicial de tutela, COLPENSIONES reconoció y pago a favor de la señora Ingrid Johanna Ramírez Duarte el auxilio funerario mediante resolución SUB 21383 del 24 de enero de 2019 (fls.10-12), hecho que encuentra soporte documental en los folios 8 y 9 del expediente, donde la Organización la Esperanza certifica que la actora pagó los gastos del fallecimiento del señor Duarte Omaña por la suma de \$3'591.000.

De otro lado, COLPENSIONES mediante resolución SUB 291408 del 18 de diciembre de 2017 negó la pensión de sobrevivientes pedida por la demandante el día 30 de octubre de 2017, argumentando que *“...No se logró confirmar que el señor Jorge Duarte Omaña y la señora Ingrid Johanna Ramírez Duarte hayan convivido desde el 2010 hasta el 23 de junio de 2017, fecha del fallecimiento...puesto que la solicitante no aportó pertenencias, fotografías, información de familiares del causante, en labores de campo la testigo no conoce a la pareja implicada más de tres años sin asegurar si convivían como juntos, cabe resaltar que los únicos que confirman la convivencia entre las partes son aportados por la señora Ingrid”*. Decisión confirmada en la resolución SUB 22769 del 26 de enero de 2018 (Fls.13-22).

En tal sentido, conforme a lo previsto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797/03, esta prestación debe reconocerse en forma temporal cuando el cónyuge compañero (a) a la fecha de fallecimiento del causante **«tenga menos de 30 años de edad [...]»**, evento en el cual la pensión **«se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años»**, situación fáctica que es precisamente la que aquí se avizora, en tanto que el demandante acredita tener menos de 30 años de edad,

para la fecha del deceso del asegurado, cumpliéndose también los demás presupuestos que dicha normativa prevé.

Se hace importante recalcar, que cuando se trata de acreditar esa cohabitación permanente, no hay exigencia de tarifa legal en materia probatoria, ya que el legislador en el artículo 61 del CPTSS, previó la facultad para los jueces de esta especialidad, de formar libremente su convencimiento con aquellas probanzas que mejor lo persuadan.

En este sentido, la condición de compañera (o) permanente se adquiere por el devenir cotidiano de la pareja que comparte su vida con la intención de conformar una familia por la voluntad responsable de hacerlo, en los términos del artículo 42 de la Constitución Política, donde exista «*acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia*» (CSJ 5 de mayo 2005, rad. 22560, radicado 9890 del 6 de marzo de 1998, reiterada en la del 30 de enero de 2007, rad. 28121 entre otras).

Así las cosas, el supuesto de la **convivencia real y efectiva**, va más allá de la mera denominación formal que en el derecho de familia se le otorgue, o de eventos donde existan separaciones de cuerpos transitorias, siempre y cuando, sea por motivos justificables, puesto que, para garantizar dicha protección, lo INDISPENSABLE es DEMOSTRAR si entre la pareja perduraron esos «*lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja*» Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida. (Ver Sentencia SL 1399-2018).

En este sentido, el criterio material del derecho a la pensión de sobrevivientes, se orienta a dar soporte y ayuda a los miembros del grupo familiar, ante la orfandad que proveía el mantenimiento económico del hogar que afecta directamente sus condiciones de vida; luego entonces, la función del operador judicial, está precedida de una comprobación fáctica para verificar que quien pretende el derecho, haya mantenido una real convivencia y solidaridad afectiva.

De otro lado, se hace importante traer a colación los pronunciamientos pacíficos y constantes de la CSJ en las sentencias SL3202-2015, SL14237-2015, reiterada en SL6519-2017 y SL1399 de 2018 entre otras, donde se adoctrinó que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo a las peculiaridades de cada caso, esto es, «*que en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que*

transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece...”; luego entonces, así los compañeros permanentes de forma transitoria no cohabiten bajo el mismo techo, ya sea por situaciones de salud, trabajo, fuerza mayor u otros motivos justificables, ello no puede conducir a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, siempre y cuando, permanezca los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

Caso en concreto.

Descendiendo al estudio del caso, se tiene que la Juez A quo determinó que la demandante tiene la calidad de compañera permanente supérstite del afiliado Jorge Duarte y cumplía a cabalidad con los requisitos previstos en la norma, decisión que la fundamentó en las pruebas documentales, entre otras, la historia clínica, donde se demostró que la actora suscribió algunas autorizaciones médicas de tratamiento hospitalario de su compañero, logrando demostrar el auxilio y socorro mutuo durante la enfermedad padecida por este último; además, que los testigos, fueron concordantes en señalar la convivencia permanente entre la pareja desde el año 2010; en especial, analizó el testimonio rendido por la señora Zaray Duarte hermana del causante y madre de la demandante, quien aseguró que debido a la relación consanguínea entre la pareja, habían sido rechazados por la familia, pero que éstos llevaban más de 5 años viviendo como “marido y mujer”.

COLPENSIONES aseguró que la convivencia marital no se demostró, que las declaraciones rendidas no probaron los elementos de cohabitación, singularidad y permanecía, y que no se evidenció convivencia permanente y continua.

De esta manera, se procederá al análisis de las declaraciones rendidas en audiencia, recordando que, conforme con el art. 61 del C.P.T. y S.S., los jueces de instancia gozan de la facultad de apreciar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en las pruebas que más los induzcan a hallar la verdad y con base en la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, salvo que sus apreciaciones se alejen de la lógica de lo razonable o atenten marcadamente contra la evidencia:

La señora **Zuly Yuleima Hurtado Vargas** declaró bajo la gravedad de juramento, que conocía al señor Jorge Duarte desde aproximadamente 19 años, asegurando que trabaja desde los 16 años “*afuera*” del negocio del señor Jorge quien tenía una cerrajería, colocaba chapas y vendía candados, hacía llaves, después, dice que se compró una moto y ejerció como servicio domiciliario y realizaba servicios al señor Jorge; que a finales de octubre del 2010 conoció a la señora Ingrid Johanna Ramírez

Duarte cuando el señor Jorge la presentó como su “mujer”, además, asegura que la pareja vivía arrendada en una habitación de la casa de su señora madre la señora María Cecilia Arias Acevedo donde ella también vivía, en la Avenida 29 N18-78 del Barrio Rudesindo Soto y que el canon de arrendamiento fue de \$100.000 pesos, suma que les ayudó a pagar los gastos de la casa; que allí duraron cinco años hasta el 2015, ya que después se fueron a vivir en una casa en el centro de la ciudad, porque el señor Jorge recibió una casa como parte de una herencia, sin embargo, dice que la amistad permaneció, que la pareja los visitaba en la casa, salían a paseos, visitaban un local llamado “la negra” donde tomaban cerveza y bailaban, que fue una relación sólida de amistad.

Aseveró que compartieron mucho con la pareja; que durante esa época la Sra. Ingrid Johanna no trabajaba, a veces lo acompañaba a los Pueblos cuando debía realizar trabajos; Que la relación entre la pareja era muy buena. Manifestó que por información del señor Jorge, la relación con Ingrid había iniciado desde antes del 2010, pero como ella era menor de edad, la familia de él lo rechazaba, pero cuando Ingrid cumplió los 18 años de edad en el mes de octubre, se fueron a vivir sin importar los comentarios, a pesar de que se veían la diferencia de edades; que salían a divertirse, a bailar.

Que conoce a la mamá de Ingrid Johanna Ramírez Duarte cuando la acompañaba en la Clínica, pero no recuerda su nombre. Que la enfermedad del Sr. Jorge era cáncer en el colón y duró padeciendo 2 años. Que el Sr. Jorge no podía estar solo, y que Ingrid Johanna Ramírez Duarte se encargó de él, lo bañaba, lo cuidaba, porque el sr. Jorge no tenía familiares en la ciudad y además tenía conflictos. Que ellos sobrevivieron de un parqueadero y la venta de minutos de teléfono, y durante la enfermedad contrataron a una empleada para que les cuidara el negocio; que hasta la fecha la Sra. Ingrid Johanna Ramírez Duarte vive de esa actividad.

La apoderada judicial de COLPENSIONES no realizó preguntas a la testigo.

La señora Jessica María Viviana Maldonado Pérez manifestó bajo la gravedad de juramento que era amiga desde la infancia de la señora Ingrid Johanna Ramírez cuando vivían en el barrio el Contento. Que el Sr. Jorge y la señora Ingrid Johanna Ramírez Duarte se conocieron en el 2008 en el cumpleaños 16 de Ingrid. Que el señor Jorge le dijo a su amiga, que tenía que esperar a que cumpliera la mayoría de edad para vivir juntos. Que convivieron en una habitación en el Barrio Rudesindo Soto en el 2010 donde estuvieron por 5 años y luego en el Palacio Nacional, cuando al señor Jorge le diagnosticaron cáncer en el 2015. Asegura que la mamá de Ingrid no autorizaba la relación sentimental porque el Sr. Jorge tenía mucha edad para ella, tenía 50 años. Que ella le ayudó a Ingrid Johanna Ramírez Duarte con el trasteo de sus cosas cuando se fue de casa de la mamá. Que quién le arrendó la habitación era la señora Mery y pagaba por canon de arrendamiento \$100.000 pesos. Que el Señor Jorge la apreciaba, la quería, le daba todo, *fue muy buen hombre con ella.*

Que se demostraban cariño, explica la razón de su dicho diciendo que ella la acompañaba en la pieza porque se quedada sola todo el día. Que el Sr. Jorge tenía un negocio de chapas, candados, llaves. Que la enfermedad del señor Jorge duró aproximadamente 2 años y desde abril duró 3 meses hospitalizado hasta que falleció. Aseguró que la relación duró entre 9 a 10 años; que no tiene conocimiento del porqué no procrearon hijos; que la relación fue permanente, que no discutían, que durante la enfermedad del señor Jorge, la única que lo visitaba en la Clínica San José fue Ingrid, además, los gastos funerarios los pagó Ingrid; que lo velaron en la Esperanza y solo asistieron amigos comerciantes, pero no fueron familiares. Que no sabe si la señora Ingrid Johanna Ramírez Duarte recibe alguna pensión, subsidio o herencia. Que la pajera nunca se separó y que no discutían. Que no tiene conocimiento si el señor Jorge tenía pareja anterior y que antes de vivir juntos, ella acompañaba a su amiga a encontrarse con el señor Jorge donde éste vivía en el Barrio la Merced.

La señora Mery Cecilia Vargas Acevedo asegura que su hija le comentó sobre el señor Jorge Duarte quien estaba buscando una habitación para vivir con Ingrid Johanna Ramírez Duarte, por lo que, decidió arrendarles una pieza en su casa en el Barrio Rudesindo Soto, convivencia que inició a finales del año 2010. Que el sr. Jorge y la señora Ingrid Johanna Ramírez Duarte eran pareja sentimental, se demostraban cariño en público, se despedían de beso, se bañaban juntos; él trabajaba como cerrajero y ella se quedaba en la casa; viajaban bastante, que al señor Jorge le gustaba tomar mucho, pero siempre los vio juntos. Que vivieron 5 años en su casa y luego se mudaron a una casa detrás del palacio Nacional. Que el señor Jorge fue hospitalizado en la Clínica San José y la señora Ingrid la llamó para que le ayudara a buscar un sacerdote, a quien llevó a la habitación de la Clínica y vio muy enfermo al señor Jorge Duarte y a la media hora se murió. Que el señor Jorge tenía cáncer de colón. Que la persona que se encargó de los cuidados del Sr. Jorge era Ingrid Johanna Ramírez Duarte, y que ella duro como 2 años cuidándolo, pero el último año estuvo hospitalizado. Que no fue al velorio, pero asegura que la señora Ingrid lo cremó y tiene las cenizas en un altar por que no ha tenido medios para llevarlo al mar que era su último deseo. Que no tiene conocimiento que el señor Jorge tuvo o tenía otra pareja, que no frecuentaba a la familia, que no tuvieron hijos.

De otro lado, la demandante INGRID JOHANNA RAMÍREZ DUARTE manifestó bajo la gravedad de juramento, que vive en la Calle 8 No-3-50 el en Centro de Cúcuta, que es bachiller, que es independiente, que conoció al señor Jorge Omaña en un bailadero cuando celebraba su cumpleaños en el año 2008 y desde ahí se comunicaron e iniciaron una relación amorosa, que debido a que era un hombre muy respetuoso decidieron que cuando cumpliera los 18 años, se iban a vivir juntos, hecho que sucedió el 23 de octubre del 2010 cuando se la llevó a vivir a una pieza. Que Jorge murió el 23 de junio del 2017, por cáncer de colón. Que cuidó al señor Jorge durante su enfermedad, que sólo lo llevó a una sesión de quimioterapia porque no aguantó la otra. Que no tiene conocimiento de la existencia de otra pareja, siempre estuvieron juntos. Que no procrearon hijos porque Jorge no podía. Que la habitación en arriendo quedaba en Av. 29 N18-78 barrio Rudesindo Soto donde duraron 5 años y luego se mudaron cerca al palacio nacional, que es una casa

parqueadero que se alquila a los vendedores ambulantes, y de eso se sostenía cuando Jorge se enfermó hasta que falleció, además, dice que tenían unos ahorros. Que reclamó los gastos fúnebres por un proceso jurídico donde demandó a Colpensiones. Que nunca se separaron. Que no recibe ayudas del Estado. Que Colpensiones le negó los derechos fúnebres por pasarse 3 días de la fecha de pago. Que Colpensiones le negó la pensión de sobrevivientes por falta de pruebas. *Que presentó como pruebas las cenizas del señor Jorge. Que tenía fotografías con el Sr. Jorge en el teléfono, pero este se perdió cuando murió el Sr. Jorge.*

Ahora, durante la práctica de los mismos, la Juez A quo decidió oficiar a la Clínica San José de Cúcuta y la Clínica Cancerológica de Norte de Santander para que se aportara la respectiva historia clínica del causante, de donde se deduce lo siguiente: (i) que se suscribe como dirección de residencia la Avenida 6ª No. 0N-24 del Barrio La Merced, (ii) Diagnóstico: Cáncer del canal anal más colostomía izquierda, diagnosticado desde el mes de septiembre de 2016; (iii) que el día 25 de abril de 2017 el señor Jorge Duarte manifestó y suscribió que no quería recibir el tratamiento de quimioterapia, firma que acompañó la señora Zaray Duarte en calidad de hermana, igualmente, aparece con estado civil “*unión libre*” (fls.100-102); (iv) a folio 183 al 184 la demandante Ingrid Ramírez firmó a favor del causante una transfusión de sangre.

Conforme a la historia clínica, la Juez A quo decidió oficiar a la señora **Zaray Duarte Omaña** a rendir declaración, quien bajo la gravedad de juramento manifestó que es soltera, vive en el Barrio el Contento, es ama de casa, convive con un hijo mayor y un sobrino, que tiene en total 3 hijos, entre ellos, la demandante Ingrid Johanna Ramírez Duarte, que cuando su hermano el señor Jorge Duarte fue hospitalizado en la Clínica San José, se turnaron para cuidarlo porque a Ingrid le tocaba todo sola y ella le colaboraba; asegura que el amor de Ingrid siempre fue Jorge, su hermano y tío de su hija; que “*como a los 18 años se voló de la casa y él era quien le pagaba todo los gastos*”, que duró un tiempo sin saber de ella hasta que su hermano fue hospitalizado; aseguró que el amor que le profesaba Ingrid hacia su tío fue extremo, eterno, hasta el punto en que en la actualidad, ella guarda las cenizas en su casa.

