



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

Veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Veintiuno (2021)

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-001-2018-00368-00 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.192                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | JOSÉ RAMÓN ROZO SANDOVAL       |
| <b>DEMANDADO:</b>        | TRANSGUASIMALES S.A.           |

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ RAMÓN ROZO SANDOVAL contra TRANSGUASIMALES S.A., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2018-00368-00, y Radicación interna No. 19.192 de este Tribunal Superior, para conocer en Grado Jurisdiccional de Consulta de la Sentencia del 7 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor JOSÉ RAMÓN ROZO SANDOVAL, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra TRANSGUASIMALES S.A. para que se declare:

- La existencia de un contrato realidad sin solución de continuidad desde el 1° de agosto de 2014 hasta el 31 de mayo de 2017, como también, la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo del actor, por cuanto fue despedido gozando de estabilidad laboral reforzada dada su condición de pre pensionado, y en consecuencia, se ordene su reintegro laboral hasta que Colpensiones resuelva su situación pensional. En consecuencia, solicita el pago de salarios dejados de percibir desde el día 1° de junio de 2017 hasta la fecha de su reintegro laboral, el auxilio de transporte dejado de pagar durante todo el término de la relación laboral, al pago de prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social, la sanción del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los valores dejados de cancelar por concepto de horas extras, trabajo dominical y festivo, conforme a lo estipulado por la Ley laboral.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que, fue contratado por La Empresa TRANSGUASIMALES S.A mediante contrato laboral a término fijo a un año en el cargo de

vigilante; dicho contrato se renovó por periodo igual, del 1° de septiembre de 2015 hasta el 29 de agosto de 2016, y de manera verbal desde ese día hasta el 31 de mayo de 2017, cuando fue despedido sin justa causa de manera verbal por parte del señor Henry Duarte, directivo de dicha empresa.

- Que, las funciones encomendadas al demandante en su cargo de vigilante, correspondían a las de vigilar la entrada y salida de personal a las oficinas de la empresa, así como recibir la correspondencia que llegaba.
- Afirma, sobre la jornada laboral, que cumplía horario de lunes a viernes de 6:00 a.m. a 8:00 a.m. y de 2:00 p.m. a 8:00 p.m. los días sábados, domingos y festivos laboraba todo el día de 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m. para una jornada laboral semanal de 64 horas, con un salario de \$737.717 equivalente a un salario mínimo legal mensual, y por concepto de horas extras, trabajo dominical y festivo la empresa le cancelaba \$462.283.

La demanda fue admitida el 20 de noviembre de 2018, y el 3 de mayo de 2019, el juzgado notificó personalmente a la demandada, quien en escrito de contestación a la demanda señaló:

- Que, se opone a todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda; afirmando, que no existen argumentos que permitan probar la existencia de una relación laboral entre el demandante y el demandado desde el 1° de agosto de 2014 al 31 de mayo de 2017, pues la relación laboral que existió fue del **1° de agosto de 2014 al 29 de julio de 2015**; y del **1° de septiembre de 2015 al 29 de agosto de 2016**, aclarando que durante el periodo del 30 de julio al 31 de agosto de 2015, el demandado no estuvo vinculado con la empresa demandada TANSQUASIMALES S.A., por lo que no es viable un despido cuando ya no existía vinculación laboral en el año 2017.
- Que, el actor cumplió la jornada máxima ordinaria laboral, es decir 8 horas diarias y 48 horas semanales; agregó que no es viable el pago de salarios, horas extras, trabajo dominical y festivos a un trabajador cuando no existe vinculación laboral, ya que durante el periodo en que el demandante prestó sus servicios se cancelaron las acreencias laborales a que tenía derecho.

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

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

La Sala conoce en grado jurisdiccional de consulta la Sentencia del 7 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO:** *DECLARAR probada la excepción de inexistencia del contrato y cobro de lo no debido propuesto por la parte demandada, de conformidad con las motivaciones de esta sentencia.*

**SEGUNDO:** Absolver a la demandada TRANSGUASIMALES S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante

**TERCERO:** Costas a cargo de los demandantes.”

## **2.2. Fundamento de la decisión.**

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

- Que, en el presente proceso se está discutiendo la relación laboral que según refiere la actora existió entre las partes en conflicto entre el 1° de agosto de 2014 al 31 de mayo de 2017; sin embargo, el Juez *a quo* indicó que conforme las pruebas obrantes al expediente se evidenció la existencia de dos contratos de trabajo a término fijo los cuales fueron terminados por finalización del periodo pactado, cancelándose las prestaciones sociales generadas por los mismos en estos dos periodos.

- Que, en atención a que la parte demandante alega la existencia de un contrato realidad, el despacho procedió analizar si en efecto éste se dio del 30 de agosto de 2016 al 31 de mayo de 2017 para desempeñar el cargo de vigilante, y al respecto indicó, que los testimonios recepcionados no dan la certeza necesaria sobre la existencia de un vínculo laboral durante estos extremos, pues si bien indicaron que el actor laboraba dominicales, y festivos no señalaron el mes ni el año de estos, tampoco obra prueba documental que corrobore la existencia de dicho contrato pues del reporte de semanas cotizadas a Colpensiones se desprende que el actor cotizó al sistema pensional durante este periodo como independiente.

- Que, por lo anterior no se encuentran reunidos los elementos esenciales del contrato de trabajo del periodo comprendido del 30 de agosto de 2016 al 31 de mayo de 2017, por lo que no accedió al reconocimiento de las pretensiones principales y subsidiarias reclamadas en la demanda.

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

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue adversa a las pretensiones del actor, es procedente conocer en grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 7 de diciembre de 2020, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del C.S.T., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 y apelación.

## **4. ALEGATOS**

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

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

- PARTE DEMANDADA:**

**El apoderado de la parte demandada** solicitó que se confirme la decisión con fundamento en que:

- Que es fundamental observar los hechos en el presente proceso como los del proceso tramitado en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta radicado bajo el No. 421/2017 debido a que no existe concordancia en los plasmado en dicho proceso con lo indicado en el presente, sumado al hecho que el referido proceso se terminó por conciliación judicial entre las partes, motivo por el cual se planteó la excepción de Cosa Juzgada. Petición que se fundamenta debido a que varios hechos planteados en el proceso 421/2017 son igualmente planteados en la presente demanda.
- Que en el escrito de tutela impetrado por el demandante en contra de la empresa TRANSGUASIMALES S.A., presentada a través de apoderado judicial, no existe concordancia con las demandas ordinarias presentadas y tramitadas, por cuanto los hechos planteados no son concordantes, como se observa respecto del horario de trabajo.
- Que el actor no demostró la prestación personal del servicio y los extremos temporales como lo afirmó en la demanda, por el contrario está desvirtuado todos y cada uno de los hechos que pretenden indicar la existencia de un contrato realidad en los términos indicados en la demanda, luego las consecuencias jurídicas por omitir dicho deber procesal es despachar de manera desfavorable sus pretensiones y absolver a la entidad demandada como de manera acertada lo dispuso el Juez de Primera instancia.
- Agregó que el testigo de la parte actora señor **GUSTAVO ALBERTO GUTIERREZ RUIZ**, sólo indica que conoció al señor JOSÉ RAMÓN ROZO SANDOVAL, cuando entró a trabajar **en el año 1999 hasta el 1o de julio de 2015** cuando salió de la empresa, luego no tenía conocimiento de la vinculación laboral desde el **30 de agosto de 2016 al 31 de mayo de 2017**, agrega que no sabe hasta cuándo laboró el señor ROZO SANDOVAL. Respecto al pago de prestaciones sociales al demandante no tiene conocimiento que le cancelaron y no sabe si estuvo trabajando como empleado o como contratista.
- El testigo de la parte actora señor **JHON ALEXANDER GARCÍA GARCIA**, manifiesta que al demandante JOSÉ RAMÓN ROZO SANDOVAL, lo conoce desde 1993 y trabajó hasta 2014 como cajero y después lo pasaron de vigilante, no tuvo conocimiento que clase de contrato tenía JOSÉ RAMÓN con la empresa y afirma que éste prestó servicios hasta el 31 de mayo de 2017, porque el mismo demandante le indicó que en esa fecha lo habían acabado de sacar, y no conoce sobre el pago de aportes a la seguridad social por parte de la empresa al trabajador, pero no porque tenga conocimiento directo de los hechos planteados en la demanda.
- Finalmente indicó, que no cumple con los requisitos para considerarlo como prepensionado, por cuanto el requisito de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral, sumado al hecho que la terminación del contrato de trabajo no afectó los derechos al mínimo vital y a la seguridad social, del accionante, pues siguió cotizando de manera independiente.

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

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

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

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

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia de un único contrato de trabajo entre el señor JOSÉ RAMON ROZO SANDOVAL como trabajador y La Empresa TRANSGUASIMALES S.A., como empleadora entre el 1º de agosto de 2014 al 31 de mayo de 2017? Resuelto esto, se revisará si ¿Hay lugar al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, trabajo dominicales y festivos, aportes al sistema de seguridad social integral, indemnizaciones solicitadas, y al reintegro por ser despedido en condición de pre pensionado?

## **7. CONSIDERACIONES:**

En este caso, procede la Sala a determinar si le asiste la razón a la parte demandante para que se declare, la existencia de un único contrato con La Empresa TRANSGUASIMALES S.A., entre el 1º de agosto de 2014 al 31 de mayo de 2017, cuando fue despedido sin justa causa a pesar de encontrarse en condición de pre pensionado; y si como consecuencia de lo anterior, es procedente el reintegro, el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, horas extras, trabajo dominicales y festivos, aportes al sistema de seguridad social integral, indemnizaciones solicitadas.

A las anteriores pretensiones se opone la demandada, esgrimiendo que hubo dos vinculaciones entre las partes mediante contratos de trabajo a término fijo para desempeñar el cargo de vigilante del 1º de agosto de 2014 hasta el 29 de julio de 2015, y posteriormente del 1º de septiembre de 2015 hasta el 29 de agosto de 2016, los cuales fueron finalizados por preaviso y liquidados debidamente.

El juez *a quo* determinó, que no se aportaron elementos de prueba suficientes para acceder a la declaratoria de contrato único desde el 1º de agosto de 2014 al 31 de mayo de 2017, al no tener los testigos conocimiento que permita arrojar certeza sobre la prestación del servicio en el periodo comprendido del 30 de agosto de 2016 al 31 de mayo de 2017; y por ello, dispuso declarar probada la excepción de inexistencia del contrato y cobro de lo no debido propuesta por la parte demandada, y por ende, absolver a la demandada TRANSGUASIMALES S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante. Decisión que, al no interponerse recurso de apelación por la parte demandante, serán revisadas por la Sala en Grado Jurisdiccional de Consulta.