Que esa relación fue rechazada por toda la familia, además, la casa donde vive actualmente Ingrid, la compró Jorge con una señora a quien le trabajó, y, ahora quieren sacarla mediante un proceso judicial todos los hermanos del difunto; que no tiene conocimiento donde convivían cuando salió de la casa solamente hasta que llegaron a vivir en el Centro cerca del Palacio Nacional; asegura que Ingrid siempre estuvo pendiente de Jorge, lo cuidó, lo acompañó, lo bañaba, fue quien estuvo a su lado desde que cumplió los 18 años hasta su fallecimiento; que en la Clínica San José ella firmaba los documentos, porque Ingrid no entendía muy bien, además, se dividían las tareas, a Ingrid le correspondía su cuidado físico.

Aseveró que cuando su hija Ingrid cumplió 16 años, ella tenía que salir a trabajar en la noche en un hotel y la dejaba sola en la casa, y su hermano Jorge las visitaba, le

demostraba mucho cariño, le ayudaba a pagar el colegio, le compraba ropa, después, se enteró que habían iniciado una relación sentimental, que rechazó, se alejó de su hermano, pero que al cumplir los 18 años no pudo someter a su hija y se voló. “*se le salió de las manos*”. Que conoció a la señora Zuly en una navidad y a su mamá la señora Mery, que es amiga de Ingrid y de Jorge, que ellas sabían de la relación, cree que ellos vivían cerca, pero ella no aceptaba esa relación y la situación fue difícil.

Análisis del caudal probatorio.

Para lo pertinente, de las declaraciones anteriores fueron concordantes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, al señalar que, la señora Ingrid Johanna y el señor Jorge Duarte convivieron juntos desde el mes de octubre de 2010 como compañeros permanentes hasta la fecha de fallecimiento del señor Jorge en el año 2017, que el causante trabajaba y la demandante era ama de casa, que mantuvieron una relación sentimental permanente y singular, que en el año 2015 se mudaron de la habitación en el Barrio Rudesindo Soto hacia un barrio en el Palacio Nacional; que cuando el señor Jorge enfermó y estuvo hospitalizado, la demandante fue quien estuvo pendiente de sus cuidados y quien trabajó en el parqueadero que cuidaban para el mantenimiento económico; que el señor Jorge falleció en la Clínica y durante el funeral, la demandante fue quien pagó los gastos, además, que no procrearon hijos y que el señor Jorge fue cremado.

En este orden de ideas, la valoración integral de las pruebas aportadas, son coherentes y lograron acreditar que entre la demandante Ingrid Johanna Ramírez Duarte y el señor Jorge Duarte Omaña (q.e.p.d.) existió una comunidad marital, que se desarrollo de forma permanente y singular en calidad de compañeros permanentes, encaminada a crear una vida en común bajo la decisión libre y voluntaria, tanto así, que solo decidieron compartir su vida juntos cuando la señora Ingrid cumplió su mayoría de edad, que si bien es cierto, las fechas no concuerdan cuando dicen que los 18 años los cumplió en el 2010, (fecha de nacimiento: 19 de octubre de 1991-informa en el interrogatorio de parte), esta circunstancia no afecta la integridad de las declaraciones; además, a pesar del rechazo por parte de su familia debido al vinculo consanguíneo entre la pareja, las manifestaciones de cariño se exteriorizaron, y lograron formar un núcleo familiar, donde la demandante Ingrid Ramírez demostró una actividad propia de compañera sentimental, fue la única persona quien cuidó del causante, lo ayudó con el tratamiento de su enfermedad, le brindó soporte, socorro, auxilio, propendiendo por su mejoría y/o curaciones paliativas.

Respecto al parentesco en el tercer grado de consanguinidad entre el señor Jorge Duarte, con la demandante Ingrid Ramírez Duarte, aclara la Sala que dicha circunstancia hace parte del derecho a la intimidad personal y familiar, como también del libre desarrollo a la personalidad, garantías consagradas en el art.42 de la Constitución Política como lo asentó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación

Civil en la sentencia SC4499 del 24 de febrero de 2015 M.P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez; así mismo, la ley no contempla como obstáculo para acceder a la pensión de sobrevivientes prevista en el art. 13 de la Ley 797 de 2003 literal b), teniendo como bases fundamentales, la creación de la familia por decisión libre y voluntaria del comportamiento humano de formarla, con apoyo económico, social, de salud, trabajo diario, apoyo afectivo y demostrándose cariño, socorriéndose en la enfermedad y la vida diaria y cotidiana.

Conclusión.

Así las cosas, para esta Sala de Decisión, la señora INGRID JOHANNA RAMÍREZ DUARTE cumplió a cabalidad los requisitos previstos en el literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el señor Jorge Duarte Omaña en calidad de compañera permanente supérstite, requisitos que tiene relación con la convivencia marital desde el año 2010 hasta el fallecimiento del afiliado el 23 de junio de 2017, con 13 mesadas anuales y sobre un salario mínimo mensual vigente, por lo que, la sentencia deberá ser CONFIRMADA, sin embargo, conforme con lo establecido en el art. 283 del CGP, será necesario COMPLEMENTARLA en el sentido de que COLPENSIONES deberá pagar en concreto, la suma de \$44'053.518.53. ADICIONAR a la misma sentencia, AUTORIZACIÓN a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional, la totalidad de las cotizaciones en salud a cargo de la pensionada, de conformidad con los arts. 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3º del Decreto 692 de 1994, con destino a la EPS a la que se encuentre afiliada la actora.

DESDE		HASTA		MESADAS
Año	Mes	Año	Mes	
2017	06	2021	07	\$196,724.53
2017	07	2021	07	\$737,717.00
2017	08	2021	07	\$737,717.00
2017	09	2021	07	\$737,717.00
2017	10	2021	07	\$737,717.00
2017	11	2021	07	\$737,717.00
2017	12	2021	07	\$737,717.00
2017	M14	2021	07	\$737,717.00
2018	01	2021	07	781242
2018	02	2021	07	\$781,242.00
2018	03	2021	07	\$781,242.00
2018	04	2021	07	\$781,242.00
2018	05	2021	07	\$781,242.00
2018	06	2021	07	\$781,242.00
2018	07	2021	07	\$781,242.00
2018	08	2021	07	\$781,242.00
2018	09	2021	07	\$781,242.00
2018	10	2021	07	\$781,242.00
2018	11	2021	07	\$781,242.00
2018	12	2021	07	\$781,242.00

2018	M14	2021	07	\$781,242.00
2019	01	2021	07	828116
2019	02	2021	07	\$828,116.00
2019	03	2021	07	\$828,116.00
2019	04	2021	07	\$828,116.00
2019	05	2021	07	\$828,116.00
2019	06	2021	07	\$828,116.00
2019	07	2021	07	\$828,116.00
2019	08	2021	07	\$828,116.00
2019	09	2021	07	\$828,116.00
2019	10	2021	07	\$828,116.00
2019	11	2021	07	\$828,116.00
2019	12	2021	07	\$828,116.00
2019	M14	2021	07	\$828,116.00
2020	01	2021	07	\$877,803.00
2020	02	2021	07	\$877,803.00
2020	03	2021	07	\$877,803.00
2020	04	2021	07	\$877,803.00
2020	05	2021	07	\$877,803.00
2020	06	2021	07	\$877,803.00
2020	07	2021	07	\$877,803.00
2020	08	2021	07	\$877,803.00
2020	09	2021	07	\$877,803.00
2020	10	2021	07	\$877,803.00
2020	11	2021	07	\$877,803.00
2020	12	2021	07	\$877,803.00
2020	M14	2021	07	\$877,803.00
2021	01	2021	07	\$908,526.00
2021	02	2021	07	\$908,526.00
2021	03	2021	07	\$908,526.00
2021	04	2021	07	\$908,526.00
2021	05	2021	07	\$908,526.00
2021	06	2021	07	\$908,526.00
2021	07	2021	07	\$908,526.00
				Total Mesadas
				\$44,053,518.53

Con relación a **los intereses moratorios**, debe indicarse que lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se genera no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J Sent. 33.161 del 31 de marzo de 2009), siempre y cuando no exista justificación para el retardo, pues si es evidente la misma, debe exonerarse a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

En este caso, es claro que la negación de la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad accionada, no encuentra justificación legal, siendo procedente acceder al reconocimiento de los mismos, tal como lo acertó la Juez A quo, a partir del siguiente día de los dos meses de la petición, esto es, desde el 31 de diciembre de 2017 hasta el pago efectivo de la misma, debiéndose CONFIRMAR la decisión consultada.

En virtud a las anteriores consideraciones, el problema jurídico quedará resuelto en forma desfavorable a la recurrente, condenándose en costas procesales en esta instancia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

COLPENSIONES S.A. por no haberle prosperado el recurso de alzada según lo previsto en el art. 365 del CGP, fijando como agencias en derecho, la suma de \$500.000 a favor de la demandante, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 proferido por la Sala Administrativa del CSJ.

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 totalmente la sentencia apelada proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 28 de febrero de 2020, COMPLEMENTÁNDOLA en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora INGRID JOHANNA RAMÍREZ DUARTE desde el 23 de junio de 2017 hasta el 30 de julio de 2021 en la suma de \$44'053.518.53, con 13 mesadas anuales y sobre un salario mínimo mensual vigente para el 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

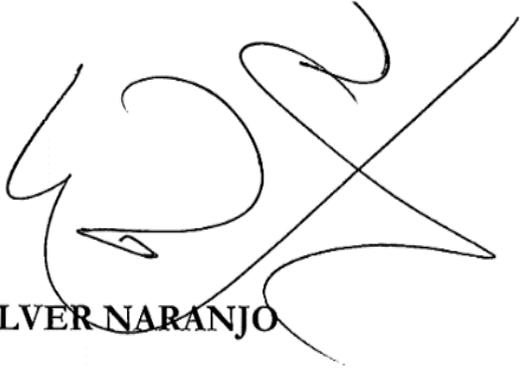
SEGUNDO: ADICIONAR a la misma sentencia consultad y apelada, AUTORIZACIÓN para que COLPENSIONES descuente del retroactivo pensional, la totalidad de las cotizaciones en salud a cargo de la pensionada, de conformidad con los arts. 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 inciso 3º del Decreto 692 de 1994, con destino a la EPS a la que se encuentre afiliada la actora.

TERCERO: CONDENAR en costas procesales en esta instancia, a COLPENSIONES y fijar como agencias en derecho, la suma de \$500.000 a favor de la demandante INGRID JOHANNA RAMÍREZ DUARTE de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 proferido por la Sala Administrativa del CSJ.

NOTIFIQUESE.



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Nidia Belen Quintero G.

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 082, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 12 de agosto 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: 54001-31-05003-2019-00420.

Partida Tribunal: 19208

Demandante: EDUARDO QUINTERO GELVES

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

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de alzada presentados 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 02 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-003-2019-00420 y partida de este Tribunal Superior No. 19208 promovido por el señor EDUARDO QUINTERO GELVES 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 EDUARDO QUINTERO GELVES 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 COLPATRIA, hoy PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerlo 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.

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. Indicó que ingresó al Sistema de Seguridad Social en Pensiones el 8 de noviembre de 1994, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS).
2. Que el 31 de agosto de 2.000, realiza 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, suscribiendo formato de traslado radicado bajo inscripción CUC 10586, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro.

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 02 de febrero del 2021, resolvió lo siguiente:

1. DECLARAR no probada las excepciones propuestas por las demandadas.
2. DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante EDUARDO QUINTERO GELVES a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIAS.A. hoy PORVENIR S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.
3. CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones, la totalidad de las cotizaciones recibidas del demandante EDUARDO QUINTERO GELVES, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones y fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esas administradoras.
4. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que valide la afiliación del demandante EDUARDO QUINTERO GELVES, en los términos reseñados en el numeral primero, y reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., para financiar las prestaciones económicas del Régimen de Prima Media a las que tenga derecho.
5. CONDENAR en costas a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.
6. CONSULTAR la providencia a favor de COLPENSIONES.

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.

Que para el despacho, la entidad demandada COLPATRIA S.A. hoy 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 EDUARDO QUINTERO GELVES 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; 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.

Se refirió a la obligatoriedad que surge de recibir al demandante dentro del régimen de prima media, en el sentido que esa situación 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.

2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso 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 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 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 cagar 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 DEMANDADA- PORVENIR, S.A.** En sus alegatos de conclusión, la pasiva solicitó se revoque la sentencia proferida por el A quo, y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Indicó que revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia vigente en la época del traslado; que La AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; que, de hecho, además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y la demandante no hizo uso de esa legítimo derecho, por lo que nadie puede alegar su propia torpeza.

Respecto a la condena de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el fondo, precisó que no comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una serie de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, por lo tanto, se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto; que en tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos; que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital.

- 2. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES.** Reiteró la parte en sus alegaciones, lo expuesto en la contestación a la demanda, resaltando que la parte demandante alega engaño por el fondo privado, al no brindar la información suficiente para realizar el traslado de régimen, sin embargo, su traslado se realizó de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley para hacerlo, sin que en dicho acto

jurídico haya intervenido Colpensiones, sin que probara el engaño aducido a pesar de que la carga dinámica no es absoluta y obedece a la verificación de los escenarios particulares de cada asunto como la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, que para el caso del demandante supera los 10 años.

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

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

- 3. PARTE DEMANDANTE.** La parte indicó en sus alegatos que se probó en el curso del proceso, que en el caso de su traslado de régimen de se omitió deliberadamente por COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTÍAS Y PENSIONES S.A. fusionada con BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, y esta a su vez con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., brindar la información suficiente, toda vez que se le suministró información sesgada, incompleta, sin manifestarle las desventajas que le podría causar el migrar del RPMPD al RAIS; que no se le informó sobre sus derechos y obligaciones, sobre el tiempo de traslado entre regímenes pensionales, sobre los beneficios de cada régimen, sobre las condiciones temporales de irreversibilidad del traslado y el derecho a retractarse de la afiliación.

Precisó que frente al traslado de régimen no existió un consentimiento informado, ya que solo puede existir cuando se encuentra libre de vicios y existe rotunda claridad sobre las condiciones que conlleva la afiliación al sistema.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante EDUARDO QUINTERO GELVES en el año 2000 a PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

ANÁLISIS PROBATORIO

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

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por la demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del ISS a hoy PORVENIR S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente

las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento del señor EDUARDO QUINTERO GELVES para realizar el cambio advertido.

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

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

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

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que 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 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 EDUARDO QUINTERO GELVES 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 libertad y voluntariedad.

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que el demandante EDUARDO QUINTERO GELVES ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones 8 de noviembre de 1994, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y que el 31 de agosto del 2000, realiza 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, suscribiendo formato de traslado No.0460817.