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

existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, bajo la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Certificados de existencia y representación legal de TRANSGUASIMALES S.A. y de CENTRO SERVICIOS ZONA INDUSTRIAL S.A.S. (Fol. 3-9).
- Derecho de petición dirigido a TRANSGUASIMALES S.A. por el demandante, de fecha 20 de junio de 2017 solicitando se le informe las razones por las cuales da por terminado el contrato de trabajo, se le expida copia de los contratos laborales, certificación de los cargos, salarios y tiempo de servicio en cada cargo desempeñado durante 32 años de servicio, y las cartas de terminación de los contratos. (Fol. 10-16).
- Respuesta a derecho de petición. (Fol. 15-27).
- Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año del 1º de agosto de 2014 al 29 de julio de 2015. (Fol. 29 - 30).
- Comunicación del 22 de mayo de 2015, por medio de la cual se le informa al actor que el contrato de trabajo vence el 29 de julio de 2015, y que no será prorrogado. (Fol. 31).
- Liquidación de contrato de trabajo del 1º de agosto de 2014 al 29 de julio de 2015. (Fol. 33).
- Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año del 1º de septiembre de 2015 al 29 de agosto de 2016. (Fol. 35 - 36).
- Comunicación del 27 de junio de 2016, por medio de la cual se le informa al actor que el contrato de trabajo vence el 29 de agosto de 2016, y que no será prorrogado. (Fol. 37).
- Liquidación de contrato de trabajo del 1º de septiembre de 2015 al 29 de agosto de 2016. (Fol. 39).
- Historial de cotizaciones del actor en COLPENSIONES donde aparecen cotizaciones de julio de 1985 a mayo de 2017, con interrupciones, y de manera independiente del 1º de noviembre de 2016 al 31 de mayo de 2017. (Fol. 41 - 52)).

- Interrogatorio de parte del Señor FABIO CESAR USCÁTEGUI, representante legal de TRANSGUASIMALES S.A., quien manifestó conocer al señor JOSÉ RAMÓN ROZO SANDOVAL, porque fue empleado de La Empresa Transguasimales S.A., hasta el mes de agosto de 2016, que el trabajador se desempeñó como vigilante.
- Testimonio del Señor GUSTAVO ALBERTO GUTIERREZ RUÍZ, quien manifestó conocer al actor cuando el testigo empezó a trabajar con la empresa demandada en el año 1999, que para ese entonces el demandante se desempeñaba como cajero, que el 1° de julio de 2015 cuando el testigo terminó contrato, vio al actor como vigilante en la portería de la empresa; desconoce la forma de vinculación del actor si fue un único contrato o fueron varios contratos, refiere que desde el año 2010 o 2011 la forma de vinculación era mediante contratos de trabajo anual; que la empresa hacía cotizaciones en salud pero en pensión no por lo que los trabajadores la realizaban como independiente, pero no tiene conocimiento si así lo hacía también el actor, y desconoce las razones de la terminación del vínculo laboral.
- Testimonio rendido por JHON ALEXANDER GARCÍA GARCÍA, señaló, que conoce a JOSE RAMÓN ROZO SANDOVAL, desde el año 1993, cuando el papá del testigo entró a trabajar a la empresa Transguasimales S.A como conductor de bus; que conoció al actor desempeñándose como cajero desde el año 1993 hasta el año 2014, y luego como vigilante pero desconoce la forma de vinculación del actor con la empresa demandada porque el testigo laboró como control y no en el área administrativa; señaló que la vinculación del actor fue hasta el 31 de mayo de 2017 y que tiene presente la fecha porque ese día el testigo estaba en el taller que quedaba al lado de la empresa y el actor les comentó ahí en el taller que lo acababan de despedir; indicó frente a la pregunta de si tuvo conocimiento de que la empresa le pagara al demandante prestaciones sociales, vacaciones señaló que no tuvo conocimiento; en cuanto a la afiliación del trabajador en seguridad social integral, el testigo explicó que no tuvo conocimiento de nada, que cuando el testigo trabajó como control “ellos me pagaban como independiente no como empleado”, y después del 2010 empezaron a pagar como empleado debido al contrato que firmaron; que desconoce si el vínculo del demandante con la empresa fue mediante un solo contrato o varios porque nunca trabajó el zona administrativa de la empresa.
- Testimonio de la señora ETELVINA GARCÍA, aportado por la parte demandada, quien se desempeña como coordinadora de seguridad y salud en el trabajo; indicó, que el actor fue su compañero de trabajo desde el 1° de septiembre de 2015 hasta agosto de 2016, que las actividades de él eran como vigilante, daba acceso a la entrada y salida del personal y recibía la correspondencia; señaló que tuvo conocimiento que el señor ROZO SANDOVAL trabajó con anterioridad al año 2015 pero desconoce desde cuando; explicó que la clase de contrato del actor era a término fijo inferior a un año, el salario era un mínimo legal mensual vigente, que se le cancelaron las prestaciones sociales, y también hubo afiliación a seguridad social integral durante la vigencia de los contratos, y que la finalización del vínculo fue por vencimiento del contrato, e indicó que en virtud al derecho de petición que elevó la

empresa a Colpensiones tuvo conocimiento que el actor en la actualidad se encuentra pensionado.

- El testigo WILMER SERRANO AGUILAR, allegado por la parte demandada, y quien ostenta al momento de la diligencia el cargo de jefe de despacho de las busetas, señaló que el actor fue su compañero de trabajo en el año 2005 hasta el 29 de agosto de 2016; explicó que para el año 2005 el demandante se desempeñó como cajero y desconoce hasta que fecha lo fue; que después de ser cajero se desempeñó como vigilante, que la vinculación con la empresa demandada es a través de contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, y son afiliados a seguridad social.

Al respecto, se advierte, que en los documentos anexos con la demanda no se deriva ningún medio de convicción que permita afirmar que el actor ejecutó la labor como vigilante ininterrumpidamente desde el 1° de agosto de 2014 hasta el 31 de mayo de 2017, siendo el único referente un derecho de petición dirigido por el actor a la empresa demandada en el que solicita se le informe las razones por las cuales da por terminado el contrato de trabajo, y le expida copia de los contratos laborales, certificación de los cargos, salarios y tiempo de servicio en cada cargo desempeñado durante 32 años de servicio.

No obstante, en la respuesta a esta petición se detallan los distintos contratos de trabajo a término fijo que suscribió el señor ROZO SANDOVAL con la demandada, desde el 15 de mayo de 1985 en el cargo de cajero auxiliar hasta el 2 de junio de 2014; y posteriormente como vigilante del 1° de agosto de 2014 al 29 de julio de 2015, y del 1° de septiembre de 2015 hasta el 29 de agosto de 2016, la forma de terminación de los mismos y la fecha de las correspondientes liquidaciones en cada uno de estos, con lo cual no se permite inferir que la relación laboral se prolongó más allá de las fechas allí señaladas.

Por otra parte, con los contratos de trabajo a término fijo aportados con la contestación de la demanda, permiten entrever que entre las partes hubo 2 contratos de trabajo a término fijo, con solución de continuidad, entre el 1° de agosto de 2014 al 29 de julio de 2015, y del 1° de septiembre de 2015 al 29 de agosto de 2016, los cuales fueron debidamente preavisados sobre la decisión de no prorrogarlos, y debidamente liquidados.

Sin embargo, desde la demanda se afirma, que estos instrumentos jurídicos fueron suscritos con la intención de disfrazar la realidad sobre el contrato verbal que de manera continua e ininterrumpida se ejecutó desde el 1° de agosto de 2014 hasta el 31 de mayo de 2017, por lo que solicita que en aplicación del principio de primacía de la realidad se declare la unicidad del contrato. Por ende, la Sala procederá a estudiar si efectivamente demostró esta prestación de servicio desde esa época y si los documentos suscritos, sirvieron para encubrir la realidad.

Sobre esta situación, se recepcionaron los testimonios de los señores GUSTAVO ALBERTO GUTIERREZ RUÍZ, JHON ALEXANDER GARCÍA GARCÍA, ETELVINA GARCÍA, y WILMER SERRANO AGUILAR; de su valoración el juez a *quo* concluyó, no se podía desprender suficiente conocimiento sobre los hechos alegados, frente a lo cual estima la Sala que las conclusiones del juez de primera instancia, no son desacertadas, pues de lo declarado por los cuatro testigos citados, en modo alguno se deriva la prestación personal del servicio que habilitan la aplicación de la presunción

prevista en el artículo 24 del CST, en el intervalo de tiempo entre uno y otro contrato, y mucho menos del 29 de agosto de 2016 al 31 de mayo de 2017, como sostiene el actor en la demanda.

En efecto, nótese, que el testigo GUSTAVO ALBERTO GUTIERREZ RUÍZ, quien laboró en la sociedad demandada, si bien, indicó que el señor JOSÉ RAMÓN ROZO SANDOVAL, inicialmente se desempeñó como cajero, y posteriormente en el mes de julio de 2015, lo vio desarrollando la labor de vigilante; observando la Sala que la prestación del servicio que refirió el testigo conocer, se dio dentro del primer contrato de trabajo a término fijo suscrito entre las partes, y no mencionó nada en cuanto a que la labor de vigilante se prolongara en los periodos reclamados por el demandante.

De otra parte, el testigo JHON ALEXANDER GARCÍA GARCÍA, también ex trabajador de la demandada, si bien señaló que la vinculación del señor JOSÉ RAMÓN ROZO SANDOVAL como vigilante, fue hasta el 31 de mayo de 2017 porque ese mismo día el actor le comentó al testigo en el taller que quedaba al lado de la empresa que lo acababan de despedir; debe decirse que ésta circunstancia no logra evidenciar la prestación personal del servicio del demandante en los periodos por él reclamados, únicamente menciona lo que el señor ROZO SANDOVAL le manifestó que ocurrió ese día, sin tener conocimiento directo de ello, ni tampoco que ejecutara la labor en periodos distintos a los contratados.

Por otra parte, los testigos ETELVINA GARCÍA, y WILMER SERRANO AGUILAR, señalaron, que en razón a los cargos que actualmente desarrollan en la sociedad demandada como coordinadora de seguridad y salud en el trabajo, y jefe de despacho de las busetas respectivamente, tuvieron conocimiento que la actividad desarrollada por el señor JOSÉ RAMÓN ROZO SANDOVAL, fue inicialmente como cajero y posteriormente para el año 2014, como vigilante, que la clase de contrato del actor era a término fijo inferior a un año, que con él se suscribieron varios contratos, que su salario era un mínimo legal mensual vigente, que se le cancelaron las prestaciones sociales, y fue afiliado a la seguridad social integral durante la vigencia de los contratos, los cuales finalizaron por vencimiento del periodo pactado.

Al respecto, estima la Sala, que estas declaraciones son coincidentes y concordantes, al identificar al señor JOSÉ RAMÓN ROZO SANDOVAL como cajero inicialmente y desde el año 2014 como vigilante de la empresa demandada; cada uno da su versión desde su perspectiva como empleados de TRANSGUASIMALES, percibiendo directamente la actividad ejecutada y refiriendo que la misma, se desarrolló en virtud de los distintos contratos de trabajo a término fijo suscrito por las partes, lo cual se puede corroborar con los contratos a término fijo adjuntos con la contestación de la demanda y las liquidaciones de los contratos de trabajo obrantes a folios 33 y 39.

Respecto de la libre formación del convencimiento, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en proveído SL1261 de 2021 reitera lo explicado en SL2833 de 2017 sobre que *“los sentenciadores de instancia gozan de la «potestad legal de apreciar libremente la prueba» en los términos previstos en el citado artículo 61 del C.P. del T. y de la S.S., para, con ello, formar su convencimiento con base en el principio de la sana crítica, acerca de los hechos discutidos. Esto, con base en aquellos elementos de prueba que más los induzcan a hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias del juzgador sean lógicas y aceptables, por lo cual quedan abrigadas por la presunción de legalidad. De suerte que los jueces de instancia, conforme a esa*

*potestad legal, pueden válidamente fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que les merezcan mayor persuasión o credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure un yerro”.*

Se debe tener en cuenta, que toda decisión judicial debe estar debidamente fundada a través de la inescindible relación entre los elementos fácticos con el material probatorio que genere la suficiente persuasión de credibilidad para que se configuren y resulten aplicables los presupuestos normativos que persiguen las partes. De manera que, al no estar probada la prestación del servicio de forma continua e ininterrumpida para la empresa demandada, esto es, del 1° de agosto de 2014 al 31 de mayo de 2017, no es posible declarar la existencia de una única relación laboral entre las partes como exige el demandante, pues como se indicó, la documental aportada, así como los testimonios recepcionados, permiten establecer la existencia de dos contratos laborales a término fijo con solución de continuidad y no la unicidad reclamada por el actor.

Finalmente, al no prosperar la declaratoria de contrato de trabajo a término indefinido hasta mayo de 2017, destaca la Sala, que no es posible emitir un pronunciamiento de fondo sobre pretensiones condenatorias como el reintegro por estabilidad laboral reforzada por ostentar la calidad de prepensionado; en primer lugar, por cuanto dicha pretensión se solicita como consecuencia del despido injusto alegado como ocurrido el 31 de mayo de 2017, evento que no fue demostrado por cuanto se declaró la existencia de un contrato a término fijo hasta el 29 de agosto de 2016. Segundo, porque en todo caso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencias como SL12486 de 2017, ha explicado que la garantía del retén social derivado de la Ley 790 de 2002 “*exige como supuestos de hecho la vinculación con una entidad pública del orden nacional*”, no siendo entonces una normativa aplicable a relaciones laborales de índole particular.

Por lo anteriormente expuesto, se confirmará en su totalidad la sentencia consultada que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por la empresa demandada; así mismo por conocer en Grado Jurisdiccional de Consulta no se condenará en costas.

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

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia consultada de fecha 7 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas al conocer en grado jurisdiccional de consulta.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Nidia Belén Quintero G.*

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

*José Andrés Serrano Mendoza*

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

*Elver Naranjo*

**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.

*[Firma]*

---

Secretario



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

Veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Veintiuno (2021)

|                          |                                                |
|--------------------------|------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-001-2019-00164-00                 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.296                                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | GUSTAVO TOLOZA YAÑEZ                           |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COLPENSIONES, PORVENIR S.A y<br>PROTECCIÓN S.A |

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el Señor GUSTAVO TOLOZA YAÑEZ contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2019-00164-00, y Radicación interna N° 19.296 de este Tribunal Superior, para resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y conocer en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la Sentencia del 15 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

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

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que el actor nació el 29 de octubre de 1956, y en la actualidad cuenta con 64 años de edad, que el actor ha laborado y cotizado al sistema de la seguridad social en pensiones desde el 1° de junio de 1982 al 2 de septiembre de 1987 con el empleador, la Alcaldía de Cúcuta, cotizando aportes a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL MUNICIPAL, y del 3 de septiembre de 1985 al mes de enero de 1995, con el empleador el INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS INAT hoy en LIQUIDACIÓN cotizando aportes a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL.

Que posteriormente el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual desde el 19 de julio año 1996 a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., luego se trasladó al Fondo de Pensiones COLPATRIA el 16 de septiembre de 1997 y al Fondo de Pensiones HORIZONTE el 28 de noviembre de 2003 y ahora se encuentra en el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. teniendo en cuenta que ahora HORIZONTE es PORVENIR S.A. y el traslado se dio automáticamente.

Que, luego de una charla rápida donde no se le brindó suficiente información de lo que implicaban el cambio de régimen; que el 7 de marzo de 2019, por parte de PORVENIR S.A recibió una proyección de su mesada pensional, la cual resultó muy inferior a la que pudiera recibir en Colpensiones en el régimen de prima media; Que el actor tiene un total de 1.713 semanas cotizadas en donde puede obtener una tasa de remplazo mayor a la proyectada por el fondo, esto es, mayor al 63%.

Admitida la demanda el 17 de mayo de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta y notificada a la demandada COLPENSIONES se opone a las pretensiones alegando que en el entendido que el demandante, se trasladó de manera voluntaria libre y espontánea del RPMD al RAIS, razón por la cual tiene plena validez, y el traslado de los aportes al régimen en mención, dependen de la decisión favorable que previamente obtenga la parte actora respecto de la declaratoria de nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, además porque se encuentra incurso en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 por faltarle menos de 10 años para pensionarse. Propone como excepciones INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, GENÉRICA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS, JUICIO DE PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN.

Por su parte AFP PORVENIR también manifestó oponerse a la totalidad de las pretensiones, afirmando que Protección S.A. fue la AFP que generó el traslado al régimen de ahorro individual; señaló además que no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y de acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial; agregó también, que se debe remitir al artículo 1746 del CC que contiene los efectos de la declaración de nulidad, donde se expresa que la declaratoria de nulidad da derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; y en el caso de las restituciones mutuas que hayan de hacerse, “será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses o los frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes”.

Así mismo, indicó que debe tenerse en cuenta la Sentencia SU-062/2010 donde se expresa que cuando se ordena el traslado de regímenes, debe existir equivalencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media y de existir diferencia debe ser asumida por el afiliado, no por la AFP.

La AFP PROTECCIÓN, manifestó oponerse a la totalidad de las pretensiones, afirmando que previo a realizar cualquier tipo de afiliación de los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría acompañada 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 la tranquilidad y confianza en la afiliación. Propone como excepción INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, e IMPROCEDENCIA DE DEVOLVER LAS COMISIONES DE ADMINISTRACIÓN, SEGURO PREVISIONAL e INNOMINADA.

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

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

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 15 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**“PRIMERO: DECRETAR** LA NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL QUE EL DEMANDANTE HIZO A LA AFP PROTECCIÓN, Y POSTERIORMENTE PORVENIR S.A EN EL AÑO 1995 CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN.

**SEGUNDO: CONDENAR** A LA AFP PORVENIR S.A. Y AFP PROTECCION S.A., A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES QUE HUBIEREN RECIBIDO CON MOTIVO DE LA AFILIACION DEL DEMANDANTE, COMO COTIZACIONES, BONOS PENSIONALES, SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA CON TODOS SUS FRUTOS E INTERESES COMO LO DISPONE EL ART. 1746 C.C., ESTO ES CON LOS RENDIMIENTOS QUE SE HUBIEREN CAUSADO, EN VIRTUD DEL REGRESO AUTOMATICO AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA ADMINISTRADA POR COLPENSIONES.

**TERCERO: ORDENAR** A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES QUE UNA VEZ LA AFP PORVENIR S.A Y AFP PROTECCION S.A DE CUMPLIMIENTO A LO AQUI ORDENADO PROCEDA A ACEPTAR EL TRASLADO DEL DEMANDANTE DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA.

**CUARTO: CONDENAR** A LA AFP PORVENIR Y AFP PROTECCION S.A., ASUMIR A SU CARGO LOS DETERIOROS SUFRIDOS POR EL BIEN ADMINISTRADO, EN CASO DE QUE SE HUBIESEN CAUSADO, ESTO ES, LAS MERMAS SUFRIDAS EN EL CAPITAL DESTINADO A LA FINANCIACION DE LA PENSION DE VEJEZ, POR LOS GASTOS DE ADMINISTRACION EN QUE HUBIEREN INCURRIDO, LOS CUALES SERAN ASUMIDOS DE SU PROPIO PATRIMONIO SIGUIENDO LAS REGLAS DEL ART. 963 C.C. TODO CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN A LA SENTENCIA.

**QUINTO: DECLARAR** NO PROSPERAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS.

**SEXTO: COSTAS** A CARGO DE LAS PARTES DEMANDADAS Y VENCIDAS EN JUICIO.”

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

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

- Que el problema jurídico se centra en determinar si surtió efectos el traslado realizado por el actor del régimen de prima media a PORTECCIÓN S.A. en el año 1995, y posteriormente la efectuada a PORVENIR S.A el 16 de septiembre de 1997, y si hay lugar a ordenar la nulidad e ineficacia del traslado realizado por el demandante del RPMD al RAIS por vicios en el consentimiento, y si debe PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que hubiere recibido con motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, frutos, intereses y rendimientos causados, y una vez Colpensiones reciba estos dineros sean reflejados en el reporte de semanas cotizadas teniendo el IBL y el periodo en el cual estuvo afiliado a PORTECCIÓN S.A.

- Que está demostrado al plenario lo correspondiente a la historia pensional del actor, que tiene en los fondos un total de 1713 semanas; que se afilió al Fondo de Pensiones Protección S.A el 19 de julio de 1996, a Colpatria el 16 de septiembre de 1997, en Horizonte el 28 de noviembre de 2003, peticiones solicitando información a las demandadas con sus respectivas respuestas y los demandados aportaron su respectiva historia documental con la demandante.

- Que el demandante en su interrogatorio fue claro al indicar que ante la liquidación de las entidades donde inicialmente laboró fueron trasladados a la ciudad de Bogotá y los trabajadores que fueron enganchados en las nuevas entidades que sustituyeron a las anteriores donde ellos venían trabajando, y allí los afiliaron al RAIS sin ninguna explicación de las consecuencias del traslado. Por lo que no está acreditado más que los formularios de afiliación y no obra ninguna prueba sobre que se le hubiera informado debidamente las ventajas y consecuencias al momento de trasladarse de régimen pensional.

- Para resolver esto hace referencia a la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso 2015-0062, demandante Maritza Galviz Arámbula, contra AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, el cual, fue negado por el despacho, no obstante, segunda instancia revocó en su totalidad la decisión, caso que es idéntico y en el cual concluyó el Tribunal con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al desatar dos problemas jurídicos que planteo en consideraciones, 1) si era procedente declarar nulidad de traslado de RPM al RAIS realizado por la demandante en su época y 2) si era viable y si puede promoverse en cualquier tiempo.

- Indica que esta sentencia hace referencia al artículo 97 de la Ley 100 de 1993, artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, además apartes de la Sentencia de rad. 46.292 de la Corte Suprema, Sala Laboral a propósito de la carga de la prueba de las AFP sobre el deber de información al afiliado.

- Concluye entonces que como el afiliado tiene derecho a una información clara y fidedigna sobre la decisión de trasladarse de régimen, en el caso en concreto hay total ausencia de una prueba que permita establecer el cumplimiento del suministró de una veraz, completa y cierta información dada al momento del traslado al RAIS por parte de los fondos PROTECCIÓN y PORVENIR S.A y quien solo aportó el formulario, no obrando prueba de otra información en cumplimiento de su deber; por lo que encuentra procedente declarar la nulidad del traslado acogiendo todos los lineamientos tenidos en cuenta por el superior y el Ministerio Público.

- Condena a la A.F.P. PORVENIR S.A. Y AFP. PROTECCIÓN, a la devolución de todos los valores incluyendo rendimientos y descuentos efectuados por gastos de administración, y seguros previsionales, asumiendo cualquier merma sufrida por el fondo pensional del afiliado. Agrega que no hay lugar a la prescripción, porque jurisprudencialmente se ha señalado que esta pretensión es exigible en cualquier tiempo.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada COLPENSIONES**

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

- Que no era procedente acceder a la ineficacia del traslado, porque el demandante ya se encuentra en el límite de 10 años anteriores a la edad de pensión, por lo que está incurso en la prohibición legal para traslado entre regímenes desde inclusive la presentación de la demanda.

- Que a la fecha de traslado, el demandante estaba en plena facultad para trasladarse libre y voluntariamente entre regímenes pensionales, sin que COLPENSIONES interviniera en momento alguno para la elección que realizó el demandante al estimar inicialmente que le era más favorable elegir un régimen de ahorro individual.

- Que la Corte Constitucional en sentencia T-1024 de 2004, donde se resalta que el límite legal para trasladarse entre regímenes es razonable y admisible para el fin perseguido, que es evitar la descapitalización del régimen de prima media.