Revisando las pruebas allegadas a los autos, se evidencia que si bien en el formato visto a folio 37 del expediente, el cual fue suscrito por el demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró a la demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Así las cosas, en efecto, PORVENIR no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, que desde luego su

resultado final, dependería del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, como tampoco se demostró que se proporcionara una comparación con el monto pensional que recibiría en el régimen de prima media, es decir, no se evidencia el estudio holístico entre las ventajas y desventajas que representara cada régimen para el caso particular de la demandante.

Reiterándose que, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, al 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 al 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 al demandante EDUARDO QUINTERO GELVES por lo que, en esta instancia se CONFIRMARÁ lo resuelto por la juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PORVENIR S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante en el mes de agosto del 2000, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de

septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

Además, la mencionada Corporación se pronunció en su sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, de la siguiente manera al analizar los efectos de la declaratoria de ineficacia de un traslado:

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

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

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

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

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

Así las cosas, es claro que al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde COLPENSIONES hacia PORVENIR, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho

traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, montos estos que conforman el capital total que debe ser reintegrado en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos periodos de cotización, sumas estas que se encuentran bajo la custodia de las Administradoras, y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada “Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones, la totalidad de las cotizaciones recibidas del demandante EDUARDO QUINTERO GELVES, así como las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones y fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esas administradoras.”

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, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A. y en favor de la demandante.

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,

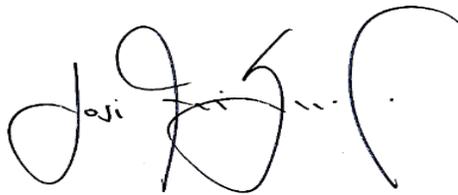
VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 02 de febrero 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, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de cada una de las demandadas, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y POVERNIR, S.A. y en favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 082, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 12 de agosto 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: 54001-31-05003-2020-00013

Partida Tribunal: 19222

Demandante: PATRICIA SOTO CHING

Demandada(o): COLPENSIONES / PORVENIR

S.A. / COLFONDOS S.A / PROTECCIÓN S.A

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

San José de Cúcuta, once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de alzada presentados 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 09 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-003-2020-00013 y partida de este Tribunal Superior No. 19222 promovido por la señora PATRICIA SOTO CHING contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, LOS FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, S.A., COLFONDOS, S.A y PROTECCIÓN, S.A.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante PATRICIA SOTO CHING 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 COLFONDOS inicialmente y posteriormente a las ADMINISTRADORAS DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y 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 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., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., le ocasionaron perjuicios y por tanto deben ser reparados.

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. Indicó que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde junio de 1987 hasta mayo de 1994 .
2. Que cotizó al régimen de prima media un total de trescientas cuarenta (340) semanas, habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones COLFONDOS S.A. a partir de mayo de 1994, traslado que no estuvo precedido por la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existió consentimiento de libertad y voluntariedad.
3. Que a partir de diciembre de 1994, se traslada del fondo de pensiones COLFONDOS S.A. al fondo PROTECCIÓN S.A., regresando a COLFONDOS S.A. en enero de 1999.
4. Que en octubre de 2013 se enteró que no podía retornar al régimen de prima media con prestación definida, por lo que decidió trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., fondo en el que actualmente se encuentra inscrita.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

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

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

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

Como excepciones de mérito propuso las que denominó FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., 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 las pretensiones principales incoadas por la demandante, ya que el traslado lo realizó COLFONDOS y NO se hace cuestionamiento alguno al traslado realizado por PORVENIR S.A. Además, afirmó que no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado, y de acceder a las súplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial.

Propuso excepciones que denominó FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O LA GENÉRICA.

La entidad demandada COLFONDOS S.A., señaló que entregó información objetiva a la demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía al igual que información sobre las características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad decidiendo este tomar de manera libre y espontánea su decisión de cambio. En consecuencia, afirmó que no es cierto que Colfondos o sus representantes comerciales hayan omitido información a la demandante antes de que firmara su afiliación.

Como excepciones de mérito presentó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE Y LA INNOMINADA O 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 09 de febrero de 2021, resolvió:

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

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora PATRICIA SOTO CHING a PROTECCIÓN S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, la actora 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., COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A., a devolver a 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, y los descuentos efectuados por concepto de fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional con cargo a sus propias utilidades debidamente indexadas, durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a cada una de estas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que valide la afiliación de la demandante PATRICIA SOTO CHING, 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., COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A., para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho eventualmente la demandante.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas y a favor de la parte demandante.

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.

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 de la demandante teniendo en cuenta que esta estaba capacitada 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 la demandante dentro del régimen de prima media, genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la 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, transgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

Precisó que Colpensiones no tuvo ninguna intervención al momento de brindar información a la 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. Por ello, solicita se revoque la condena en costas por no intervenir en ninguna de las actuaciones señaladas.

2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que se revoque la orden de devolver los gastos de administración en que incurrió el fondo, en virtud del artículo 964 del CC.

En cuanto a los pagos realizados por primas de seguro para cubrir los siniestros de invalidez, vejez y muerte, afirmó que son situaciones jurídicas ya consolidadas, donde ya se prestó el servicio por parte de PORVENIR S.A., de manera positiva pues se produjo un rendimiento, y resulta imposible retornar los efectos sobre hechos ya causados y ocurridos.

Por último, se mostró en desacuerdo con la condena en costas impuesta ya que el trámite de la audiencia fue breve, con base en las pruebas documentales y efectuado en una sola audiencia.

3. PARTE DEMANDADA- PROTECCIÓN, S.A.

Fundamentó la parte su recurso de apelación señalando que Protección no intervino en el cambio de régimen sino que la afiliación la llevó a cabo el fondo de pensiones ING PENSIONES Y CESANTÍAS, y que para cuando esta entidad se fusionó con PROTECCIÓN S.A., la demandante ya venía afiliada al RAIS.

De otra parte, alegó que la exigencia de devolver el seguro previsional y los gastos de administración se considera inoperante porque el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección contrata con una aseguradora el pago del seguro previsional, y porque los rendimientos que goza la cuenta de la demandante son producto de la buena administración por parte del fondo de pensiones. Señala que 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.

4. PARTE DEMANDADA - COLFONDOS S.A.

En su recurso, la parte expresó no estar conforme parcialmente con la sentencia, precisando los numerales 3 y 5, solicitando se absuelva de COLFONDOS de las condenas por la labor de administración de la cuenta de la accionante, generando rendimientos que fueron trasladados al actual fondo de pensiones donde se encuentra suscrita la señora PATRICIA SOTO CHING.

Señaló que permanecer en el RAIS generó unos rendimientos a la demandante propios de la buena administración del AFP.

Solicitó, finalmente, que no se le condene en costas, porque al momento de la afiliación efectuada con Colfondos la señora PATRICIA SOTO CHING ya se encontraba suscrita al RAIS.

I. 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. Preciso la parte en sus alegaciones que con respecto a la carga de la prueba, La Corte Suprema de Justicia ha sido muy enfática en establecer que la misma está en cabeza de los Fondos Privados de Pensiones y que el formulario de afiliación no es válido para demostrar que se cumplió con el deber de información; indicó que los

fondos privados de pensiones no pudieron probar que hubieran suministrado la información debida al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes de que la demandante cumpliera los 47 años de edad.

Manifestó que se evidencia dentro del interrogatorio de parte, que la demandante fue engañada por los asesores de estas AFP, quienes utilizaron mentiras y engaños para que pudiera trasladarse y mantenerse en su sistema.

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

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

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

3. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A. En sus alegatos de conclusión, la pasiva solicitó se revoque la sentencia proferida por el A quo, y en su lugar, se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Indicó que revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia vigente en la época del traslado; que La AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; que, de hecho, además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos

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

Respecto a la condena de que se restituyan con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el fondo, precisó que no comparte esta condena, pues al declararse la ineficacia del traslado, se ordena como consecuencia de ello, una serie de restituciones, entre ellas los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, por lo tanto, se debe acudir al Código Civil, como referente normativo en este asunto; que en tal sentido, el artículo 964 del CC, inciso final, claramente establece que toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos; que los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital.

Una vez cumplido el término para el efecto, sin que la parte demandada COLFONDOS, S.A. ejerciera su derecho de presentar sus alegaciones finales, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

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

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante PATRICIA SOTO CHING en el 12 de octubre de 1994 a COLFONDOS –régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

ANÁLISIS PROBATARIO

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

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

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

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

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

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

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde junio de 1987 hasta mayo de 1994; que cotizó al régimen de prima media un total de trescientas cuarenta (340) semanas, habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante afiliación al fondo de pensiones COLFONDOS S.A. a partir de mayo de 1994; que a partir del 12 octubre de 1994, se traslada del fondo de pensiones COLFONDOS S.A. al fondo PROTECCIÓN S.A., regresando a COLFONDOS S.A. en enero de 1999; que el 18 de noviembre de 2013 decidió trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., fondo en el que actualmente se encuentra inscrita.

Es pertinente aclarar que si bien la Juez A quo determinó en su providencia la nulidad del traslado de régimen pensional a partir del 12 de octubre de 1994, bajo formulario de hoy PROTECCIÓN S.A., surge evidente, de las pruebas aportadas al proceso y de lo narrado en el libelo introductorio, que el traslado que fue declarado como nulo por la juzgadora de primer nivel fue aquel realizado inicialmente en mayo de 1994 de COLPENSIONES a COLFONDOS y que el traslado señalado fue horizontal entre el RAIS.

Dicho lo anterior, y revisando las pruebas allegadas a los autos, se evidencia que si bien en el formato visto a folio 37 del expediente, el cual fue suscrito por el demandante, se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, considera la Sala que estas calidades de la decisión no se encuentran demostradas, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR, S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró a la demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Así las cosas, en efecto, COLFONDOS 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 de la demandante.

Reiterándose que, le correspondía a la dicho FONDO acreditar que informó de manera clara, suficiente y apegada a la realidad, a la demandante PATRICIA SOTO CHING 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 COLFONDOS S.A.

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 COLFONDOS S.A., 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 la demandante PATRICIA SOTO CHING por lo que, en esta instancia se ACLARA lo resuelto por el juez A quo.

SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO- MONTOS A RESTITUIR

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que COLFONDOS S.A, incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de mayo de 1994, 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 COLFONDOS 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 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 COLFONDOS S.A. y de este a los fondos PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR, 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 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.

TERCER PROBLEMA JURÍDICO-PRESCRIPCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

En virtud a lo anterior, esta Sala arriba a la conclusión sobre la imprescriptibilidad del derecho a solicitar la nulidad de la afiliación, si se tiene en cuenta que precisamente la afiliación es la que genera para el afiliado la

posibilidad de obtener el derecho pensional, por supuesto, en las condiciones más beneficiosas, por lo que al estar íntimamente ligados, afiliación y status de pensionado, de ambos se debe predicar la imprescriptibilidad para hacer valer tales derechos de forma que se acompañen a la legalidad.

COSTAS PROCESALES

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

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, materia de inconformidad por las entidades demandadas 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., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN, S.A., PORVENIR, S.A. y en favor de la demandante.

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

III. RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, del día 09 de febrero de 2021, en el sentido de señalar a la AFP COLFONDOS S.A., como la entidad participe de la nulidad del régimen de pensiones sobre la señora PATRICIA SOTO CHING, desde la cual se desprende las consecuentes condenas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 09 de febrero de 2021.

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

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO

Nidia Belén Quintero G.

**NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 082, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 12 de agosto de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 5400131-05-004-2018-00503 00

Partida Tribunal: 19249

Demandante: ISMAEL VALBUENA ORTEGA.

Demandada (o): COLPENSIONES- PORVENIR- PROTECCIÓN

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, once (11) de agosto 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 **02 de marzo de 2021**, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado No. 54-001-31-05-004-2018-00503-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19249 promovido por el señor ISMAEL VALBUENA ORTEGA 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 ISMAEL VALBUENA ORTEGA 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 PROTECCIÓN, y posteriormente 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 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 pretende 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 (fls.51-60), los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: Que nació el día 20 de julio de 1962. Que ha laborado y cotizado al sistema de la seguridad social en pensiones ICSS, de la siguiente manera: del 15/02/1983 hasta el 31/01/1986, con salario de \$17.790 al ICSS, bajo el empleador Myriam Gutiérrez del 14/08/1986 hasta el 15/12/1988, con salario de \$30.150– con el empleador Nohemí Amaya de Peterson del 22/12/1993 hasta el 29/08/1994, con salario de \$137.292 –Jardines de la Esperanza (completando 300.43 semanas). Que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual desde el mes de agosto de 1994 y a partir del 1 de septiembre de 1994 (fls.7-8), a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Que luego se traslada al FONDO DE PENSIONES HORIZONTE, y que actualmente se encuentra en el FONDO de PENSIONES PORVENIR S.A.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada COLPENSIONES, S.A. (fls.98-106), ésta dio formal contestación, aceptando parcialmente los hechos y oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, en el entendido que el demandante se trasladó del RPMPD al RAIS por voluntad propia y sin vicios, razón por la cual, la afiliación tiene plena validez, además, no es procedente regresar el régimen público porque esa inmerso en lo establecido en el literal B) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para pensionarse. Propuso como excepciones de fondo, las innominada o genérica, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderado judicial negó los hechos, 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 PROTECCION 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. (fls.207-2016), 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 traslado fue efectuado por la AFP PROTECCIÓN, por lo que esta entidad sería la llamada a responder por las consecuencias de un posible fallo. Propuso las excepciones de mérito: la 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 02 de marzo de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante Ismael Valbuena, del RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al RAIS administrado por la AFP PROTECCION S.A, a partir del 1º de septiembre de 1994, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PROTECCION 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 1994-09-01, 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, obligadas igualmente por el lapso de permanencia en el fondo, para COLPATRIA S.A (DEL 1997-08-01 HASTA 2000- 09-28); HORIZONTE S.A, (DEL 2000-09-29 A 2014-01-30); Y PORVENIR S.A, DESDE EL 14-01-01 Y HASTA CUANDO SE CUMPLA LA SENTENCIA, devolver los recursos que tengan de no haberlo hecho aún a la última AFP PORVENIR S.A, quien girara los recursos a COLPENSIONES S.A, 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), ESTO ULTIMO (DESCUENTOS HECHOS), A CARGO DE PROTECCION S.A., POR HABER SIDO EL DETERMINADOR DEL TRASLADO, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes.

TERCERO. -DECLARAR que las AFP a la que fue trasladado el demandante es responsable y queda comprometida u obligada a pagar el 100% de y aportes en general, 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 COLPENSIONES S.A., a la ejecutoria de esta sentencia, por las razones expuestas.

QUINTO: 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.

SEXTO. -Declarar no probada la excepción de prescripción PROPUESTA POR COLPENSIONES S.A, y demás propuestas EXISTIENDO DECLARACION INSITA SOBRE LA MATERIA EN LAS CONSIDERACIONES HECHAS.

SEPTIMO: Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del fondo privado 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.