- Que debe tenerse en cuenta la excepción de prescripción, por haber transcurrido más de 3 años desde el traslado y no está conforme con las costas pues la entidad ha actuado siempre de buena fe y con la conciencia de haber cumplido con su deber.

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

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

- Que se opone a la condena elevada en su contra, alegando que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual ocurrió para el año 1995, que el actor inicialmente se afilió a PORTECCIÓN, y en la sentencia se declara nulo el traslado realizado por PORTECCIÓN por lo tanto considera que es dicho fondo quien debe ser condenado a asumir con su propio patrimonio y restituir las mermas que se hallan realizado al patrimonio pensional por concepto de gastos de administración, seguro previsional, y comisiones de administración debido a que el Fondo PORVENIR no intervino en el traslado realizado de prima media al RAIS.

- Que el traslado realizado por PROTECCIÓN S.A en el año 1995 como por PORVENIR S.A en el año 2003 a través del fondo de pensiones HORIZONTE, se hizo bajo las normas vigentes en lo relativo al traslado de régimen para la época, las cuales, establecían simplemente un deber de información de carácter general, el cual cumplió Porvenir, ya que brindó una

debida asesoría de manera verbal y como constancia de ello se dejó un formulario de traslado suscrito por la demandante, por lo que ahora no se le puede exigir cargas adicionales de carácter probatoria como las que se anuncian en la jurisprudencia de la Corte a partir del año 2008 en adelante.

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

### **3.3 De la parte demandada PROTECCIÓN**

El apoderado de PROTECCIÓN interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Explica que el afiliado de manera libre, y voluntaria se trasladó de Protección a Porvenir quien tomo el manejo de los aportes; que cuando el actor se trasladó de Protección a Porvenir, remitió los aportes y rendimientos recibidos, de modos que no es posible que a Protección se le quiera cargar la devolución de todos los aportes por gastos de administración y pago de seguro previsional cuando cada fondo los utilizó para las operaciones financieras.

- Considera que no es procedente ordenar la devolución íntegra de todos los dineros incluyendo gastos de administración y seguros, que fueron cobrados por disposición legal para el funcionamiento de la actividad de aseguradora, no siendo dable devolverlos pues se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado la administradora y son conceptos que no es dable restituir, pues desconoce el régimen de restituciones mutuas con frutos e intereses y desmejoras.

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

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

## **5. ALEGATOS**

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

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

- **PARTE DEMANDADA:**

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

particulares de cada asunto como la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, que para el caso de la demandante supera los 10 años.

El apoderado de **PORVENIR**, indicó que informó a sus afiliados sobre las características del régimen de ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen, realizando campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas, pero el demandante no hizo uso de ese legítimo derecho por lo que nadie puede alegar su propia torpeza.

Respecto a la condena de restituir con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A., los gastos de administración descontados durante el tiempo que permaneció en el fondo, al igual que los frutos o rentabilidades generadas por el capital pensional, señaló que no comparte esta condena, pues el artículo 964 del CC, inciso final, establece que toda restitución de frutos se abonará al que hace los gastos ordinarios que ha invertido en producir los frutos y en el presente caso los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital.

Además, señaló que el artículo 20 de la ley 797 de 2003 establece que el 3% de la cotización realizada al Sistema General de Pensiones se destinará a financiar los gastos de administración, por lo que ordenar devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por gastos de administración, por el periodo en que el actor permaneció afiliado a la administradora, resulta inequitativo con el Fondo, toda vez que lo despoja de unas sumas causadas por su actividad administradora durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado al fondo, tales como la remisión de extractos, la disposición de canales de atención de los afiliados, la inversión de los recursos, cuya diligencia es precisamente el origen de los rendimientos de sus aportes generados en ese espacio de tiempo.

Que aunado a lo anterior, las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato, pues a través de dicho acto, se confía en la sociedad administradora de pensiones, la administración de los aportes realizados por el afiliado a cambio de garantizar entre otras cosas, una rentabilidad mínima sobre los aportes efectuados.

En conclusión, considera que la administradora de pensiones del RAIS no tiene la obligación jurídica de tener que restituir con sus propios recursos los gastos de administración, toda vez que por imperio de la Ley, esta es una obligación que tanto en el RAIS como en el RPM se ha impuesto al afiliado, y que como quedo visto en el párrafo anterior, al realizarse el traslado, la administradora de pensiones del RPM, tampoco puede descontar por no haber administrado dichos recursos durante el termino en que el ciudadano estuvo afiliado al RAIS. En consecuencia, como quiera que la administradora de pensiones del RPM no puede beneficiarse de los gastos de administración restituidos por la administradora del RAIS, el sistema general de pensiones se estaría enriqueciendo sin causa jurídica valida por el aprovechamiento de dichos recursos.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad e ineficacia del traslado del señor LUIS GUSTAVO TOLOZA YAÑEZ del régimen de prima media hacia el régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. y A.F.P. PROTECCIÓN? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y a que entidad le corresponde.

## **8. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor LUIS GUSTAVO TOLOZA YAÑEZ, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. y posteriormente PPORVENIR, y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia porque no se evidencia que las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. hubieran demostrado que al momento del traslado se cumpliera con el deber de información suficiente y adecuada sobre las consecuencias de la decisión según los actuales lineamientos jurisprudencial, y dicha omisión genera la ineficacia del traslado, debiendo restituirse íntegramente el valor del saldo de la cuenta al régimen de prima media, incluyendo los gastos de administración y rendimientos. Oponiéndose a esta conclusión las demandadas, señalando COLPENSIONES que la actora excede el límite legal y su traslado cumplió los requisitos legales, PORVENIR que no intervino en el momento del traslado ineficaz, y PROTECCIÓN que cuando el actor se trasladó de Protección a Porvenir, remitió los aportes y rendimientos recibidos a Porvenir, de modos que no es posible que a Protección se le quiera cargar la devolución de todos los aportes por gastos de administración y pago de seguro previsional cuando cada fondo los utilizó para las operaciones financieras .

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber para que de esa decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la

Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

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

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

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

*objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.*

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

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

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.*

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

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de*

*generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” y por lo tanto “si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”, máxime cuando el deber de información “es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.*

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PORTECCIÓN S.A y posteriormente a PORVENIR S.A; pues argumenta el demandante que suscribió el formulario sin tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de esa decisión generando una decisión aparentemente libre y voluntaria pero viciada por su insuficiente conocimiento, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado a la entonces CAJA DE PREVISIÓN NACIONAL - CAJANAL para enero de 1995, y mediante formulario de vinculación o traslado No. 34748 suscrito el 19 de julio de 1996 se afilió a A.F.P. PORTECCIÓN S.A, apreciando en el recuadro del documento junto a la firma del demandante, la manifestación preinsertada a cada formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia. Además, si bien no obra prueba del formulario de traslado a PORVENIR S.A, sí existe prueba del formulario de traslado en el que se desprende que el 28 de noviembre de 2003 se traslado a HORIZONTE S.A que se convirtió en PORVENIR S.A por lo que el traslado se dio automáticamente.

No obrando otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor LUIS GUSTAVO TOLOZA YAÑEZ no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 19 de julio de 1996, y el 28 de noviembre de 2003 respectivamente, se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales.

Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

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

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

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

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

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

Así mismo, conviene también precisar que, si bien es cierto, en su momento, el actor se encontraba en el RPM afiliado a CAJANAL, no resulta viable determinar que con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliado en dicha entidad.

Lo anterior, dado que según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”* el Congreso de Colombia creó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del RPM y a su vez, estableció que dicha entidad, asumiría los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al RPM, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de CAJANAL, CAPRECOM y el ISS en lo que a pensiones se refiere.

En esa línea, CAJANAL fue liquidada por parte del Gobierno Nacional, en virtud del Decreto 2196 de 2009 *“por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”* el cual además, ordenó en el artículo 4, que el traslado de afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, debería adelantarse a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.

Más adelante, mediante a través del Decreto 2013 de 2012 *“Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”* se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPM, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156 de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPM respecto de las cuales se hubiese decretado o se decreta su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.”*

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor. Se ha concluido que PORTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. incumplieron con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de julio de 1996 y en noviembre de 2003, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen

que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

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

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

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

Siguiendo este precedente, es posible establecer que no le asiste razón al apelante AFP PROTECCIÓN al reclamar que es AFP PORVENIR quien debe asumir todos los gastos de administración por ser el receptor de todos los aportes afiliado; pues, como señala la Corte, la declaratoria de ineficacia debe ser asumida por todas las entidades del régimen de ahorro individual en que estuvo vinculada la actora pues deben garantizar la integralidad del capital a reingresar en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos períodos de afiliación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada incumplió su deber de información, hecho que genera consecuencias y efectos jurídicos, que han sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

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

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

*ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

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

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a las AFP demandadas, les asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz, por lo cual, indistinto de lo afirmado por la apoderada de PROTECCIÓN S.A. referente a que ya cumplieron con todas sus obligaciones al trasladar los aportes a PORVENIR S.A, es claro para esta Sala de Decisión, a partir de lo expuesto, que el A quo, no podía adoptar una decisión diferente en este sentido, dado que, la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación. Si bien actualmente la cuenta de ahorros del actor en PROTECCIÓN no tiene recursos, esto se explica en que los gastos de administración y demás descuentos precisamente salieron de allí por la naturaleza de la vinculación declarada ineficaz y deben ser cubiertos con los recursos de la administradora, por virtud de la misma decisión.

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1996 en esa entidad.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio y si bien COLPENSIONES no determinó en 1996 el traslado del actor al régimen, que era la controversia por resolver, sí se opuso a la prosperidad de las pretensiones y ejerció su actividad procesal contra las mismas, por lo que resulta ser vencida en este asunto y contra ella procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 15 de marzo de 2021. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho

a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 por cada una.

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

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha del 15 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

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

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

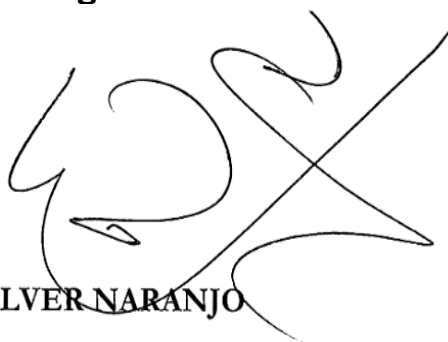
### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



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



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



**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Veintiuno (2021)

|                          |                                      |
|--------------------------|--------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>             |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-001-2020-00008-00       |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.292                               |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | LUCY GÓMEZ MINA                      |
| <b>DEMANDADO:</b>        | PROTECCIÓN, COLFONDOS Y COLPENSIONES |

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUCY GÓMEZ MINA contra PROTECCIÓN, COLFONDOS y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2020-00008-00, y Radicación interna N° 19.292 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y del grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia del 5 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

La señora LUCY GÓMEZ MINA interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, A.F.P. PROTECCIÓN y A.F.P. COLFONDOS para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad realizado el 29 de febrero de 1996, por indebida información para convencerla de trasladarse, así como de los traslados subsiguientes entre administradoras del régimen, ordenando realizar las gestiones para devolver la totalidad de dineros de su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, con la respectiva actualización de la historia laboral; de manera subsidiaria que se disponga la reparación de perjuicios, ordenando a la AFP reconocer la pensión en los términos que hubiera correspondido de estar afiliado en COLPENSIONES.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que nació el 15 de marzo de 1960, cumpliendo la edad para pensionarse en el año 2017; que estaba afiliada al régimen de prima media donde cotizó un total de 733 semanas por diferentes empleadores, suscribiendo el 29 de febrero de 1996 traslado a COLFONDOS, en una decisión aparentemente libre y voluntaria pero sin la suficiente ilustración para configurar consentimiento; que la

jurisprudencia ha señalado que este deber da lugar a vicio en el consentimiento. Que con posterioridad cotizó más de 1823 semanas entre los dos regímenes y no se le informó de la oportunidad límite para retornar al régimen de prima media, existiendo una diferencia pues de permanecer en el RAIS su mesada equivaldría a \$1.110.620 y en cambio la del RPM correspondería a \$4.275.510.