OCTAVO.-Costas a favor demandante y a cargo de PROTECCION S.A, y COLPENSIONES por oponerse a lo pretendido, y a favor del demandante ISMAEL VALBUENA ORTEGA, en cuanto a COLPENSIONES, Agencias por valor de dos (2) S.M.L.M.V. cada uno asciende \$908.526, decreto 1785 de 2020, valor total agencias \$1.817.052, y 1 s,m,l,v, frente a COLPENSIONES S.A, Las agencias en su momento serán incluidas en la liquidación de costas.

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 COLPENSIONESS.A.

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. También observa que el demandante conoce de las obligaciones en este caso pues acreditó tener conocimiento jurídico en el interrogatorio de parte, al tener como profesión de abogado y haber ejercido labor como juez de la Republica.

Indicó que la obligatoriedad que surge de recibir al 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 tener en 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.

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- PROTECCION, S.A.

Fundamentó la parte su recurso de apelación señalando que, la sentencia condena a Protección al pago de los gastos de administración causados tanto por la entidad como por las otras demandadas, actuación judicial que excede

las facultades extra y ultra petita del fallador y se constituye en una incongruencia de la sentencia con lo solicitado en la demanda. Con base en esto, 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.

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.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

- 1. PARTE DEMANDANTE.** Solicitó la parte CONFIRMAR lo decidido por el juez de primera instancia en torno a la ineficacia de traslado declarada, incluidos los efectos a cargo de la A.F.P. ROTECCIÓN S.A. – determinante del ineficaz traslado - y de la A.F.P. PORVENIR S.A. – donde actualmente se encuentra afiliada -, REVOCANDO lo atinente a la absolución de costas con que se favoreció a COLPENSIONES y, en su lugar, CONDENAR en costas de primera instancia a dicha administradora del régimen de prima media.
- 2. PORVENIR S.A.** a través de su apoderado judicial, ratificó lo manifestado en la contestación de la demanda, que al revisar las pruebas aportadas, no se avizora una indebida asesoría conforme a las normas que regulaban el asunto para la época; que en la sentencia de la CSJ-Sala Laboral, SL19447-2017 de fecha 27 de septiembre de 2017, Radicado No 47125, MP Gerardo Botero Zuluaga, se establece como uno de los requisitos de procedencia para declarar ineficaz la afiliación; que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión. Que para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas. En tal sentido debe

revocarse la sentencia. Que la AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen; además de los canales dispuestos por la Administradora y el envío de la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, PORVENIR S.A. junto con los demás fondos de pensiones realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y el demandante no hizo uso de esa legítimo derecho. Nadie puede alegar su propia torpeza. Por tal motivo, debe ser revocada la sentencia. Que respecto a la condena de que se restituyan con cargo al patrimonio propio los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el fondo y demás descuentos, considera que se debe mantener dicha condena a cargo de PROTECCIÓN S.A por ser el fondo determinante del traslado, como a bien tuvo resolver el a quo, pues PORVENIR S.A no intervino en tal acto jurídico y por lo tanto, no se le puede endilgar acción u omisión que atente contra los presuntos derechos vulnerados. Por último, allegó el Concepto 2019152169-003-000 de la Super Financiera de Colombia.

- 3. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES**, ratifica lo manifestando en la contestación de la demandada, alegando que no hubo engaño para el momento del traslado de RPMPD al RAIS, porque el demandante se trasladó de forma voluntaria y libre de vicios; que el señor ISMAEL VALBUENA ORTEGA 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. Trae a colación lo decidido en Sentencia SL 1120 de 2020 radicado No. 73952, Magistrada Ponente: ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA, que resuelve recurso de Casación y no casa el fallo proferido por el Tribunal que fue objeto de estudio, pues no fueron demostrados los errores de hecho atribuidos al Tribunal. Igualmente, 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. De esta forma, en el caso ISMAEL VALBUENA ORTEGA, era imposible para

Colpensiones brindar la asesoría referida pues para 2016 pertenecía al RAIS. Que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que, solicitó se absuelva a Colpensiones de la orden de recibir dentro del régimen de prima media con prestación definida al demandante y de todas las demás condenas que impliquen un perjuicio para la estabilidad de la entidad.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por el demandante ISMAEL VALBUENA ORTEGA en el año 1994 desde el ISS hoy COLPENSIONES RPMPD, inicialmente a LA AFP PROTECCIÓN S.A. y luego a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual son 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.

Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional, puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

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, advirtiéndole que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario. Igualmente se tendrá en cuenta el interrogatorio de parte presentado por el demandante.

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 hoy PROTECCION 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 ISMAEL VALBUENA ORTEGA para 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.

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 ISMAEL VALBUENA ORTEGA afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PROTECCION S.A lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de liberto y voluntariedad.

Caso concreto

Bajo las anteriores consideraciones y con el objeto de dar respuesta a los recursos de apelación de COLPENSIONES y PROTECCIÓN 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 ISMAEL VALBUENA ORTEGA ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones en el mes de febrero de 1983, cotizando aportes ante extinto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS), y arguye que, en el mes de septiembre del año 1994 fue vinculado al RAIS, mediante el traslado del régimen a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, hecho que se acreditó con la suscripción del formulario No. 0317904, visto a folio 8 del expediente (17 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 PRPTECCIÓN 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, PRPTECCIÓN 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 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 PRPTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A., no gozan de asidero jurídico, reiterándose que, en efecto, PROTECCION 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 PROTECCIÓN.

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 PROTECCION S.A. 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 al demandante ISMAEL VALBUENA ORTEGA 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.

Segundo problema jurídico- montos a restituir

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que PROTECCIÓN S.A., incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante el 1 de septiembre de 1994, 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 PROTECCIÓN 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 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 PROTECCION S.A. y de este al fondo PORVENIR, 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 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.

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 COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., 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 PROTECCIÓN 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,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 02 de marzo de 2021, por las consideraciones expuestas.

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

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 082, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 12 de agosto de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO: ORDINARIO LABORAL

RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-2019-00087-00

PARTIDA TRIBUNAL: 19007

JUZGADO: CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

DEMANDANTE: JANINE HAYDEE BERMONT LÓPEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA

TEMA: RETROACTIVO PENSIONAL- INVALIDEZ

San José de Cúcuta, **once** (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el grado jurisdiccional de consulta, así como el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral seguido bajo el radicado No. 54-001-31-05-004-2019-00087-00 y P.T. No. 19007 promovido la señora JANINE HAYDEE BERMONT LÓPEZ en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante, por intermedio de apoderado judicial, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado a partir de la fecha en que se consolidó su derecho a percibir la pensión de invalidez, es decir, a partir del día 23 de junio de 2009, fecha en la cual se reconoció la última incapacidad por COOMEVA EPS y hasta el día 30 de julio de 2015, fecha en que fue incluida en nómina de pensionados, así como los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la indexación.

II. HECHOS

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

1. Indicó que fue calificada por la junta regional de calificación de invalidez mediante dictamen N°3069 de 2011, con una PCL de 50.19% con origen común, con fecha de estructuración 22 de diciembre de 2008.
2. Que cumplió los requisitos exigidos por el estatuto de seguridad social integral en pensiones para optar por el beneficio de la pensión de invalidez y por tanto solicitó su reconcomiendo el día 10 de septiembre de 2014.
3. Que mediante Resolución GNR 229612 del 29 de julio de 2015 la demandada le reconoce la pensión de invalidez con un porcentaje del 45% del IBL, a partir del 01 de agosto de 2015.
4. Que no conforme con lo anterior, solicitó aclaración de la misma, ante lo cual se expide resolución aclaratoria GNRA 229612 del 29 de julio de 2015.
5. Que el 18 de agosto de 2015 presentó recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la resolución 229612 del 20 de julio de 2015, toda vez que en la misma no se reconoció el retroactivo pensional desde la fecha de estructuración de la invalidez.
6. Que el 20 de agosto de 2015, el abogado OMAR GARCÉS ARANDA interpuso recurso de reposición en subsidio el de apelación, contra la resolución GNR 229612 del 29 de julio de 2015, donde también solicitó el reconocimiento del retroactivo pensional, indicando que la última incapacidad que se reconoció a la demandante fue para el año 2009, pretendiendo también el reconocimiento y pago de los intereses moratorios.
7. Que el recurso de reposición fue notificado al Dr. GARCÉS ARANDA el 03 de noviembre de 2015, a través de la Resolución GNR 330593 del 23 de octubre de 2015, donde se confirmó en todas sus partes la atacada.
8. En dicha negativa, la entidad indicó que no se evidenció la certificación expedida por COOMEVA, donde se precisara de forma clara y precisa cuál fue la última incapacidad liquidada y pagada a la demandante.
9. Que mediante Resolución VPB 12576 del 15 de marzo de 2016 se resuelve el recurso de apelación presentado y se reajusta el valor de la mesada reconocida.
10. Que Coomeva expidió unas incapacidades que suman un total aproximado de 48 días, a partir de julio de 2010 y hasta el día 24 de marzo de 2015, las cuales no le fueron pagadas.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

Notificada de la demanda presentada en su contra, COLPENSIONES, dio formal contestación a la misma, oponiéndose a las pretensiones de la

demanda, ya que según el expediente administrativo no obra certificación de la EPS COOMEVA donde se indique la última incapacidad pagada a la demandante, motivo por el cual la entidad reconoció la pensión a corte de nómina, no siendo procedente el pago del retroactivo solicitado ni de los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación de reconocer el retroactivo de la pensión de invalidez, no procedencia del reconocimiento de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe de la entidad demandada y prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTOLABORAL DEL CIRCUITO CÚCUTA, en sentencia de fecha 18 de febrero de 2020 resolvió condenar a la pasiva y a favor de la demandante a pagar el retroactivo pensional a partir de la estructuración de la invalidez 22 de diciembre de 2008, y que corresponde a 255 días, así:

Desde el 23 diciembre 2008 a 6 enero 2009, 7 enero a 5 febrero 2009, 6 febrero a 7 marzo 09, 8 marzo a 6 abril 09, 8 abril a 7 mayo 2009, 8 mayo a 6 junio 2009, 7 junio a 6 julio 09, del 7 julio a 5 agosto del 09, del 6 agosto a 4 septiembre 09, conforme a lo considerado sobre la base del salario mínimo legal mensual aplicado al día, absolviendo a la entidad de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para resolver lo anterior, argumentó que para determinar el reconocimiento de la pensión de invalidez se debe tener la fecha en que se estructura la prestación de invalidez para el efecto, teniendo como inicio el día siguiente al último pago hecho a la demandante por incapacidades temporales por la misma causa o precisar desde la fecha de estructuración de la invalidez qué incapacidades se han dado o se le han reconocido lo que es incompatible con la pensión de invalidez; indicó que de los certificados aportados por COOMEVA EPS se evidencia las incapacidades desde el 23 de diciembre del 2008 al 4 de septiembre del 2009, para un total de 255 días de retroactivo, cuyo pago ordenó cancelar, teniendo como base un salario mínimo legal mensual vigente.

V. RECURSO DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDANTE

Inconforme de forma parcial con la anterior sentencia, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que “está claro que sí existe el derecho al reconocimiento del retroactivo pensional de la pensión de invalidez otorgada a la demandante, pero está claro que este reconocimiento a ese retroactivo pensional conforme a la prueba documental que obra al expediente y que no fue objetada ni tachada por la demandada,

debe darse desde el 22 de diciembre del 2008 hasta el 27 de marzo del 2015 como así se solicitó; que de acuerdo a los folios 107 y 112 del expediente, se observa claramente que las incapacidades pagadas en esa interregno del 22 de diciembre de 2008 al 27 de marzo de 2015 fueron un total de 25 días, que arrojó la suma de \$363.000,39; que por esto no está de acuerdo con que únicamente se haya reconocido a título de retroactividad pensional la cantidad de 252 días como tal, por lo tanto habrá que revocarse el fallo en ese sentido”.

Manifestó que Colpensiones, desde la resolución VPB12576 del 15 de marzo de 2016 sí tenía conocimiento de la certificación expedida por parte de Coomeva S.A. ya que en la misma se manifiesta “que una vez revisado el expediente pensional obra VPBZG2016_2511111121 que obra certificado del 10 de marzo de 2016 por parte de Coomeva EPS donde se transcribe a los certificados de incapacidades del 24 de enero del 2005 hasta el 17 de septiembre del 2015” y que por lo tanto sí aparecía en el expediente prestacional lo que concierne al no pago de las incapacidades.

Precisó que en la certificación de Coomeva la cual consta a folio 15 y guarda similitud con la aportada a folio 107 a 112, se observa que los días reconocidos por incapacidades por parte de la EPS fueron 25 días, en los interregnos del 26 de junio de 2010 a 10 de julio del 2010, del 14 abril del 2011 al 20 abril del 2011 y del 24 de marzo de 2015 al 26 de marzo de 2015, que suman un total de 25 días, por lo tanto sí está de acuerdo que se deberían de descontar del total del retroactivo pensional.

Frente al no reconocimiento de los intereses del artículo 141 indicó que su carácter no es sancionatorio sino se otorga como resarcimiento por el retardo en el pago de las mesadas pensionales; que en este caso, la defensa de la pasiva consiste en situaciones fácticas falsas, lejanas de la realidad material y procesal, al señalar que no había pagado el retroactivo por no contar con una certificación idónea y que la misma fuera aceptada en la providencia materia de este recurso, pues como se dijo, en la resolución VPB12576 del 15 de marzo de 2016 la accionada consignó expresamente que en el expediente pensional de la demandante si existía una certificación del 10 de marzo de 2016 expedida por Coomeva EPS, sin constatar en dicho acto administrativo reparo alguno contra dicha resolución de la EPS y sin existir manifestación alguna donde dijera que no le parecía idónea; que por el contrario allí sólo se evidencia que tomó una fecha de pago de una incapacidad a su acomodo, no obrando de forma correcta para que se reconociera y pagara el derecho desde la fecha de estructuración de la invalidez.

2. PARTE DEMANDADA

En la sustentación de su recurso de apelación, la entidad manifestó que frente al pago del retroactivo solicitado, se tiene que al proferirse las resoluciones GNR229612 y GNR330593 se indicó por parte de Colpensiones que la demandante no logró certificar con el documento idóneo y se le concedieron

subsidios por incapacidad temporal que fueron posteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, ello con el fin de verificar desde qué fecha debe cancelarse el retroactivo solicitado; de otro lado la entidad promotora debe indicar la fecha inicial y de la última incapacidad y si fueron canceladas, documento que debe venir firmado por el funcionario competente.

Con base en lo anterior, solicitó se niegue la petición de pago del retroactivo elevado por el extremo actor, por cuanto no se cumplió con la carga de aportar los documentos necesarios para certificar el pago de incapacidades.

VI. ALEGATOS 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.** En sus alegaciones finales, la parte manifestó que en el presente proceso, se tiene que la señora JEANINE HAYDEE BERMONT LÓPEZ fue calificada por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen No. 60325818 del 29 de marzo de 2012 (folios 3 al 7), siendo declarada en estado de invalidez con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 50,19%, fecha de estructuración 22 de diciembre de 2008 y calificado el evento como de origen común.