La demandada COLPENSIONES, sobre las pretensiones de la demanda afirma atenerse a las resultas del proceso, pues el traslado del actor al RAIS mantiene plena validez y el traslado de aportes depende de demostrar los supuestos de la nulidad, indicando que la actora se encuentra incurso en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 por faltarle menos de 10 años para pensionarse. Propone como excepciones INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, GENÉRICA, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS, JUICIO DE PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN.

A.F.P. COLFONDOS manifestó que no se opone a las pretensiones invocadas, aclarando que no se opone a las pretensiones en cuanto a que se declare la ineficacia y retorno del RPM, aclarando que ya dicha entidad trasladó todos los aportes de la cuenta del actor a PROTECCIÓN; acepta los hechos que corresponden a fechas de nacimiento y traslados, aclarando que la decisión fue tomada sin coacción y de manera libre e informada. Propone como excepciones CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES, FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, BUENA FE, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE DEVOLVER SEGURO PREVISIONAL e INNOMINADA.

A.F.P. PROTECCIÓN se opone a las pretensiones alegando que solo puede reconocer prestaciones que cumplan con los requisitos legales, que sus afiliaciones siempre se anteceden de una asesoría profesional y transparente, encontrándose en el límite para proceder traslado entre regímenes; advierte que la ignorancia de la ley no es excusa para no cumplirla. Propone como excepciones INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN DE DEVOLVER DESCUENTOS DE COMISIONES Y SEGURO PREVISIONAL, y GENÉRICA.

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

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

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 5 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO: DECRETAR** LA NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL QUE LA DEMANDANTE LA SEÑORA LUCY GOMEZ MINA HIZO A LA AFP COLFONDOS, EL DIA 29 DE FEBRERO DE 1996 Y CON POSTERIODAD EL QUE EFECTUO ANTE PROTECCION S.A. CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN.

**SEGUNDO: CONDENAR** A LA AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PROTECCION S.A., A DEVOLVER AL SISTEMA TODOS LOS VALORES QUE HUBIEREN RECIBIDO CON MOTIVO DE LA AFILIACION DE LA DEMANDANTE, COMO COTIZACIONES,

BONOS PENSIONALES, SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA CON TODOS SUS FRUTOS E INTERESES COMO LO DISPONE EL ART. 1746 C.C., ESTO ES CON LOS RENDIMIENTOS QUE SE HUBIEREN CAUSADO, EN VIRTUD DEL REGRESO AUTOMATICO AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA ADMINISTRADA POR COLPENSIONES.

**TERCERO: ORDENAR** A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES QUE UNA VEZ LA AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PROTECCION S.A DE CUMPLIMIENTO A LO AQUÍ ORDENADO PROCEDA A ACEPTAR EL TRASLADO DE LA SEÑORA LUCY GOMEZ MINA DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA.

**CUARTO: CONDENAR** A LA AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PROTECCION S.A., ASUMIR A SU CARGO LOS DETERIOROS SUFRIDOS POR EL BIEN ADMINISTRADO, EN CASO DE QUE SE HUBIESEN CAUSADO, ESTO ES, LAS MERMAS SUFRIDAS EN EL CAPITAL DESTINADO A LA FINANCIACION DE LA PENSION DE VEJEZ, POR LOS GASTOS DE ADMINISTRACION EN QUE HUBIEREN INCURRIDO, LOS CUALES SERAN ASUMIDOS DE SU PROPIO PATRIMONIO SIGUIENDO LAS REGLAS DEL ART. 963 C.C. TODO CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN A LA SENTENCIA.

**QUINTO: DECLARAR** NO PROSPERAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS.

**SEXTO: COSTAS** A CARGO DE LAS PARTES DEMANDADAS Y VENCIDAS EN JUICIO.

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

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

- Que el problema jurídico se centra en determinar si surtió efectos el traslado realizado por la actora del régimen de prima media a COLFONDOS en el año 1996 y en 2001 a PROTECCIÓN, y si hay lugar a ordenar el traslado de los aportes obrantes en el régimen de ahorro individual a COLPENSIONES, por alegarse la existencia de vicios del consentimiento; a lo que se oponen las demandadas alegando que el traslado cumplió los requisitos legales vigentes a la fecha y surtió plenos efectos al no haber existido vicio alguno.

- Que está demostrado al plenario lo correspondiente a la historia pensional de la actora, que tiene un bono pensional por 733.57 semanas y en otros fondos 898.71 y en Protección 191.29, para un total de 1823 semanas; evidenciándose la solicitud de traslado a COLFONDOS, peticiones solicitando información a las demandadas con sus respectivas respuestas y los demandados aportaron su respectiva historia documental con la demandante.

- Que la demandante en su interrogatorio fue clara al indicar que al extinguirse CAJANAL, los asesores de COLFONDOS les indicaron que debían trasladarse o perderían la pensión y que ellos inclusive le llenaron el formulario, siendo después igualmente trasladada a PROTECCIÓN alegándole los asesores que ya COLFONDOS no tenía oficina en Cúcuta y debía trasladarse. Por lo que no está acreditado más que los formularios de afiliación y no obra ninguna prueba sobre que se le hubiera informado

debidamente las ventajas y consecuencias al momento de trasladarse de régimen pensional.

- Para resolver esto hace referencia a la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso 2015-0062, demandante Maritza Galaviz Arámbula, contra AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, el cual, fue negado por el despacho, no obstante, segunda instancia revocó en su totalidad la decisión, caso que es idéntico y en el cual concluyó el Tribunal con fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al desatar dos problemas jurídicos que planteo en consideraciones, 1) si era procedente declarar nulidad de traslado de RPM al RAIS realizado por la demandante en su época y 2) si era viable y si puede promoverse en cualquier tiempo.

- Indica que esta sentencia hace referencia al artículo 97 de la Ley 100 de 1993, artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, además a apartes de la Sentencia de rad. 46.292 de la Corte Suprema, Sala Laboral a propósito de la carga de la prueba de las AFP sobre deber de información al afiliado; en igual sentido se pronunció el Ministerio Público en su intervención, donde se expuso el deber que recaía en las administradoras de pensiones. Resaltando que el primer fondo receptor, COLFONDOS, se allanó a la pretensión de ineficacia y no demostró en manera alguna la información suministrada a la actora al momento del traslado.

- Concluye entonces que como el afiliado tiene derecho a una información clara y fidedigna sobre la decisión de trasladarse de régimen, en el caso en concreto hay total ausencia de una prueba que permita establecer el cumplimiento del suministró de una veraz, completa y cierta información dada al momento del traslado al RAIS por parte del fondo y quien solo aportó el formulario, no obrando prueba de otra información en cumplimiento de su deber; por lo que encuentra procedente declarar la nulidad del traslado acogiendo todos los lineamientos tenidos en cuenta por el superior y el Ministerio Público.

- Condena a la A.F.P. PROTECCIÓN, y en lo que le corresponda al período que duró afiliada a COLFONDOS, a la devolución de todos los valores incluyendo rendimientos y descuentos efectuados por gastos de administración, y seguros previsionales, asumiendo cualquier merma sufrida por el fondo pensional del afiliado. Agrega que no hay lugar a la prescripción, porque jurisprudencialmente se ha señalado que esta pretensión es exigible en cualquier tiempo.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada COLPENSIONES**

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

- Que no era procedente acceder a la ineficacia del traslado, porque la demandante ya se encuentra en el límite de 10 años anteriores a la edad de pensión, por lo que está incurso en la prohibición legal para traslado entre regímenes desde inclusive la presentación de la demanda.

- Que a la fecha de traslado, la demandante estaba en plena facultad para trasladarse libre y voluntariamente entre regímenes pensionales, sin que COLPENSIONES interviniera en momento alguno para la elección que realizó la demandante al estimar inicialmente que le era más favorable elegir un régimen de ahorro individual.

- Que la Corte Constitucional en sentencia T-1024 de 2004, donde se resalta que el límite legal para trasladarse entre regímenes es razonable y admisible para el fin perseguido, que es evitar la descapitalización del régimen de prima media.

- Que debe tenerse en cuenta la excepción de prescripción, por haber transcurrido más de 3 años desde el traslado y no está conforme con las costas pues la entidad ha actuado siempre de buena fe y con la conciencia de haber cumplido con su deber.

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

La apoderada de la demandada COLFONDOS presenta recurso de apelación contra los numerales 2 y 4 de la sentencia, sustentado en que dicha entidad ya cumplió con la totalidad de las obligaciones adquiridas cuando estuvo afiliada la actora; por lo que debe revocarse la condena impuesta, ya que la entidad no se opuso a la declaratoria de ineficacia y la orden de devolver los gastos de administración y descuentos efectuados, dado que son resultado de la actividad de las administradoras privadas y tener respaldo normativo, siendo destinados a cubrir particularidades propias del régimen y cumplieron su objetivo en el momento que duró la afiliación. Que entonces no es posible afirmar que existiera una merma o disminución indebida en el capital pensional de la actora, existiendo actualmente cero pesos en la cuenta de ahorro de la actora al haberse trasladado íntegramente a PROTECCIÓN.

### **3.3 De la parte demandada PROTECCIÓN**

El apoderado de PROTECCIÓN interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Explica que el actor inicialmente se afilió a COLFONDOS, por lo que no tuvo intervención alguna en ese trámite por ser una entidad diferente y posteriormente hubo un traslado entre administradoras del mismo régimen, que cumplió con los parámetros legales.

- Considera que no es procedente ordenar la devolución íntegra de todos los dineros incluyendo gastos de administración y seguros, que fueron cobrados por disposición legal para el funcionamiento de la actividad de aseguradora, no siendo dable devolverlos pues se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado la administradora y son conceptos que no es dable restituir, pues desconoce el régimen de restituciones mutuas.

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

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

## **5. ALEGATOS**

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

### **•PARTE DEMANDANTE:**

La apoderada de la parte actora solicita se confirme lo resuelto en primera instancia, por cuanto el traslado de régimen en apariencia libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad. Que para el momento del traslado no recibió la información necesaria, ni pertinente, para efectuar el traslado del régimen y se ha determinado por la jurisprudencia que esta es fundamental para validar el acto de traslado. Que esta falta de información no se subsana con el formulario de afiliación, sin que para acceder sea necesario tener un derecho consolidado, estar en régimen de transición o probar el vicio, porque la carga de la prueba está a cargo de la A.F.P.

### **•PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de COLFONDOS S.A. se ratifica en lo expuesto desde la contestación, que la entidad brindó una asesoría completa, clara y detallada, motivo por el cual, la aquí accionante decidió de manera libre y voluntaria afiliarse para el año 1996 conforme a las normas aplicables. Que no se opone a la declaratoria de ineficacia y se invoca el allanamiento a las pretensiones, así como la buena fe en todas sus actuaciones, para que se evalúe la condena en costas. Que debe evaluarse lo correspondiente a las restituciones mutuas, debido a que los descuentos efectuados tienen respaldo legal y cumplieron su cometido al generar rendimientos.