Que por cumplimiento de los requisitos legales, Colpensiones reconoció la pensión de invalidez a la señora JEANINE HAYDEE BERMONT LÓPEZ mediante Resolución GNR 229612 del 29 de julio de 2015 (folios 15 al 18), aclarada mediante Resolución GNRA 229612 notificada el 11 de agosto de 2015 (folios 26 al 28).

Que desde el momento en que se cumplieron los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez a la actora, surgió de forma concomitante el derecho al pago del retroactivo por disposición legal del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual es claro en señalar en su inciso final que la pensión en comento debe comenzar a pagarse en forma retroactiva desde la fecha en que se declara la invalidez.

Que debe tenerse claro que la pensión de invalidez se ha de reconocer desde la fecha en que se estructuró dicha condición en el afiliado, sin que se puedan exigir requisitos adicionales que pongan trabas o condicionamientos para su pago.

Que al tenor del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, queda desvirtuado el argumento expuesto por COLPENSIONES en el recurso de apelación respecto no tener que pagar dicho retroactivo porque no existía certificado de incapacidad en el expediente pensional; pues está creando un requisito adicional, una condición nueva para proceder al pago del retroactivo, en contravía de lo contemplado en el artículo 40

de la Ley 100, el cual ordena categóricamente que su pago debe hacerse desde la fecha de la invalidez, sin imponer condicionamiento alguno.

Precisó que el argumento expuesto por la apoderada de COLPENSIONES respecto de que no se había aportado documental que acreditara cuántas incapacidades habían sido otorgadas y pagadas por la EPS, carece totalmente de validez por ser contrario a las pruebas documentales que reposan en el expediente a folios 107 a 112 y a folio 115, donde se encuentra el certificado de COOMEVA EPS que contiene la relación de incapacidades y la relación de las únicas 3 que le fueron pagadas.

Que el referido argumento de la apelación de la pasiva constituye una contradicción gigante con relación a lo expuesto por ella misma en la excepción de inexistencia de la obligación, ya que COLPENSIONES afirma en su recurso que no existe certificado de incapacidades y por ello debería negarse el reconocimiento del retroactivo, pero desde su misma contestación de demanda admite que sí existía certificación de Coomeva EPS con las incapacidades, solo que no le parecía idónea (consta en el párrafo final de la excepción de inexistencia de la obligación - folio 72).

Que al revisar la Resolución VPB 12576 del 15 de marzo de 2016, se tiene que la misma accionada consignó expresamente que en el expediente pensional de la demandante sí existía una certificación del 10 de marzo de 2016 expedida por Coomeva EPS, sin existir manifestación alguna donde dijera que no le parecía idónea, desvirtuándose también ese dicho de la defensa (consta en el párrafo final del reverso del folio 31). Es importante precisar que ninguna documental fue objeto de tacha, por lo que todas las pruebas aportadas tienen total validez.

Que COLPENSIONES tiene acceso a la información de los pagos por incapacidades realizados por la EPS a sus afiliados, conforme registró en la Resolución VPB 12576 del 15 de marzo de 2016, y si en gracia de discusión asumiéramos que estamos en épocas muy antiguas donde no existían las bases electrónicas de datos, la entidad demandada tiene la facultad de solicitar esa información interinstitucional a la EPS, para con ello conocer la información y después proceder al pago, evitando de esta forma perjuicios graves por trabas administrativas, con un agravante en este caso, pretender poner una carga adicional a una persona inválida, pudiendo la misma entidad acceder fácilmente a la información.

Precisó que el cálculo de 255 días reconocido como retroactivo es contrario al material probatorio que reposa en el expediente y vulnera el derecho fundamental al debido proceso y a una recta administración de justicia a la señora JEANINE HAYDEE BERMONT LÓPEZ, al

obligarla a soportar una decisión que no se sustenta en la información real que reposa en las pruebas.

Alegó que no comprende cuál es la cuenta realizada por el a quo para llegar a la conclusión que a la señora JEANINE HAYDEE BERMONT LÓPEZ le corresponden únicamente 255 días de retroactivo, si del 22 de junio de 2009 (fecha de la última incapacidad continua que le fue reconocida) hasta el 30 de julio de 2015 (mes anterior al que fuera incluida en nómina la demandante mediante Resolución GNR 229612 – folio 25) transcurren un total de 2229 días, de los cuales solo se deberían haber descontado los 25 certificados por COOMEVA EPS, lo que arrojaría un total de días a reconocer de 2204.

Respecto de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indicó que fueron mal negados por el Juez de primera instancia, el cual desconoció que los mismos proceden de manera objetiva cuando hay mora en el pago de las mesadas, es decir, se deben reconocer sin estar sujetos a condicionamiento alguno más allá de la mora.

- 2. PARTE DEMANDADA.** Indicó la entidad que frente al pago del retroactivo solicitado, se tiene que al proferirse las resoluciones GNR 229612 y GNR 330593 se indicó por Colpensiones que la demandante no logró certificar si obtuvo subsidios por incapacidad temporal que fueran posteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, ello con el fin de verificar desde que fecha debe cancelarse el retroactivo solicitado, por lo que no cumplió con la carga de aportar los documentos necesarios para certificar el pago de incapacidades siendo la decisión de Colpensiones, ajustado a derecho.

De esta manera, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia para que en su lugar se absuelva a Colpensiones de la condena a pagar el retroactivo pensional a partir de la estructuración de la invalidez, la de costas y de todas las demás condenas que impliquen un perjuicio para la estabilidad de la entidad.

Surtida la etapa de presentación de los alegatos de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación, con fundamento en las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

Competencia. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003. Igualmente, al haber impuesto la sentencia atacada una erogación económica en cabeza de la entidad de seguridad social demandada, de la cual el estado es garante, será surtido el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Conforme a los argumentos sostenidos por el Juez A quo y a los concretos motivos de inconformidad planteados en los recursos de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si la señora JANINE HAYDEE BERMONT LÓPEZ tiene derecho al reconocimiento, por parte de COLPENSIONES, de su pensión de invalidez a partir del 23 de junio de 2009, fecha en la cual se le canceló la última incapacidad por COOMEVA EPS y no desde el 01 de agosto de 2015, fecha de inclusión en nómina de pensionados, y si tiene por tanto derecho al pago del retroactivo pensional causado entre ambas datas, así como de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Con el fin de resolver lo anterior, procederá esta Sala a determinar (i) a partir de qué fecha le debe ser reconocida la pensión de invalidez a la demandante, teniendo en cuenta las incapacidades que le fueron debidamente pagadas por su EPS, (ii) si es procedente el pago del retroactivo solicitado, y de ser así (iii) se estudiará la excepción de prescripción propuesta y (iv) si se debe condenar a la entidad al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Del material probatorio aportado por las partes, es posible evidenciar que la demandante fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 50,19% de origen común, a través de dictamen número 3069 de 2011 con fecha de estructuración 22 de diciembre del 2008 (folios 3 a 6), el cual fue apelado por COLPENSIONES y ratificado por la Junta Nacional de Invalidez mediante dictamen 60325818 del 29 de marzo de 2012; así mismo, es claro que la demandante cumplió con los requisitos exigidos en el estatuto de seguridad social integral en pensiones para optar por el beneficio de la pensión de invalidez que establece la Ley 860 del 2003 y la Ley 100 de 1993, por lo que solicitó el reconocimiento de la prestación el 10 de septiembre del 2014, siendo reconocida la misma por COLPENSIONES a partir del 01 de agosto de 2015, mediante Resolución número GNR229612 del 29 de julio de dicha anualidad (folios 16 a 18); esto, dado que, según manifestó la entidad en su Resolución “una vez revisado el expediente administrativo de la señora BERMONT LÓPEZ JEANINE HAYDEE, **NO se evidencia certificado de la EPS COOMEVA, donde se indique la última incapacidad paga, por lo que el reconocimiento de la pensión de invalidez será a corte de nómina**”.

No conforme con la decisión, la señora BERMONT LÓPEZ, a través de su apoderado, el Dr. OMAR GARCÉS ARANDA, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, siendo resuelto el primero de ellos de manera desfavorable mediante Resolución GNR 330593 del 23 de octubre de 2015 y el segundo, a través de Resolución VPB 12576 del 15 de marzo de 2016, en la cual se modifica el monto de la pensión devengada, así como la fecha de reconocimiento, precisándose que “una vez verificado el expediente pensional obra (sic) en Bzg 2016_2511121 certificado del 10 de marzo de 2016 por parte de COOMEVA EPS donde se transcribe los certificados de incapacidades desde el 24 de enero de 2005 hasta el 17 de septiembre de 2015 las cuales muestran como fecha final de incapacidad el día 26 de marzo de 2015 por valor de \$23304 razón por la cual se procedió a dar efectividad

a partir del día siguiente del pago de la incapacidad, es decir a partir del 27 de marzo de 2015”.

Ahora bien, se hace necesario traer a colación el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, bajo el cual es menester estudiar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez de la demandante, según el cual, tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que sea declarado inválido y haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; así mismo, el artículo 40 de la última normativa precisa que “la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, **en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado**”.

Según la norma anterior, en principio, la prestación estudiada debe ser reconocida a partir de la estructuración de invalidez de la demandante, que, en este caso, se dio el 22 de diciembre de 2008, en virtud del dictamen N° 3069 expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en la que fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 50,19% de origen común.

Sin embargo, también es cierto que el artículo 3 del Decreto 917 de 1999 consagra que mientras un afiliado persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.

Lo anterior exhibe como verdad irrefutable que existe una incompatibilidad en el pago simultaneo de incapacidades temporales y las mesadas por pensión de invalidez, pero sin que la existencia de las primeras pueda llegar a afectar el reconocimiento de esta pensión a partir, según lo reglado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, desde el momento de estructuración de dicho estado.

Al respecto, en una situación similar a ser resuelto por la HCSJ, la Alta Corporación indicó en su sentencia SL 1509 de 2020, lo siguiente:

El juez colegiado consideró que resultaba procedente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración que fijó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, sin que fuera óbice que con posterioridad el demandante hubiese recibido el pago por concepto de subsidios por incapacidades médicas temporales.

Para la sala, la intelección imprimida por el juez colegiado es la más ajustada a la hermenéutica de la norma acusada, trazada ya por la corporación, entre otras, en la sentencia CSJ SL1562-2019, en la que se adoctrinó:

Ahora bien, en lo que atañe a la incompatibilidad entre el pago de mesadas pensionales y subsidios por incapacidad temporal, el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, establece que:

FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez (subrayado en el texto).

De cara a lo establecido en el citado precepto, estima la Sala que el juez de apelaciones tampoco lo desconoció ni le dio un entendimiento erróneo, pues, por el contrario, al descontar del pago del retroactivo pensional los periodos de subsidios por incapacidad temporal, procuró armonizar lo establecido en el decreto enunciado con las restantes disposiciones de la Ley 100 de la 1993, que ordenan el reconocimiento de la prestación desde el momento de estructuración de la invalidez y salvaguardar el propósito indiscutible de auxilio. (Subrayas intencionales).

Al respecto, se insiste en que el citado artículo 40 de la Ley 100 de 1993 es claro en indicar que la pensión de invalidez por riesgo común debe otorgarse, de manera retroactiva, a partir de la fecha en que se produce el estado de invalidez, es decir, desde cuando la pérdida de la capacidad laboral alcanza un porcentaje igual o superior al 50% (artículo 39 de la Ley 100 de 1993). De lo que se deriva que el legislador en el citado precepto no estableció ni explícita ni tácitamente, condición alguna, diferente al estado de invalidez, para proceder al reconocimiento del derecho pensional desde la fecha de estructuración.

Por tanto, ese estado de invalidez igual o superior al 50%, previamente determinado por el organismo médico competente, no puede entenderse disminuido o extinguido por el hecho de que el afiliado hubiese percibido pagos por concepto de incapacidades temporales, pues estos pagos no redundan en la disminución de la invalidez, cuyo amparo es el objetivo principal del derecho pensional.

De modo que, como bien lo dedujo el Tribunal, de cara a la incompatibilidad establecida en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, cuando, como en el presente asunto, el retroactivo pensional cubija periodos que también han sido cubiertos por subsidios por incapacidades temporales, la prohibición de que trata el citado decreto, a lo sumo, conduciría a la imposibilidad de que se disfruten o perciban, a la vez, la mesada pensional y el subsidio por la incapacidad, pero no a la imposibilidad del reconocimiento del derecho pensional.

De lo que viene de analizarse, fluye diáfano que en este caso si bien le fueron otorgadas a la demandante varias incapacidades temporales, las mismas no se constituyen en un impedimento para reconocer a su favor la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de su estado, esto es, a partir del día 22 de diciembre de 2008, sin perjuicio de los descuentos que deben hacerse en virtud de los montos a ella efectivamente pagados por concepto de INCAPACIDADES con posterioridad a la fecha de su estructuración de su invalidez, que se encuentran debidamente certificadas por COOMEVA EPS a folios 115 y 116 del expediente, en concordancia con los folios 109 a 112, los cuales, si bien son en principio ilegibles en algunos de sus apartes, al ser

contrastados con la información entregada por la EPS, cobran sentido y permiten identificar las sumas que le fueron entregadas a la demandante, de la siguiente manera:

Origen	N°	Fecha inicial	Fecha final	Observación	Monto
EG	3838439	26-jun-10	10-jul-10	Pagada	\$ 223.510
EG	4532963	14-abr-11	20-abr-11	Pagada	\$ 116.225
EG	8150472	24-mar-15	26-mar-15	Pagada	\$ 23.306
				Total	\$ 363.041

Tabla N°1

Habiéndose resuelto lo anterior de forma favorable a la demandante, procede esta Sala a liquidar el retroactivo pensional debido, teniendo en cuenta **la excepción de prescripción propuesta por la pasiva.**

Se tiene que la demandante fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 50,19% de origen común, a través de dictamen número 3069 de 2011 con fecha de estructuración 22 de diciembre del 2008 (folios 3 a 6), el cual fue apelado por COLPENSIONES y ratificado por la Junta Nacional de Invalidez mediante dictamen 60325818 del 29 de marzo de 2012; posteriormente, el día 10 de septiembre del 2014 solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez ante COLPENSIONES, siendo reconocida la misma mediante Resolución número GNR229612 del 29 de julio de dicha anualidad (folios 16 a 18), resolución frente a la cual presentó la accionante, el recurso de reposición y en subsidio, el de apelación, los cuales fueron resueltos a través de la Resolución GNR 330593 del 23 de octubre de 2015 y la VPB 12576 del 15 de marzo de 2016, respectivamente, siendo el último notificado a la pensionada el 17 de marzo de la misma anualidad, por lo que contaba esta hasta el 17 de marzo de 2019 para presentar la petición del pago del retroactivo por la vía ordinaria, lo cual realizó el día 12 de marzo de 2019, no encontrándose afectada por el fenómeno extintivo mesada pensional alguna.

LIQUIDACIÓN DEL RETROACTIVO

Así las cosas, procederá la Sala a efectuar la liquidación del retroactivo solicitado, desde el día 23 de junio de 2009, conforme a la petición en ese sentido elevada por la parte actora en la demanda, descontándose de tal cantidad el pago de las incapacidades atrás relacionadas.

Dicho esto, procederá la Sala a CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, en el sentido de DECLARAR que la demandante tiene derecho al reconocimiento a su favor de la pensión de invalidez, a partir del día de la estructuración de dicho estado, es decir, **desde el 22 de diciembre de 2008**, debiéndose MODIFICAR la misma en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional causado, **desde el 23 de junio de 2009 y hasta el 26 de marzo de 2016**, calculado con base en un salario mínimo y 14 mesadas al año por cuanto la prestación se causó con

anterioridad al 2011, para un total de \$65.590.152, del cual se deberá descontar la suma de \$ 363.041 por concepto de incapacidades pagadas a la demandante con posterioridad al reconocimiento de la pensión, lo cual arroja la suma de \$65.227.111.

INTERESES MORATORIOS

En punto a los intereses de mora contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe indicarse que estos se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J sentencia 33.161 del 31 de marzo de 2009), siempre y cuando no exista justificación para el retardo, pues si es evidente la misma, debe exonerarse a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

Y es que estos tienen una finalidad resarcitoria del daño ocasionado a un beneficiario de una pensión por la demora en que incurre la entidad pagadora en la cancelación oportuna de las mesadas pensionales a que tiene derecho.

En este caso, considera la Sala que se torna injustificado el no reconocimiento de la pensión por parte de la entidad a partir del momento de estructuración de la invalidez de la señora JANINE HAYDEE BERMONT LÓPEZ, pues la normatividad que regula la materia, como se explicó en clara en ese sentido, lo que se traduce en el hecho de considerar procedente el reconocimiento de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Entonces, conforme a la Resolución que milita a folios 16 a 18, la demandante solicitó la pensión de invalidez el 10 de septiembre de 2014, cuando ya tenía colmados los requisitos verificados por la entidad para acceder a la misma.

Por lo cual, los cuatro meses que tenía la entidad para iniciar el pago de la pensión según lo dispuesto en el Decreto 656 de 1994, vencieron el 10 de enero de 2015. Por tanto, se CONDENARÁ a la pasiva a pagar a favor de la señora JANINE HAYDEE BERMONT LÓPEZ, los intereses de mora a partir del 11 de enero de 2015 y hasta que se haga efectivo el pago de correspondiente retroactivo pensional.

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 un (1) salario mínimo mensual vigente a cargo de COLPENSIONES y en favor de la señora JANINE HAYDEE BERMONT LÓPEZ.

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,

I. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 18 de febrero de 2020 en el sentido de DECLARAR que la señora JANINE HAYDEE BERMONTH LÓPEZ tiene derecho al reconocimiento a su favor por parte de COLPENSIONES de la pensión de invalidez, a partir del día de la estructuración de dicho estado, es decir, desde el 22 de diciembre de 2008.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia apelada y consultada en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional causado a favor de la señora JANINE HAYDEE BERMONTH LÓPEZ, desde el 23 de junio de 2009 y hasta el 26 de marzo de 2016, calculado con base en un salario mínimo y 14 mesadas al año, para un total de \$65.590.152, del cual se deberá descontar la suma de \$ 363.041 por concepto de incapacidades pagadas a la demandante con posterioridad al reconocimiento de la pensión, lo cual arroja la suma de \$65.227.111.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de la señora JANINE HAYDEE BERMONTH LÓPEZ, los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 11 de enero de 2015 y hasta que se haga efectivo el pago de correspondiente retroactivo pensional.

CUARTO: 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 un (1) salario mínimo mensual vigente a cargo de COLPENSIONES y en favor de la señora JANINE HAYDEE BERMONTH LÓPEZ.

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. 082, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 12 de agosto de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-2019-00114-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19052
JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: RAMÓN ANTONIO CASTILLO PARADA
ACCIONADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA
TEMA: PENSIÓN DE VEJEZ-

MAGISTRADO PONENTE
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, once (11) de agosto dos mil veintiuno (2021),

Procede la Sala a resolver los recursos de alzada interpuestos por el apoderado judicial del demandante y el Ministerio Público-Procuraduría Delegada para asuntos Laborales y de la Seguridad Social contra la sentencia proferida por el Juzgado SEGUNDO Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 17 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral bajo radicado No. 54-001-35-05-004-2019-00114-00 y Partida de este Tribunal No.19052 promovido por el señor **RAMON ANTONIO CASTILLO PARADA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE**.

I. ANTECEDENTES.

Como antecedentes facticos relevantes y procesales, se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios **26-41**, donde el demandante solicita que se declare que cotizó 1236.42 semanas a pensión en toda su vida laboral y que no fueron cargadas por COLPENSIONES vulnerando sus derechos al debido proceso, habeas data y seguridad social; en consecuencia, que sea condenada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 27 de agosto de 2012 en aplicación al principio de favorabilidad, la condición más beneficiosa, por ser beneficiario del régimen de transición y el Acto Legislativo 01 de 2005 al reunir los requisitos previstos en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990, al pago del retroactivo pensional causado desde el momento en que reunió los requisitos, a la inclusión en nómina de pensionados, al pago de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a la indexación, al uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las costas procesales.

II. HECHOS

Para fundamentar sus pretensiones, alega que nació el 27 de agosto de 1952, que es beneficiario del régimen de transición y cumplen con los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005 al tener reunidas 783.01 semanas antes del 25 de julio de 2005; que tiene 1236.42 semanas de cotización en total en pensiones pagadas a COLPENSIONES; que el 23 de marzo de 2018 solicitó ante la administradora de pensiones, el reconocimiento de la prestación, y ha sido negada en varias oportunidades.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES a través de su apoderado judicial aceptó parcialmente los hechos y se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra, alegando que el demandante no cumplió con los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990; propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, la legalidad de los actos administrativos y la innominada.

El Ministerio Público intervino en término, interponiendo como excepción de fondo la prescripción.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia de fecha 17 de julio de 2020, resolvió negar las pretensiones de la parte demandante declarando la resolución incita sobre las excepciones de mérito propuestas por la pasiva y condenó en costas al actor Ramón Antonio Castillo Parada.

Como fundamento de lo anterior, sostuvo que el demandante es beneficiario del régimen de transición por tener más de 40 años cumplidos a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y cumple con lo señalado en el Acto Legislativo 01 de 2005 para que

se le extienda el beneficio hasta el 31 de diciembre de 2014, sin embargo, al verificar las semanas efectivamente cotizadas al régimen pensional, se observa que no cumplió los presupuestos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 porque no alcanzó a reunir las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, y tampoco llegó a las 1000 semanas al 31 de diciembre de 2014; que, al verificar la Ley 71 de 1988, se observa que por ser éstas solo aportes públicos, tampoco reúne el requisitos de semanas para acceder a la pensión de vejez, además, de no ser procedente dar aplicación a la sentencia SU-769 de 2014 porque esta tiene efectos desde el 16 de octubre de 2014.

V. ARGUMENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El apoderado judicial del actor, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, alegando que COLPENSIONES deberá reconocer la pensión de vejez a favor del señor Ramon Antonio Castillo porque cumplió a partir del 27 agosto de 2012, los requisitos de edad y semanas de cotización exigidas en el Acuerdo 049 de 1990 en consideración al beneficio del régimen de transición y el Acto Legislativo 01 de 2005, además, aseguró que también cumple con los requisitos de la Ley 71 de 1988 de acuerdo al precepto constitucional del artículo 53 *que establece la favorabilidad de la ley, la condición más beneficiosa o el in dubio pro operario laboral.*

Que, durante la instancia administrativa, se presentaron constantes requerimientos para que COLPENSIONES actualizara la historia laboral del actor, y hasta el 2019 se aceptó un total de 1249,71 semanas de cotización.

Que la entidad no tuvo en cuenta el tiempo servicio público, por un error se hacía mención al tiempo del ejército, pero era con el municipio de Cúcuta entre el 17 de febrero de 1977 al 15 de marzo de 1978, completando las 750 semanas antes del julio de 2005.

Que, siguiendo la tesis de la Procuraduría, el demandante tiene derecho a recibir una pensión por aportes desde el momento en que la solicitó, por cuanto había cotizado 1026 semanas, luego entonces, operaba la desafiliación tácita, porque la misma administradora colombiana induce en el error al demandante en su negativa de reconocimiento prestacional, obligándolo a continuar con los aportes hasta completar las 1300 semanas.

Que en reiterados pronunciamientos la Corte Constitucional en sentencias T280 del 2019, T441 del 2018, T090 del 2018, T028 de 2017 y T429 de 2017 entre

otras, ha permitido la acumulación de tiempos públicos y privados con fundamento en el principio constitucional previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

Que COLPENSIONES tenía los elementos fundamentales para reconocer el derecho prestacional cuando el demandante efectuó su reclamación al cumplir los requisitos del régimen de transición, del acto legislativo 01 del 2005, y conforme al acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990; además, cumple con los presupuestos previstos en la Ley 71 de 1988.

Que el Juez A quo solo tuvo en cuenta las sentencias traídas por la pasiva, pero no hizo referencia a las emanadas por la Honorable Corte Constitucional que establece precisamente la acumulación de aportes en tiempos públicos y privados.

El Ministerio Público a través de la Procuraduría Delegado para Asuntos Laborales y de la Seguridad Social, manifiesta que está conforme con que no hay lugar al reconocimiento de la pensión con base en el Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, alega que sí procede la prestación de acuerdo con la Ley 71 de 1988, porque el demandante es beneficiario del régimen de transición y cumple con la exigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 al tener 783 semanas para el 25 de julio de 2005, extendiéndosele el beneficio hasta el 31 de diciembre de 2014.

Que con fundamento en el principio *iuria novit curia*, el juez deberá aplicar la norma pertinente a los hechos que se alegan en la demanda, así el demandante no invoque la norma aplicable; entonces, el actor si cumple con los requisitos de la ley 71 de 1988 para el reconocimiento de la pensión, cumplió los 60 de edad en el año 2012, todavía producía efectos del acto legislativo 01 del 2005 y, para el 31 de diciembre del 2014 tenía en total 1055 semanas sumando los tiempos de servicio al municipio Cúcuta y el tiempo cotizado a Colpensiones.

Que no comparte el tema del retroactivo sobre la presunta desafiliación tácita, porque Colpensiones nunca lo indujo en error, ya que el demandante nunca le aportó la prueba que demostrara que si cumplía con los requisitos para la pensión; así como tampoco tiene derecho al pago de los intereses de mora porque es, dentro el proceso judicial, donde se probó con base en la certificación aportada, que cumple con los requisitos la ley 71 de 1988.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

COLPENSIONES alegó que el señor RAMON ANTONIO CASTILLO PARADA no acredita cotizaciones al régimen pensional por las 750 semanas exigidas en la ley, al 25 de julio de 2005, toda vez que solo cuenta con 723 semanas, perdiendo el régimen de transición.

Que, en cuanto a la historia laboral, la entidad procedió a validar la misma, verificando que se realizaron cotizaciones a nombre del afiliado para los periodos que se reflejan en su historia laboral, y que los pagos fueron aplicados de acuerdo a la fecha, y están acreditados correctamente. Se debe resaltar que para el estudio del decreto 758 de 1990, solo se tienen en cuenta las semanas efectivamente cotizadas al ISS HOY COLPENSIONES.

En cuanto a los intereses moratorios, No es la mora en el reconocimiento del Derecho Pensional lo que origina el derecho a los intereses, si no la mora en el pago de las mesadas. Para estar en mora de cumplir una obligación es obvio que la misma debe tener el carácter de clara, expresa y exigible, ya que estar frente a una obligación, que carece de estas características, mal se puede ser moroso., además se debe tener el STATUS DE PENSIONADO, lo cual no sucede en el caso bajo estudio.

VII. CONSIDERACIONES

En virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CST y de conformidad con lo manifestado por la parte demandante en su recurso de apelación, **el problema jurídico** que concita la atención de la Sala se reduce a determinar si el señor RAMÓN ANTONIO CASTILLO PARADA tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- le reconozca la pensión de vejez desde el 27 de agosto de 2012, bajo los preceptos del Decreto 758 de 1990 y/o de la Ley 71 de 1988.

La parte demandante insiste que la norma aplicable al caso es el Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y cumplir con las 750 semanas antes del 29 de julio de 2005 según el presupuesto consignado en el Acto Legislativo 01 de 2005, extendiéndose dicha prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014; argumento que fue desvirtuado por el Juez A quo en la audiencia celebrada el 17 de julio de 2020, arguyendo que, a pesar de cumplir con los presupuestos del régimen de transición, *“la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 solo podía configurarse con el cumplimiento de las edades mínimas allí previstas y un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores a éstas o 1000 semanas en cualquier época, bajo el*

presupuesto que éstas fueran efectivamente aportadas al ISS y en los términos fijados por sus reglamentos", señalado en forma pacífica y continuada por la CSJ para el momento de la decisión.

No obstante, la Honorable Corte Suprema de Justicia mediante sentencia proferida el **1º de julio de 2020** de radicado SL2557-2020 MP Doctor Iván Mauricio Lenis Gómez, varió el precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones por vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES y los tiempos laborados a entidades públicas, decisión que actualmente impera en la jurisdicción ordinaria laboral, y que asumirá esta Sala de decisión, siempre y cuando, se demuestre que el afiliado demandante Castillo Parada satisfizo las 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o las 1000 semanas y los 60 años antes del 31 de diciembre de 2014, y únicamente si demuestra que al 1º de abril de 1994 tenía amparada la expectativa de acceder al derecho pensional, esto es, se encontraba afiliado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, se hace importante recordar que, con el propósito de lograr la justicia material y en este caso, efectivizar el derecho fundamental de la seguridad social, los operadores judiciales no se encuentran sometidos a los argumentos esbozados por las partes, ya que sus conocimientos jurídicos les permite resolver el litigio de acuerdo con los temas planteados en la demanda, la contestación, alegatos y recurso de apelación, actividad que conlleva la investigación, aplicación, ponderación y actualización, de las normas que regulan cada caso y de las diferentes interpretaciones dadas por las altas cortes, aun con prescindencia de las que fueron invocadas por las partes. (ver sentencias rad. 38224 21 de junio de 2011, rad. 33352 del 14 de octubre de 2009, SL4457-2014, SL15501-2017, SL4143-2018, SL2415-2019 entre otras).

De tal manera que, una vez demostrado que el demandante era beneficiario del régimen de transición con su respectiva extensión hasta el 31 de diciembre de 2014, esto es, que cumplió 40 años el 27 de agosto de 1992 (fls.21 expediente- fecha de nacimiento 27 de agosto de 1952), y que al 29 de julio de 2005 reunía las 750 semanas para que la prerrogativa se le extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014, le correspondía al Juzgador de primer grado, indagar sobre la procedencia del reconocimiento pensional ora, con fundamento en el acuerdo 049

de 1990, la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 y/o el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

De otra parte, en razón a que en el marco de la apelación, siempre se encuentran inmersos los mínimos irrenunciables del trabajador o del afiliado, según se declaró en la sentencia CC C-968-2003 y de que es tarea del Juez del Trabajo de la Seguridad social, revisar la gama de posibilidades normativas a fin de brindar una adecuada garantía al derecho pensional, se impone acotar, que deberá estudiarse los requisitos para acceder a las prestaciones reguladas las normas mencionadas.