El apoderado de PROTECCIÓN expuso que la Ley 100 de 1993 consagró dos regímenes pensionales diferentes, reglamentando sus especificidades y diferencias por lo que la ignorancia de la ley no puede servir como excusa para incumplirla; que cuando se realizó el traslado de RPM al RAIS no existían los requisitos que ahora la jurisprudencia exige y solo se estableció el formulario como prueba solemne de la libre voluntad. Que en todo caso hay inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, dado que es un descuento de causa legal y cuyos efectos se pueden evidenciar en el resultado de rendimientos financieros de la cuenta, generándose la respectiva contraprestación como exige el artículo 1746 del código civil. Que de mantenerse esta condena se estaría generando un enriquecimiento sin causa en detrimento de PROTECCIÓN, privilegiando de manera injustificada a una de las partes y omitiendo dar lugar a las restituciones mutuas; lo que también sucede con el descuento por seguro previsional.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora LUCY GÓMEZ MINA del régimen de prima media a la administradora hacia el régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A. y A.F.P. PROTECCIÓN? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y demás conceptos ordenados.

## **8. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora LUCY GÓMEZ MINA, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. y posteriormente PROTECCIÓN, y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia porque no se evidencia que la demandada PORVENIR S.A. hubiera demostrado que al momento del traslado se cumpliera con el deber de información suficiente y adecuada sobre las consecuencias de la decisión según los actuales lineamientos jurisprudencial, y dicha omisión genera la ineficacia del traslado, debiendo restituirse íntegramente el valor del saldo de la cuenta al régimen de prima media, incluyendo los gastos de administración y rendimientos. Oponiéndose a esta conclusión las demandadas, señalando COLPENSIONES que la actora excede el límite legal y su traslado cumplió los requisitos legales y PROTECCIÓN que no intervino en el momento del traslado ineficaz, pero en todo caso como COLFONDOS se opone a la condena para devolver íntegramente los conceptos de gastos de administración y demás descuentos legales.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

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

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

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

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

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

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

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

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la*

*lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”,* indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. COLFONDOS; pues argumenta el demandante que suscribió el formulario sin tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de esa decisión generando una decisión aparentemente libre y voluntaria pero viciada por su insuficiente conocimiento, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliada a la entonces CAJA DE PREVISIÓN NACIONAL - CAJANAL para 1996, donde alcanzó a cotizar 733 semanas como trabajadora y mediante formulario de vinculación o traslado No. 235442 suscrito el 29 de febrero de 1996 se afilió a A.F.P. COLFONDOS, apreciando en el recuadro del documento junto a la firma del demandante, la manifestación preinsertada a cada formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia. Además, si bien no obra prueba del formulario de traslado a PROTECCIÓN, sí existe constancia en su historial de vinculaciones que en septiembre de 2014 ejerció traslado a A.F.P. PROTECCIÓN.

No obrando otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, la señora GÓMEZ MINA no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si COLFONDOS S.A. brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 29 de febrero de 1996 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

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

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

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

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

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

Así mismo, conviene también precisar que, si bien es cierto, en su momento, la actora se encontraba en el RPM afiliada a CAJANAL, no resulta viable determinar que con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliado en dicha entidad.

Lo anterior, dado que según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”* el Congreso de Colombia creó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del RPM y a su vez, estableció que dicha entidad, asumiría los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al RPM, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de CAJANAL, CAPRECOM y el ISS en lo que a pensiones se refiere.

En esa línea, CAJANAL fue liquidada por parte del Gobierno Nacional, en virtud del Decreto 2196 de 2009 *“por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”* el cual además, ordenó en el artículo 4, que el traslado de afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, debería adelantarse a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.

Más adelante, mediante a través del Decreto 2013 de 2012 *“Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”* se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPM, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156 de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPM respecto de las cuales se hubiese decretado o se decreta su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.”*

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor. Se ha concluido 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 abril de 1994, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, COLFONDOS S.A. deberá

devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

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

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que COLFONDOS S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo*

1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar **los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**”

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

Siguiendo este precedente, es posible establecer que no le asiste razón al apelante AFP COLFONDOS al reclamar que es AFP PROTECCIÓN quien debe asumir todos los gastos de administración por ser el receptor de todos los aportes afiliado; pues, como señala la Corte, la declaratoria de ineficacia debe ser asumida por todas las entidades del régimen de ahorro individual en que estuvo vinculada la actora pues deben garantizar la integralidad del capital a reingresar en el régimen de prima media para evitarle pérdidas o consecuencias desfavorables al afiliado, en sus respectivos períodos de afiliación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, la demandada incumplió su deber de información, hecho que genera consecuencias y efectos jurídicos, que han sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

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

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

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y***

***comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)."***

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, a las AFP demandadas, les asiste la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación, fue ineficaz, por lo cual, indistinto de lo afirmado por la apoderada de COLFONDOS S.A. referente a que ya cumplieron con todas sus obligaciones al trasladar los aportes a PROTECCIÓN, es claro para esta Sala de Decisión, a partir de lo expuesto, que el A quo, no podía adoptar una decisión diferente en este sentido, dado que, la ineficacia del traslado, genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación. Si bien actualmente la cuenta de ahorros de la actora en COLFONDOS no tiene recursos, esto se explica en que los gastos de administración y demás descuentos precisamente salieron de allí por la naturaleza de la vinculación declarada ineficaz y deben ser cubiertos con los recursos de la administradora, por virtud de la misma decisión.

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1996 en esa entidad.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio y si bien COLPENSIONES no determinó en 1996 el traslado de la actora al régimen, que era la controversia por resolver, sí se opuso a la prosperidad de las pretensiones y ejerció su actividad procesal contra las mismas, por lo que resulta ser vencida en este asunto y contra ella procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 5 de marzo de 2021. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 por cada una.

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

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha del 5 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

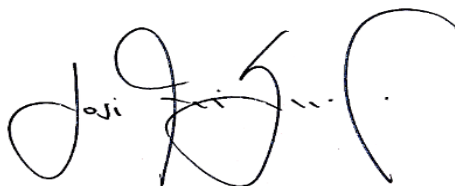
**SEGUNDO:** CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada. Fijar como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$250.000, a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



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



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



**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>EJECUTIVO LABORAL</b>       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-002-2016-00171-01 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.244                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | PORVENIR S.A.                  |
| <b>DEMANDADO:</b>        | CARBOEXCO LTDA.                |

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

Procede la Sala, dentro del proceso EJECUTIVO promovido por PORVENIR S.A. contra CARBOEXCO LTDA., radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2016-00171-00, y Radicación Interna No. **19.244** de este Tribunal Superior, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del auto del 18 de febrero de 2021, que resolvió las excepciones propuestas y ordenó seguir adelante la ejecución, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

La A.F.P. PORVENIR S.A. presentó demanda ejecutiva para que se librara mandamiento de pago a su favor y en contra de La Empresa CARBOEXCO LTDA., por la suma de \$65.099.194 por concepto de cotizaciones pensionales obligatorias dejadas de pagar como empleador para los periodos de enero de 1995 a diciembre de 2015, según se le notificó en comunicación del 6 de enero de 2016, junto a la liquidación de aportes, más los intereses moratorios causados por cada periodo adeudado según los trabajadores incluidos en la comunicación, las sumas generadas por concepto de fondo de solidaridad pensional y sus intereses moratorios.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, señala, que PORVENIR S.A. es una administradora de fondo de pensiones que tiene entre sus obligaciones realizar el cobro por incumplimiento de las cotizaciones obligatorias por aportes pensionales a empleadores que incurren en mora; que en este caso 59 trabajadores del empleador fueron identificados con periodos de mora, incumpliendo el empleador el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 al dejar de efectuar el pago de aportes, por lo que se adelantó gestión de cobro prejurídico requiriendo el pago de \$65.386.844 por 59 afiliados, dejados de cancelar por los periodos de enero de 1995 a diciembre de 2015, mediante escrito del 6 de enero de 2016 recibido el día 12 de enero. Que la deuda objeto de requerimiento no ha disminuido y se cumplió con el precepto legal para constituir título ejecutivo.

Mediante auto del 6 de mayo de 2016, se libró mandamiento de pago en los términos solicitados por el demandante y se decretaron medidas cautelares de embargo y retención de sumas de dinero.

La demandada CARBOEXCO LTDA. contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones, alegando que se cancelaron los aportes de seguridad social en pensión. Señala, que en el evento de haberse requerido a la empresa para efectuar el pago este proceso no existiría y en el evento de que se adeuden aportes, la empresa está de acuerdo en celebrar transacción o conciliación para solucionar cualquier inconsistencia; manifestando que el archivo no encontró la misiva del 6 de enero de 2016.

Advierte que no se pudo constatar la notificación y no fue posible verificar si los 59 trabajadores señalados, efectivamente tienen aportes sin cancelar.

Propone como excepciones de mérito la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADAS.

## **2. PROVIDENCIA IMPUGNADA**

### **2.1. Identificación del tema de decisión**

En la presente diligencia, la Sala se pronuncia acerca del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra del auto del 18 de febrero de 2021 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, que resolvió:

**PRIMERO:** DECLARAR como no probadas las excepciones de mérito planteadas por CARBOEXCO LTDA que denomino inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción e innominada.

**SEGUNDO:** ORDENAR seguir adelante la ejecución conforme la orden proferida en el mandamiento de pago, visto a folio 48 del expediente físico proferido el 6 de mayo del año 2016.

**TERCERO:** CONDENAR en costas a la parte ejecutada CARBOEXCO LTDA

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

El juez *a quo*, fundamenta la decisión de primera instancia en lo siguiente:

- Que, por tratarse de un proceso ejecutivo, la defensa de la parte demandada no puede equipararse a la de un proceso ordinario; de manera que la falta de exigibilidad del título, no puede proponerse mediante las excepciones de mérito o las nulidades sino en el término del recurso de reposición contra el auto que libró mandamiento de pago (art. 430 C.G.P.), lo que no fue planteado por el ejecutado. Por ende, no acepta el alegato de conclusión de la demandada que pretendía discutir este aspecto sin haberlo propuesto.

- Agregó, que tampoco procede la solicitud de nulidad porque sus causales son taxativas y la falta de exigibilidad no se corresponde con estas; por lo que el problema jurídico se limita a verificar la procedibilidad de las excepciones de mérito planteadas en la contestación INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADAS, fundadas en que sí se efectuaron los aportes.

- Expone, que conforme al artículo 100 del C.P.T.Y.S.S., para este caso el título ejecutivo se deriva de lo reglamentado por el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y por lo cual la liquidación que realizan las A.F.P. para requerimiento en mora constituyen el título ejecutivo, sin que se presentara recurso de reposición contra el mandamiento de pago el presentado en este caso se entiende legalmente constituido.

- Determina, que no existe prueba alguna que específicamente identifique como pagados los aportes pensionales que están señalados al interior del proceso en la liquidación anexa, o que hubiere cancelado la cuenta de cobro que fue recibida.

- Sobre la prueba aportada, documento de acuerdo concordatario, donde se consta un pago de \$8.260.252 a favor de PORVENIR reconociendo esa deuda; de este documento no se puede colegir que esta corresponda a aportes del sistema general de seguridad social, ni específicamente a los reclamados en esta liquidación, siendo el título ejecutivo posterior a dicho acuerdo. De manera que no asiste razón a la demandada, pues inclusive solicitó tiempo en la etapa probatoria para verificar documentos internos de la empresa y no aportó finalmente nada.

- Respecto de la prescripción, advierte que como en el caso del derecho pensional se tratan de derechos imprescriptibles, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal conforme a providencia SL738 de 2018.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

La parte ejecutada presentó recurso de apelación en contra de la anterior decisión, con fundamento en lo siguiente:

- Que estamos ante la presencia de un desconocimiento del *non bis in idem*, pues se niega que los procesos concordatarios son ajustados a la ley y cuyo reconocimiento en el argot empresarial, genera que puedan ocurrir yerros jurídicos como el presente; dado que PORVENIR en este caso está cobrando acreencias pensionales y no puede cobrar ningún servicio adicional, era al demandante a quien le correspondía objetar el documento, negar que lo hubiera percibido o que se dirigiera a cualquier otro servicio.

- Que La Empresa CARBOEXCO LTDA. en su momento para el año 2012, recibe la información del valor que PORVENIR acepta se le adeuda y procede al pago, quedando en cero para ese momento como resultado del proceso concordatario que fue aportado en su integridad; por lo que este consta de legitimidad y legalidad, no siendo valorado debidamente.

- Que debe entonces revisarse la solicitud de nulidad porque no se está cobrando un título ejecutivo que tenga una obligación clara, expresa y exigible; dado que lo procedente es que se revise nuevamente el valor adeudado, descontando lo pagado en el proceso concordatario y evitar así incurrir en doble pago.

### **4. ALEGATOS**

Dentro de la oportunidad legal se presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

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

- **PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de la empresa demandada señaló que se opone a la prosperidad de las pretensiones porque las obligaciones en un proceso ejecutivo deben ser clara, expresas y exigibles, evitando realizar el cobro de dineros ya cancelados; que se demostró la existencia de un acuerdo de pago finiquitado el 16 de enero de 2012 como resultado de un proceso concordatorio del que hizo parte PORVENIR S.A., por el cual se permite que las empresas con dificultades graves en el pago de sus pasivos, lleguen a un acuerdo con sus acreedores, con la finalidad de permitir su recuperación y conservación, en tanto unidades de explotación económica y fuentes generadoras de empleo. Señala que PORVENIR está cobrando acreencias de 1995 a 2015 que debió pasar por el proceso concordatorio y ahora pretende omitirlo o cobrarlas nuevamente, sumado a que reclama el cobro de intereses pese a estar ya cancelado el valor. Que solicita se revise la afectación al principio *non bis in idem* ya que existe prueba del pago y se disponga absolver a la empresa del cobro ejecutado.

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

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

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

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

¿Se encuentran debidamente acreditadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido de la obligación propuesta por CARBOEXCO LTDA. respecto de los conceptos que se afirman como adeudados por A.F.P. PORVENIR S.A. y que alega fueron pagados en acuerdo concordatario?

## **7. CONSIDERACIONES**

Con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto a consideración de esta Sala de Decisión, contra el auto que resolvió las excepciones de mérito, es necesario advertir, que el presente proceso ejecutivo tiene como origen la solicitud de mandamiento de pago de PORVENIR S.A. en contra de CARBOEXCO LTDA, para que en su calidad de empleador responda por la mora en el pago de aportes a pensión de 59 trabajadores en diferentes períodos de tiempo, por un total adeudado de \$65.099.194 más intereses de mora.

Al resolver las excepciones propuestas, el juez a quo resolvió seguir adelante con la ejecución, advirtiendo, que oportunamente no se propuso recurso de reposición contra el mandamiento para controvertir la legalidad del título ejecutivo y, por lo tanto, revisadas exclusivamente las excepciones, no se demostró adecuadamente el pago que se afirma existió en el documento de acuerdo concordatario; a lo que se opone el ejecutante, quien estima que se valoró indebidamente el documento señalado y que este sí demuestra la existencia de un pago a favor de PORVENIR S.A., sin que sea dable desconocerlo porque fue lo cobrado por dicha entidad en ese momento y generaría entonces un cobro doblado.

Con el fin de resolver el recurso de apelación propuesto a consideración de esta Sala de Decisión, es necesario advertir, que el artículo 24 de la Ley 100

de 1993, establece para las administradoras del sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales, la facultad de adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento de las obligaciones del empleador, y para ello contempla que presta mérito ejecutivo, la liquidación realizada por la administradora determine el valor adeudado.

Esta actividad es reglamentada a través del decreto 2633 de 1994, cuyo artículo quinto reza:

*“En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que ésta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimulación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordasteis.*

*Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993”.*

De esta normativa se desprende, que el título ejecutivo en los casos donde se persigue el pago de aportes en mora es complejo, en la medida que se conforma de tres documentos: el requerimiento al empleador para constituirle en mora, la constancia de entrega del mismo y la liquidación elaborada por la administradora de pensiones; por lo que una vez acreditados estos requisitos formales se puede establecer la existencia de un título ejecutivo, suficiente para librar mandamiento de pago.

Basado en lo anterior, el presente proceso ejecutivo encuentra su origen en la afirmación de PORVENIR S.A. de que el empleador CARBOEXCO LTDA. adeuda una serie de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, lo que respalda en los documentos vistos a folios 3 al 33 así: liquidación de las cotizaciones adeudadas por 59 trabajadores afiliados (Fol. 3-30), requerimiento realizado al empleador – Oficio del 6 de enero de 2016 – con liquidación anexa y constancia de entrega de servicio postal cotejado (Folio 31-33) y certificado de matrícula de persona natural de la demandada; es decir, que la obligación reclamada por PORVENIR S.A. está respaldada por la pluralidad de documentos antes identificados y de cuya unidad jurídica emerge un mérito ejecutivo legalmente reconocido en las normas en cita.

De allí que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, decidiera librar mandamiento de pago; no obstante, notificado el demandado propuso la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO, señalando que la empresa ha cumplido con el pago de aportes a pensión hacia PORVENIR S.A. y que está dispuesto a cancelar cualquier inconsistencia que reporta, advirtiendo que en el término de contestación no se pudo corroborar si efectivamente existe omisión en los períodos de los 59 trabajadores identificados en la demanda.

En la etapa probatoria, se incorporaron como prueba para respaldar estas

excepciones las actas de la Inspección Judicial adelantada por la Superintendencia de Sociedades a la demandada para verificar el cumplimiento de los acuerdos concordatarios con los acreedores; de donde afirma la parte demandada, se contienen los pagos reclamados.

Para resolver este asunto, cabe recordar que además de los requisitos formales, los títulos ejecutivos deben cumplir una serie de condiciones sustanciales sin los cuáles no puede predicarse suficiente el mérito ejecutivo para seguir con la ejecución del mandamiento de pago y el escenario ideal para controvertir este aspecto es la proposición de excepciones por la parte a quien se imputa el cobro, quien a través de los medios de prueba oportunamente allegados e idóneo puede desvirtuar la validez o exponer las falencias del título aportado.

Estas condiciones sustanciales, según Sentencia T-747 de 2013, *“exigen que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible. Es **clara** la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es **expresa** cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es **exigible** si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada.”*

Agrega la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que los jueces laborales no incurrir en ninguna vía de hecho o afectación de derechos procesales cuando decide revocar el mandamiento de pago una vez resuelve desfavorablemente al actor el examen de existencia de los requisitos del título, concluyendo que *“tratándose de títulos ejecutivos, es deber del fallador examinar la plena configuración de sus requisitos, de tal suerte que si no se percata oportunamente, esto es, para librar la orden de apremio o mediante excepción de parte, se impone la revisión de las falencias que puedan desvirtuarlo, antes de proferir el fallo correspondiente”*; pronunciamiento reiterado en providencia STL1512-2014, STL2906-2013, STL2366-2013 y recientemente STL10114-2018.

De esta manera, es claro que si el interesado en demostrar la inexistencia de una obligación aporta los medios de prueba suficientes para establecer que no le es exigible el título base de la ejecución, no existe impedimento para revocar el mandamiento de pago y dar por demostrada la excepción propuesta; interpretación que es compatible con la teoría general de la carga de la prueba, donde se establece que le corresponde probar las obligaciones o su extinción al que alegue aquellas o éstas (Art. 1757 C.C), principio que se reproduce en otros términos en el artículo 167 del C.G.P. al establecer *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Dentro del presente asunto se reclaman los aportes pensionales de 59 trabajadores afiliados a la A.F.P. PORVENIR, señalando el empleador demandado que previamente en el año 2012 cuando celebró acuerdos concordatarios con varios acreedores, incluyendo la actora, se dejó saldada toda deuda existente y en adelante siguió cumpliendo con las obligaciones pensionales.

Al respecto, del documento que sustenta la apelación se desprende que lo

aportado no se corresponde con los acuerdos concordatarios sino con las actas de inspección judicial que la Superintendencia de Sociedades adelantó durante enero de 2012 para verificar el cumplimiento del concordato; entre los créditos de segunda clase, se certificó un pago a PORVENIR por valor de \$8.260.252 con la siguiente observación: *“Comp. Egreso 3-000999 del 17/04/2007 sin firma y sello, por recibido por \$8.260.252,00, pagado con cheque número 280271 por \$8.260.252,00, se anexa extracto del Banco de Bogotá del mes de abril de 2007 de la Cuenta Corriente No. 2601333-01 de la sociedad, en donde se evidencia el descuento del cheque de dicha cuantía”*.

Con fundamento en esta prueba no se puede afirmar la existencia de un pago que sirva para desestimar la vigencia del mandamiento de pago; en primera medida, acorde a lo expuesto por el *a quo*, del documento no es posible identificar la naturaleza de la obligación a la cual fue destinado ese pago.

El pago es la prestación de lo que se debe, es decir, es el cumplimiento de la obligación, a través del cual se extingue ésta, satisfaciendo el interés del acreedor y liberando al deudor; de forma que para extinguir la misma el pago de la deuda debe ser completo, según lo establecen los artículos 1625 y s.s. del Código Civil.

Al respecto, el artículo 1634 de la mencionada codificación dispone que para que el pago sea válido debe hacerse al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entiende todos los que hayan sucedido en el crédito a un título singular) o a la persona que la ley o el juez autorice recibir para el cobro.

La referida prueba de la entrega de lo debido a la persona facultada para recibirlo, puede provenir bien del acreedor, o bien de un tercero por intermedio del cual se hubiere cursado el pago (en el caso de una transferencia bancaria) o al cual le conste la convención extintiva, con plena libertad de medios, pero siempre que la prueba permita identificar de manera perfecta, sin duda alguna, que el pago correspondía a la obligación reclamada.

En este sentido, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia *“El pago hecho antes de la notificación del mandamiento es un pago extrajudicial (...) y Mientras la orden ejecutiva de pago no sea expedida y notificada al deudor, cualquier pago que se efectúe será extrajudicial”* (SALA DE CASACIÓN CIVIL. Exp N° 11001 02 03 000 2001 0161 01. Bogotá D. C. veinticinco (25) de junio de dos mil tres (2003). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Santos Ballesteros).

Fluye de lo anterior, que el demandado al constituir una oposición al contenido del título valor debe allegar un medio de prueba que le dé al funcionario judicial la certeza de sus afirmaciones; de manera que si no se aporta la prueba que permita establecer con plena veracidad la existencia y condiciones de fecha y valor del pago al acreedor antes de la notificación del mandamiento de pago, este no puede ser reconocido judicialmente como excepción.

En este sentido, el simple reporte de la Superintendencia de que el 17 de abril de 2007 se verificó un pago mediante cheque a PORVENIR S.A. de \$8.260.252, no resulta suficiente para enervar el título base de esta ejecución porque pese a demostrar que en algún momento se canceló ese valor a la demandante, nada permite inferir que corresponda a la deuda que aquí se persigue. Es decir, se demuestra que el alegado acreedor recibió una suma del deudor, pero no se puede identificar de manera perfecta que corresponda a la obligación aquí reclamada.