Aunado a lo anterior, desde el punto de vista legal, en una misma persona puede concurrir varios regímenes pensionales, situación que le permite seleccionar el que más le convenga, y no aplicarle de manera inexorable e irrestricta el *«régimen anterior al cual se encuentran afiliados al momento en que empezó en vigor el sistema general de pensiones...»* (Sentencia CSJ 27 de mayo de 2009, rad. 33140).

En tal sentido, es viable jurídicamente contar con dos o más regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, como, por ejemplo, los estatuidos en la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990, como al parecer sucedió en ese caso, la segunda de ellas estudiada por el Juez A quo y sobre la cual decidió no aplicar con base en el precedente presuntamente vigente, y la primera, solicitada por el Ministerio Público sobre la cual, el Juez omitió su estudio sin argumentos inteligibles en esta instancia.

En consideración a ello, al revisar las pruebas documentales aportadas al plenario y que gozan de validez al no ser tachadas de falsedad, se tiene que el actor nació el 27 de agosto de 1952 (fl.21), que inició cotización al sistema pensional antes del 1º de abril de 1994 (fls.19-20) y para esta fecha contaba con mas de 40 años de edad, lo que, en principio, lo hace beneficiario del régimen de transición.

Ahora, COLPENSIONES negó en instancia administrativa la pensión de vejez, argumentando que no cumplía con las 750 semanas de cotización exigidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la que, debía someterse al cumplimiento de la Ley 797 de 2003, es decir, reunir las 1300 semanas de cotización al sistema pensional, presupuesto que no cumple (fls.3-14).

A lo anterior, el demandante alega que en repetidas ocasiones solicitó a COLPENSIONES la actualización de semanas de cotización para acceder al reconocimiento prestacional desde el 27 de agosto de 2012, pero que la administradora había vulnerado sus derechos de habeas data y debido proceso, anta la omisión de recuperar sus aportes y negar la pensión de vejez, hecho que no quedó plenamente demostrado, puesto que la primera vez que solicitó el actor la prestación fue el **23 de marzo de 2018**, momento en el cual, también requirió la actualización de la historia laboral (fls.12-13 y 22), fundamentó su ruego en los aportes con las empresas del sector privado J. GLODMAN, AZIS BARRAGAN, NACIONAL DE CRÉDITOS, CONSERVICIOS, JORMAS DISTRIBUCIONES, COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR y como independiente, obviando la certificación del tiempo de servicios con la ALCALDÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA vista a folio 15-18, que fue entregada por el ente territorial, el 22 de agosto de 2018, y no existe prueba que COLPENSIONES tuviese conocimiento en instancia administrativa, sólo se dio a conocer durante el proceso judicial, tiempos de servicio aportados a la CAJA DE PREVISIÓN MUNICIPAL DE CÚCUTA, y que corresponden al periodo entre el 17 de febrero de 1977 hasta el 15 de marzo de 1978 por espacio de 389 días equivalentes a 55.57 semanas.

Así las cosas, cuando el actor acude a COLPENSIONES y solicita el reconocimiento pensional, éste contaba con **727.73** semanas de cotización desde el 26 de julio de 1978 hasta el 31 de octubre de 2004, ya que desde el mes de noviembre de 2004 y hasta el 1º de agosto de 2009, no cotizó, por lo que, la condición de beneficiario del régimen de transición fue negada en forma acertada, conflicto que le correspondía resolver al Juez ordinario Laboral, que al sumar las **55.57** semanas aportados a la Caja de Previsión Municipal, arroja un total de 783.3; tiempo suficiente para acceder a la extensión del beneficio del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

Aclarado lo anterior, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, el demandante debía cumplir los 60 años de edad y 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, o, las 1000 semanas antes del 31 de diciembre de 2014 para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez.

En ese orden de ideas se advierte que el actor cumplió los 60 años el día 27 de agosto de 2012 (fl.21), sin embargo durante los 20 años anteriores al cumplimiento

de dicha edad, esto es, del 27 de agosto de 1992 hasta el 27 de agosto de 2012, solo reunió un total de 375.28 semanas, de tal suerte que no alcanzó a cotizar las 500 semanas exigidas para adquirir su derecho pensional.

No obstante, lo anterior, al revisar la segunda hipótesis para adquirir el derecho a su pensión de vejez, esto es cotizar 1.000 semanas antes del 31 de diciembre de 2014, se observa que el actor desde el 17 de febrero de 1977 hasta el 31 de diciembre de 2014, reunió un total de **1056.58 semanas de cotización** conforme al siguiente resumen:

INICIO	TERMINA	DIAS	SEMANAS	CERTIFICADO
17-FEBRERO 1977	15 MARZO 1978	389	55.57	APORTADAS EN INSTANCIA JUDICIAL- ALCALDÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA (FLS.15-18)
26 JULIO 1978	31 ENERO DE 2014	6677	953.87	ACEPTADAS POR COLPENSIONES EN HISTORIA LABORAL ACTUALIZADA AL 20 DE FEBRERO DE 2018 (FLS.19-20)
1 FEBRERO DE 2014	31 DICIEMBRE DE 2014	330	47.14	ACEPTADAS POR COLPENSIONES EN HISTORIA LABORAL ACTUALIZADA AL 20 DE FEBRERO DE 2018 (FLS.19-20)

Luego entonces, el problema jurídico quedará resuelto en forma favorable al demandante, por lo que, se **REVOCARÁ** en su totalidad la sentencia proferida por el Juez A quo, en su lugar, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor del señor **RAMÓN ANTONIO CASTILLO PARADA** con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, Ley 100 de 1993 en su art. 36 y Acto Legislativo 01 de 2005.

Además, es importante resaltar que, el demandante también cumplió con los requisitos previstos en el art. 7º de la Ley 71 de 1988, esto es, los 60 años de edad y las 1028,57 semanas entre los aportados en el tiempo público y lo cotizado en el ISS, es decir, ante la concurrencia de regímenes, deberá aplicarse el más favorable, que, en este asunto, resultaría inocuo dicho estudio, ya que, al verificar el IBL de conformidad con el art. 21 de la Ley 100 de 1993 y la tasa de reemplazo del 90% del Acuerdo y 75% de la Ley 71 de 1988, arrojaría una mesada de un salario mínimo legal mensual vigente.

En cuanto al retroactivo pensional, se tiene que la prestación fue solicitada el 23 de marzo de 2018 (fl.12-13) y la reclamación administrativa quedó agotada el 10 de septiembre de 2018, con la respuesta notificada por COLPENSIONES en la resolución DIR 16390 (fl.3-7) y la demanda fue interpuesta el 4 de abril de 2019 (fl.42), luego entonces, procederá a declararse la prescripción parcial de la acción, por lo que, el pago de las mesadas deberá iniciar el 23 de marzo de 2015, correspondiente a un SMMMMLV, y 13 mesadas anuales según lo establecido en el inciso 8º del Acto Legislativo 01 de 2005.

DESDE		HASTA		MESADAS
Año	Mes	Año	Mes	
2015	03	2021	07	\$171,826.67
2015	04	2021	07	\$644,350.00
2015	05	2021	07	\$644,350.00
2015	06	2021	07	\$644,350.00
2015	07	2021	07	\$644,350.00
2015	08	2021	07	\$644,350.00
2015	09	2021	07	\$644,350.00
2015	10	2021	07	\$644,350.00
2015	11	2021	07	\$644,350.00
2015	12	2021	07	\$644,350.00
2015	M14	2021	07	\$644,350.00
2016	01	2021	07	689455
2016	02	2021	07	\$689,455.00
2016	03	2021	07	\$689,455.00
2016	04	2021	07	\$689,455.00
2016	05	2021	07	\$689,455.00
2016	06	2021	07	\$689,455.00
2016	07	2021	07	\$689,455.00
2016	08	2021	07	\$689,455.00
2016	09	2021	07	\$689,455.00
2016	10	2021	07	\$689,455.00
2016	11	2021	07	\$689,455.00
2016	12	2021	07	\$689,455.00
2016	M14	2021	07	\$689,455.00
2017	01	2021	07	737717
2017	02	2021	07	\$737,717.00
2017	03	2021	07	\$737,717.00
2017	04	2021	07	\$737,717.00
2017	05	2021	07	\$737,717.00
2017	06	2021	07	\$737,717.00
2017	07	2021	07	\$737,717.00
2017	08	2021	07	\$737,717.00
2017	09	2021	07	\$737,717.00
2017	10	2021	07	\$737,717.00
2017	11	2021	07	\$737,717.00
2017	12	2021	07	\$737,717.00
2017	M14	2021	07	\$737,717.00

2018	01	2021	07	\$781,242.00
2018	02	2021	07	\$781,242.00
2018	03	2021	07	\$781,242.00
2018	04	2021	07	\$781,242.00
2018	05	2021	07	\$781,242.00
2018	06	2021	07	\$781,242.00
2018	07	2021	07	\$781,242.00
2018	08	2021	07	\$781,242.00
2018	09	2021	07	\$781,242.00
2018	10	2021	07	\$781,242.00
2018	11	2021	07	\$781,242.00
2018	12	2021	07	\$781,242.00
2018	M14	2021	07	\$781,242.00
2019	01	2021	07	\$828,116.00
2019	02	2021	07	\$828,116.00
2019	03	2021	07	\$828,116.00
2019	04	2021	07	\$828,116.00
2019	05	2021	07	\$828,116.00
2019	06	2021	07	\$828,116.00
2019	07	2021	07	\$828,116.00
2019	08	2021	07	\$828,116.00
2019	09	2021	07	\$828,116.00
2019	10	2021	07	\$828,116.00
2019	11	2021	07	\$828,116.00
2019	12	2021	07	\$828,116.00
2019	M14	2021	07	\$828,116.00
2020	01	2021	07	\$877,803.00
2020	02	2021	07	\$877,803.00
2020	03	2021	07	\$877,803.00
2020	04	2021	07	\$877,803.00
2020	05	2021	07	\$877,803.00
2020	06	2021	07	\$877,803.00
2020	07	2021	07	\$877,803.00
2020	08	2021	07	\$877,803.00
2020	09	2021	07	\$877,803.00
2020	10	2021	07	\$877,803.00
2020	11	2021	07	\$877,803.00
2020	12	2021	07	\$877,803.00
2020	M14	2021	07	\$877,803.00
2021	01	2021	07	\$908,526.00
2021	02	2021	07	\$908,526.00
2021	03	2021	07	\$908,526.00
2021	04	2021	07	\$908,526.00
2021	05	2021	07	\$908,526.00
2021	06	2021	07	\$908,526.00
2021	07	2021	07	\$908,526.00
				Total Mesadas
				\$63,861,337.67

Retroactivo pensional que va desde el 23 de marzo de 2015 hasta el momento de la sentencia 30 de julio de 2021 correspondiente a la suma de \$63'861.337.67, valor que deberá ser INDEXADO al momento del pago total de la deuda, ya que no son procedentes los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100

de 1993 al encontrarse justificación legal de la negativa por parte de COLPENSIONES, ante el cambio del precedente jurisprudencial que permitió la sumatoria de tiempo público con el cotizado al ISS sobre el cual se emite la presente decisión.

Se declararán no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, estas son: la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, la legalidad de los actos administrativos y la innominada.

Además, se AUTORIZARÁ a la administradora de pensiones COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, el valor de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud con fundamento en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, a partir de la fecha del disfrute de la pensión de vejez, con la finalidad de que lo transfiera a la entidad administradora de salud -EPS- a la que la demandante se encuentre afiliado. Ello en atención a lo señalado en la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de radicado SL6446 del 2015.

Se condenará en costas de primera y segunda instancia conforme al numeral 4° del art. 365 del CGP, fijando las agencias en derecho de segunda instancia en \$500.000, a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante RAMON ANTONIO CASTILLO PARADA conforme a lo previsto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada proferida por el JUEZ CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 17 de julio de 2020, en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de

vejez a favor del señor RAMÓN ANTONIO CASTILLO PARADA con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, Ley 100 de 1993 en su art. 36 y Acto Legislativo 01 de 2005 equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, con un retroactivo desde el 23 de marzo de 2015 hasta la fecha de la sentencia 30 de julio de 2021 en la suma de **\$63'861.337.67**, valor que deberá ser INDEXADO al momento del pago total de la deuda; mesada pensional que será de un SMMMLV para el 2021, correspondiente a 13 mesadas anuales según el inciso 8º del Acto Legislativo 01 de 2005.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de la acción propuesta por el Ministerio Público y la Inexistencia de la obligación sobre los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 propuesta por COLPENSIONES.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, estas son: el cobro de lo no debido, la buena fe, la legalidad de los actos administrativos y la innominada.

CUARTO: AUTORIZAR a la administradora de pensiones COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, el valor de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud con fundamento en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, a partir de la fecha del disfrute de la pensión de vejez, con la finalidad de que lo transfiera a la entidad administradora de salud -EPS- a la que la demandante se encuentre afiliado.

QUINTO: CONDENAR en costas de primera y segunda instancia conforme al numeral 4º del art. 365 del CGP, fijando las agencias en derecho de segunda instancia en \$500.000, a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante RAMON ANTONIO CASTILLO PARADA conforme a lo previsto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIQUESE.



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE**



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES

MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 082, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8
a.m. Cúcuta, 12 de agosto de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUTO INTERLOCUTORIO

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

San José de Cúcuta, once (11) de agosto de dos mil veintinueve (2021)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-2019-00394-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19061
JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: CRISTOBAL CAICEDO GELVES
DEMANDADOS: COAL MINEX S.A.S. Y OTROS
TEMA: RECHAZO DE DEMANDA
ASUNTO: APELACIÓN

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del demandante, contra el auto de fecha trece (13) de marzo de dos mil veinte (2020), dentro del proceso seguido bajo radicado No. 54-001-31-05-004-2019-000394-00 y Partida del Tribunal No. 19061 el cual fue instaurado por el señor CRISTOBAL CAICEDO GELVES contra LA EMPRESA COAL MINEX S.A.S. y el señor JUAN CARLOS CRUZ.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto respectivo, de lo cual quedó constancia en el Libro de Actas, se profirió el siguiente,

A U T O:

Desata la Sala el recurso de alzada propuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, referente a la decisión de fecha ocho trece (13) de marzo de dos mil veinte (2020), proferida por el señor Juez Cuarto

Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso de la referencia y en el cual dispuso RECHAZAR LA DEMANDA.

II. ANTECEDENTES:

El señor CRISTOBAL CAICEDO GELVES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral de primera instancia pretendiendo que se declare un contrato de trabajo a término indefinido con las demandadas desde el 4 de julio de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016, en consecuencia, se ordene el pago de las prestaciones sociales (cesantías, intereses, vacaciones, prima de servicios), el pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria del art. 65 del CST; intereses moratorios, indexación, al uso de las facultades extra y ultra petita y la condena en costas procesales.

Presentada la demanda en la oficina de reparto el día doce (12) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) según acta individual de reparto vista a folio 26, el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta mediante auto de fecha dieciséis (16) de enero de dos mil veinte (2020) (fl.28), devolvió la demanda porque los hechos desde el primero hasta el quinto, tienen relación confusa, no son entendibles, no existe claridad y que “se debe aclarar la fecha de inicio y terminación de cada uno de los contratos...y con quien de los demandados fueron suscritos ya que son confusos...”, concediendo a la parte demandante, un término de cinco (05) días a partir de la notificación de la providencia, para que subsanara los defectos mencionados.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En término, el apoderado judicial del demandante presentó nuevamente el escrito de demanda y el Juez A quo mediante auto fechado el trece (13) de dos mil veinte (2020) profirió un auto donde decidió RECHAZAR LA DEMANDA (FL.151), considerando que:

“...no lo hizo conforme quedara plasmado en el auto calendado el 16 de septiembre de 2019, mediante el cual se le inadmite la demanda, limitándose a presentar nueva demanda, donde cambia el orden inicial de los hechos, el

hecho quince (15) de la demanda inicial lo coloca en la subsanación en el hecho nueve (09) lo cambia colocando una nueva fecha, los hechos cinco (5) lo suprime; y el hecho 17 lo divide en tres hechos, quedando en la nueva demanda en los hechos 10, 11 y 12, hechos del cual no se hizo ninguna alusión en el auto de la devolución de la demanda, el hecho once (11) también lo cambio colocando un valor de salario, tampoco se devolvió la demanda respecto a ese hecho.”

Por lo que, consideró que el apoderado judicial del demandante no subsana la demanda conforme a lo anotado, sino que presentó una reforma, tiempo no oportuno para ello.

IV. ARGUMENTOS DEL RECURSO:

El auto anterior fue notificado el once (11) de agosto de dos mil veinte (2020) y el dieciocho del mismo mes y año, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que el Juez A quo no tuvo en cuenta, que los yerros señalados en la inadmisión fueron subsanados y al realizar la respectiva corrección, se generó una alteración de su orden alfanumérico, la supresión, adición y corrección de algunos de ellos, incluso respecto de una fecha.

Que la inadmisión de la demanda correspondió a un error de forma generado por unas imprecisiones en los hechos de la demanda, los cuales fueron subsanados dentro de la oportunidad procesal legal señalada para ello, por tanto, aseguró que no hay lugar al rechazo de la demanda.

Que si bien es cierto, fueron modificados los hechos señalados por el Juzgado, también es cierto que estas modificaciones corresponden a la corrección de los yerros de forma señalados por el despacho que al corregirse, no solo afecta la redacción del hecho mismo, si no, la redacción y hasta el orden de los otros hechos, pues, se requiere que estos, conserven un hilo conductual de la Litis planteada desde un primer momento a éste órgano jurisdiccional, siguiendo las instrucciones ordenadas por el Despacho y teniendo en cuenta que los hechos deben ser “claros, concretos y estar formulados por separado” y la misma fue estructurada conforme a los requisitos legales que se han consagrado en el artículo 25 del C.P. del T. y de la S.S.

Que el argumento del Juez A quo no tiene respaldo jurídico, porque los hechos de la demanda continúan conservando el mismo hilo conductual de la Litis, porque el cuerpo de la demanda no sufrió ningún otro cambio adicional al sugerido por el Despacho de conocimiento y los que como consecuencia de estas, se generaron en el acápite de los hechos, que fue objeto de reparo al momento de estudiar su procedencia y admisibilidad.

Por lo expuesto, solicita revocar el auto y ordenar la admisión dela demanda, considerando que los hechos fueron subsanados en la forma y en el tiempo que la ley y como el despacho así lo dispuso.

V. C O N S I D E R A C I O N E S:

Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto conforme lo dispone el numeral 1º del art. 65 del C.P.T. y de la S.S. modificado por el art. 29 de la Ley 712 de 2001.

Problema jurídico.

El objeto de la Litis se reduce a establecer si el Juez A quo se equivocó al rechazar la demanda por considerar que no había sido subsanada en debida forma, en especial, respecto a los hechos “*confusos y no entendibles*”, o de lo contrario, la misma fue corregida según las indicaciones, procediendo a su admisión ante el cumplimiento de los requisitos formales, de acuerdo a lo señalado por el recurrente.

Normatividad Aplicable.

Ahora bien, las causales de inadmisión y rechazo de plano de la demanda, se dan por las mismas razones o motivos que se establecen en el Código General del Proceso artículo 90, ante la falta de disposición

expresa al respecto en el procesal laboral, entre los cuales está, cuando la demanda no reúna los requisitos formales.

Se entiende que la demanda no reúne los requisitos formales, cuando no llena la totalidad de las exigencias previstas en la ley, resaltando que en este acto procesal, no le corresponde al Juez estudiar de fondo los hechos o pretensiones, sino que, deberá analizar si existen los hechos, las pretensiones, las identificaciones de las partes, del apoderado, conforme lo disponen los artículos 25, 25 A y 26 del CPT y SS.

De esta forma, el numeral 7º del art. 25 del CPT y SS modificado por el art. 12 de la Ley 712 de 2001 señala: “*Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, clasificados y enumerados*”.

Los supuestos de hecho que sustentan las pretensiones, deben ser sólidos y obedecen a un orden cronológico de acontecimientos que permite organizar de forma coherente los cimientos de lo que realmente aconteció, por ello, los hechos deben ser enumerados, y se entienden clasificados, porque obedecen a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron, con el fin de precisar durante el transcurso del proceso como al final de la decisión, las razones de éxito o fracaso de lo pretendido.

En este sentido, los requisitos formales de la demanda, en cuanto a pretensiones y hechos lo que exigen **es precisión y claridad**, esto es, que sean de fácil comprensión, que se encuentren realmente identificadas las ideas, debiendo establecerse que la única exigencia impuesta por la ley para presentar los hechos de la demanda, es que estén clasificados y enumerados, mas no limita la posibilidad de incluir apreciaciones personales y jurídicas que se consideren necesarias para fundar las pretensiones.

Por otra parte, el artículo 28 del C.P.T. y de la SS autoriza al juez, para que antes de admitir la demanda, y en el evento en que observe que no reúne los requisitos exigidos por el artículo 25 ibidem, la devuelva al demandante para que subsane las deficiencias que le señale, dentro de

un término de cinco (5) días, corrección que de no hacerse conlleva al rechazo de la demanda.

Se hace importante señalar que, dichas exigencias tienen como objetivo permitir el real acceso a la administración de justicia, garantizando los derechos de quienes intervienen en el proceso; de suerte que al juzgador le está vedado exigir presupuestos por fuera de la norma, como tampoco apartarse de otros postulados de alcance constitucional, tales como el ejercicio del derecho material o sustancial que con las normas procesales se busca llegar.

Caso en concreto.

Descendiendo al caso, se tiene que, en el auto que ordenó subsanar la demanda, se le indicó al demandante, que:

(i) El hecho PRIMERO tenía una redacción confusa y no existía claridad en su contenido, al revisar la demanda, el supuesto dice:

1. En fecha 04 de julio de 2015 el Sr CRISTOBAL CAICEDO GELVES...y el señor JUAN CARLOS CRUZ como persona natural y en su condición de CONTRATISTA y como representante legal de la empresa EXPLOTACIÓN MINERA MONGO S.A.S.

(ii) Que el hecho SEGUNDO se debía aclarar a que contrato específicamente se refiere; al revisar la demanda, el supuesto dice:

2. Ese contrato de trabajo suscrito entre el Sr CRISTOBAL CAICEDO GELVES...y el señor JUAN CARLOS CRUZ, fue pactado a término fijo hasta el 31 de diciembre de 2015.

(iii) Que los hechos TERCERO, CUARTO y QUINTO debían aclarar la fecha de inicio y terminación de los contratos a que hace referencia esos

hechos, y con cual de los demandados fueron suscritos, considerando falta de claridad. Los mencionados hechos señalan:

- 3. El 01 de enero de 2016, el señor JUAN CARLOS CRUZ como persona natural y en su condición de CONTRATISTA, como persona natural y en su condición de CONTRATISTA (sic) y como representante legal de la empresa EXPLOTACIÓN MINERA MONGO S.A.S, suscribe un SEGUNDO contrato de trabajo con el Sr CRISTOBAL CAICEDO GELVES.*
- 4. El 26 de enero de 2016 el señor JUAN CARLOS CRUZ como persona natural y en su condición de CONTRATISTA, le manifiesta al Sr CRISTOBAL CAICEDO GELVES suscribir un TERCER contrato de trabajo, pero ahora como representante legal de la empresa COAL MINEX S.A.S con Nit...*
- 5. Este TERCER contrato de trabajo suscrito entre el Sr CRISTOBAL CAICEDO GELVES y señor JUAN CARLOS CRUZ, fue suscrito a término fijo hasta el 31 de diciembre de 2016.*

Frente a lo anterior, observa la Sala que la decisión del Juez al inadmitir la demanda, encuentra sustento jurídico conforme a lo analizado en precedencia; ahora, el nuevo escrito presentado en termino por el demandante dispone en cuento a los hechos anteriores, lo siguiente:

- 1. En fecha 01 de junio de 2015, el Sr CRISTOBAL CAICEDO GELVES y señor JUAN CARLOS CRUZ como persona natural y representante legal de la empresa EXPLOTACIÓN MINERA MONGO S.A.S con Nit...suscibieron un contrato de trabajo a término fijo hasta el 31 de diciembre de 2015.*
- 2. El 01 de enero de 2016, nuevamente el Sr CRISTOBAL CAICEDO GELVES y señor JUAN CARLOS CRUZ como persona natural y ahora como representante legal de la empresa COAL MINEX S.A.S con Nit... suscribieron un contrato de trabajo a término fijo hasta el 31 de diciembre de 2016.*

3. *La labor que desempeño el Sr CRISTOBAL CAICEDO GELVES con ocasión del contrato suscrito fue de MINERO.*

4. *Tal labor de minero se efectuó en las instalaciones de una MINA DE CARBON, ubicada en la vereda de Ayacucho, Municipio de San Cayetano, Norte de Santander.*

5. *El Sr CRISTOBAL CAICEDO GELVES cumplía un horario de lunes a viernes de ocho horas diarias y los sábados laboraba hasta las 12 del mediodía.*

En el auto que rechazó la demanda, el Juez A quo dice que se cambió el orden inicial de los hechos, que el hecho 15 inicial, lo puso en la nueva demanda en el hecho nueve y le cambió la fecha, que el hecho 5 lo suprime, que el hecho 17 inicial lo divide en tres hechos quedando en la nueva demanda en los numerales 10, 11 y 12 y que el hecho 11 le puso un valor de salario.

Al revisar los escritos y comparar la demanda inicial con la subsanación, encuentra la Sala que le asiste razón al recurrente, porque en el nuevo escrito, se hace evidente que los hechos fueron planteados de forma clara, precisa y cronológicamente concuerdan con lo pretendido, sin que sea necesario corregir en forma literal la numeración primigenia como lo aseguró el Juez A quo; además, del análisis completo de la misma, se logra extraer que tiene claridad, coherencia y relata los hechos con precisión diferenciando los extremos laborales y hace la distinción de los demandados como fue pedido por el Juez A quo.

Bajo estos argumentos, se hace importante recordar, que el Juez Laboral en su rol de director del proceso, está en la obligación de asumir una posición garantista y proteccionista de la parte quien reclama el reconocimiento de sus derechos laborales y cuando, los hechos son

claros, precisos y coherentes con las pretensiones, el operador judicial no puede negarse a su estudio, aun teniendo en cuenta que la etapa procesal durante la primera audiencia, en especial la fijación del litigio, puede requerir a las partes para que manifiesten los hechos en que están de acuerdo, o para que aclaren sobre los mismo; así mismo, es deber del Juez interpretar la demanda, descubriendo el verdadero alcance e intención del demandante, lo cual incluye examinar en su integralidad, el cuerpo de la demanda.

En tal sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la CSJ en la sentencia SL6621 del 2017: *“La Corte ha sostenido que los jueces del trabajo tienen el deber de interpretar la demanda para desentrañar la real aspiración del demandante. Con mayor razón cuando la pretensión está encaminada a la satisfacción de un derecho fundamental y los elementos que lo configuran están debidamente descritos, probados y discutidos.”*

En igual sentido, la misma Sala de Casación Laboral en sentencia SL5868-2014 recalcó:

“(...) el proceso laboral debe ser visto como un conjunto de actos y reglas encaminados a lograr la administración de justicia y la adjudicación del derecho, que se ve permanentemente atravesado y delineado por un continuo diálogo de sus interlocutores y una importante labor de dirección por parte del Juez.

En ese devenir, la ley cuida especialmente que se construya y se perfile, desde el inicio, una discusión clara y adecuadamente delimitada, además de que las demás actuaciones procesales se lleven a cabo de manera congruente con ese objeto del proceso.

Con tales fines, el legislador se ha valido de varios institutos procesales tendientes a delimitar el marco de la discusión y a desarrollar un proceso plenamente congruente y dotado de sentido. Así, por mencionar algunos de dichos instrumentos, en el proceso ordinario laboral se le exige a la parte demandante la indicación de lo que pretende, expresado con precisión y claridad, junto con la relación de los hechos y omisiones que le sirven de fundamento y las pruebas que pretenda hacer valer (artículo 25 del

CPTSS); a la parte demandada le es imperioso pronunciarse explícitamente sobre esas pretensiones y hechos, aclarando las razones de su respuesta (artículo 31 del CPTSS); y, en el curso de la primera instancia, una vez trabada la relación jurídico procesal, el Juez debe fijar el litigio (artículo 77 del CPTSS), que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate, igual que los quedan fuera del mismo, por haber sido admitidos o abandonados por las partes (Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016).

Así las cosas, la Sala encuentra ajustada la solicitud del apoderado judicial recurrente, en tal sentido, se **REVOCARÁ** el auto proferido por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta fechado el 13 de marzo de 2020, y en su lugar, se **ORDENARÁ** para que **ADMITA** la demanda y continúe con el trámite procesal pertinente.

Sin condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA, por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL,

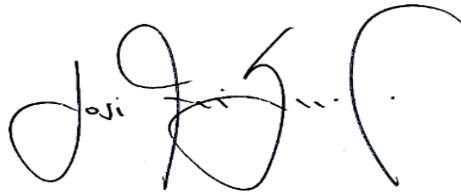
VI. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión de fecha trece (13) de marzo del dos mil veinte (2020) proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, y en su lugar, **ORDENAR** al a quo **ADMITIR** la demanda promovida por el señor CRISTOBAL CAICEDO GELVEZ y continúe con el trámite procesal pertinente.

SEGUNDO: Ejecutoriado el presente auto devuélvase la actuación al juzgado de origen para los fines pertinentes.

TERCERO: Sin condena en costas.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 082, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 12 de agosto de 2021.



Secretario