Inclusive, se advierte que la liquidación de aportes anexa con la demanda comprende períodos en mora por 59 trabajadores y en una gran proporción se persiguen aportes de los años 2015 y 2016, en menor medida de 2010 a 2014 y en apenas 9 casos se identifican aportes anteriores al año 2007, por total de \$15'369.514, discriminados así:

1. LUIS ERNESTO VARGAS APARICIO de octubre de 2000 a octubre de 2001 por \$491.442
2. CARLOS CAYETANO CARDENAS BALLESTEROS de marzo y abril de 2007 por \$134.448
3. GERMÁN ISIDRO BLANCO BONILLA de febrero de 1995 a octubre de 2010 por \$1.736.841
4. WILLIAM EMILIO ANGARITA de noviembre de 1999 a enero de 2000 por \$121.500
5. NÉSTOR VILLAMIZAR OROZCO de enero de 1995 a septiembre de 2008 por \$6.836.445
6. LUIS EDUARDO SALAZAR VILLAMIZAR de enero y febrero de 1995 por \$29.734
7. LUIS ALBERTO ALDANA RINCÓN de octubre de 2000 a agosto de 2001 por \$414.222
8. ADRIÁN VILLAMIZAR VILLAMIZAR de marzo de 1995 a agosto de 1997 por \$2.688.600
9. OSCAR DUQUE SERRANO de marzo de 2000 a junio de 2006 por \$2.916.282

Implica lo anterior, que mal podría afirmarse que el pago realizado en el año 2007 cubrió lo reclamado en este proceso ejecutivo dado que se trata principalmente de aportes causados con posterioridad y sobre los adeudados en períodos anteriores, la prueba aportada no permite determinar con exactitud que buscaran cubrir específicamente a las inconsistencias de esos nueve trabajadores.

En consecuencia, no puede alegarse que existe doble cobro respecto de deudas saldadas pues esto no se demostró por los medios probatorios aportados regular y oportunamente; tampoco se demostró lo afirmado sobre que en el año 2012 se certificó la inexistencia de deuda por parte de la AFP PORVENIR pues lo pagado en el acuerdo concordatario era todo lo adeudado. Verificados los presupuestos legales del título ejecutivo complejo, el mismo constituye una obligación clara, expresa y exigible, sin que el demandado conociendo la identidad de los 59 trabajadores con inconsistencias en aportes, evidenciara que cumplió con sus obligaciones de cotizar debidamente.

Por ende, se confirmará la decisión de primera instancia que ordenó seguir adelante con la ejecución conforme al mandamiento de pago librado el 6 de mayo de 2016. Finalmente se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, fijando como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandado.

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

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto del 18 de febrero de 2021 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, que ordenó seguir adelante con la ejecución conforme al mandamiento de pago librado el 6 de mayo de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva.

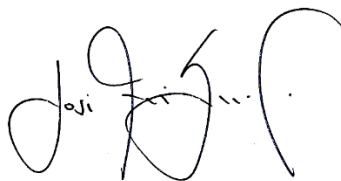
**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fijar como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a favor del demandado.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES**  
Magistrada Ponente



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
Magistrado



**ELVER NARANJO**

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Veintiuno (2021)

|                          |                                        |
|--------------------------|----------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>               |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-002-2016-00441-00         |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.251                                 |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | RUBEN DAVID SUAREZ                     |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A |

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RUBEN DAVID SUAREZ contra COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-002-2016-00441-00, y Radicación interna No. 19.251 de este Tribunal Superior, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la Sentencia del 3 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor RUBEN DAVID SUAREZ, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra COOMEVA EPS para que se declare la existencia de un contrato realidad desde el 15 de mayo de 2012 hasta el 29 de agosto de 2013, el cual término sin justa causa, y en consecuencia se reconozca y pague la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa artículo 64 del CST, la indemnización por falta de pago artículo 65 del CST, se ordene el reintegro a un cargo de igual o mejor categoría, el pago de los salarios dejados de percibir del 2 de septiembre de 2013 hasta el momento del reintegro, los aportes en seguridad social integral, lucro cesante pasado del año 2014, 2015, 2016, prestaciones sociales y vacaciones del 30 de agosto a 31 de diciembre de 2013, y las del periodo 2014, 2015, la sanción moratoria por no consignación de cesantías de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los perjuicios morales por la afectación del buen nombre y honra del demandante.

Como fundamento de sus pretensiones refiere que el 14 de mayo de 2012 suscribió con la demandada COOMEVA EPS un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar la labor de *auxiliar jurídico EPS/Admin CUCU*, que como salario se pactó la suma de \$943.734, y que la labor encomendada fue ejecutada de manera personal atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo el horario de trabajo señalado por este.

Agregó además, que la relación laboral se mantuvo hasta el 29 de agosto de 2013, cuando la entidad COOMEVA EPS decidió unilateralmente dar por terminado la relación laboral, aduciendo justa causa; sin embargo el actor considera que dicha causal carece de motivación y congruencias pues la imputación de las faltas que inicialmente se le comunicaron en la apertura del proceso disciplinario el día 6 de agosto de 2013, nada tiene que ver con la causal alegada para la terminación del contrato de fecha 29 de agosto de 2013, frente a la cual no tuvo la oportunidad de defenderse frente a estos nuevos cargos y solo conoce de esta en la comunicación de terminación del contrato, la cual considera es ineficaz.

La presente demanda fue admitida el 30 de septiembre de 2016, y el 7 de septiembre de 2017, el juzgado notificó personalmente a la demandada, quien en escrito de contestación a la demanda señaló oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda ya que carecen de todo fundamento fácto y legal porque no corresponde a lo que en verdad ocurrió, y al respecto señaló:

- Que el demandante fue contratado el día 15 de mayo de 2012, para desempeñar el cargo de “Auxiliar Jurídico EPS”, y en virtud a este, al actor le correspondía “Apoyar el área jurídica en el desarrollo de los procesos que se generan”, por ende, tenía como función asesorar a los clientes internos y externos de acuerdo a la información jurídica que se requieran; que el demandante se encontraba obligado a realizar las diligencias que corresponden en los juzgados, dentro de las que se encuentran, la revisión de estados, edictos, y todas las actuaciones que se surtieran en los procesos que se encontraban bajo su vigilancia; realizar la vigilancia y seguimiento de los diferentes procesos judiciales en la ciudad de Cúcuta y reportar las actuaciones surtidas; desplazarse hasta los juzgados, como también contaba con la herramienta Litis Data, de la que conocía el usuario y clave de acceso, para la revisión diaria de las publicaciones en cada proceso a su cargo.
- Que durante la vigencia del vínculo, pagó al actor todos sus derechos laborales, de igual forma pagó en debida forma y oportunamente la liquidación final de prestaciones sociales, por lo que nada le adeuda y no hay nada que reliquidar.
- Que el actor fue reincidente en esta clase de conductas, toda vez que en una oportunidad anterior, éste fue sancionado con suspensión por no haber realizado el debido seguimiento al interior del proceso de radicado No. 2010-0280 que cursaba en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta, interpuesto por la Clínica San José en contra de Coomeva EPS, en el que el demandante no notificó de forma oportuna que estaba corriendo el término para la sustentación de un recurso de apelación.
- Que en la diligencia de descargos el accionante reconoce que le había sido impartida la orden de revisar el proceso 2010 – 0159 e informar a la sección jurídica sobre las novedades que se presentaran al interior del mismo, y que además contaba con herramientas como Litis Data y la página de la Rama Judicial para hacer seguimineto al mismo.
- Que el demandante incumplió en forma grave su obligación de hacer seguimiento y revisar el proceso en comento por lo que fue terminado

por justa causa comprobada su contrato de trabajo el 29 de agosto de 2013, pues su incumplimiento generó un perjuicio económico a la demandada, pues precluyó su oportunidad para presentar el recurso extraordinario de casación al interior del proceso de responsabilidad médica en comento, el actor no informó que el Tribunal Superior de Cúcuta revocó la sentencia y en su lugar condenó al demandante, y por lo anterior no hay lugar al pago de la indemnización por despido injusto pretendida.

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

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

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia del 3 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO: DECLARAR** *que entre el señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES, como trabajador y COONEVA EPS existió un contrato de trabajo desde el 14 de mayo de 2012 hasta el 29 de agosto de 2013, el cual terminó por decisión unilateral del empleador con justa causa.-*

**SEGUNDO: DECLARAR** *probadas las excepciones de merito planteadas por COOMEVA EPS que denomina inexistencia de la obligación. En consecuencia, absolver a la entidad demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES*

**TERCERO: REMITIR** *el expediente a la oficina judicial, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta ante el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Cúcuta.*

**CUARTO: CONDENAR** *en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho la suma de \$300.000”*

### **2.2. Fundamento de la decisión.**

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

- Que no es objeto de controversia en este proceso, la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido dentro de los extremos alegados en la demanda; el salario devengado por el actor, y que la terminación del contrato de trabajo se dio por la decisión unilateral del empleador.

- Que de acuerdo a lo anterior, el problema jurídico a resolver es determinar si la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo por parte de Coomeva EPS se dio o no con justa causa, y a partir de allí analizar la procedencia de las condenas solicitadas con la demanda; si hay lugar al reintegro, al reconocimiento de las indemnizaciones deprecadas, y el pago de los perjuicios morales causados.

- Al respecto indicó que se probó el hecho simple del despido con la carta de terminación del contrato de fecha 29 de agosto de 2013, y además se

corroborar la justa causa para despedir teniendo en cuenta que en la carta de despido se expuso como justa causa para despedir la causal 6° literal a) del artículo 62 del CST en relación con los artículos 47, 50 y 53 del reglamento interno de trabajo, ya que Coomeva EPS en el artículo 53 del reglamento interno de trabajo calificó la falta cometida por el actor como grave.

- Que a partir de lo anterior, lo que procede es verificar si los hechos que soportan la justa causa del despido sucedieron, y al respecto el Juez analizó lo manifestado en la carta de terminación del contrato indicando que allí se le advierte al actor que en diligencia de descargos del 12 de agosto de 2013, se encontró la configuración de los hechos evaluados a través de una valoración razonable, objetiva e imparcial, y que no obstante los descargos efectuados no se logró justificar un eximente de responsabilidad en los cargos expuestos.

- Que puntualmente se le endilgo al demandante como hecho causante del despido el no haber realizado la revisión oportuna del proceso 2010-0159 al momento de reintegrarse de la suspensión que le fue impuesta en el mes de mayo, lo cual le trajo consecuencias económicas a la demandada; que, de acuerdo a lo anterior, es claro que lo pertinente no es analizar si el actor realizó o no la revisión oportuna del proceso sino verificar si tenía el demandante esta obligación.

- Y al respecto indicó que está probado que el demandante no realizó la revisión oportuna del proceso 2020-0159 una vez se reintegró de la suspensión del mes de mayo, pues el actor fue contratado por la demandada para realizar labores como *auxiliar jurídico*, y revisado el contrato de trabajo con el perfil del cargo aportado en el plenario se pudo corroborar que el perfil del cargo de auxiliar jurídico era la de realizar labores de apoyo, revisión y de información al área jurídica y particularmente apoyar a esta en los procesos tales como tutelas, derechos de petición, y el levantamiento de la información necesaria para todas las acciones de apoyo administrativo que requiera realizar el área jurídica, por lo que indicó el *a quo* que el demandante no solo tenía la obligación de recopilar información, y además porque en diligencias de descargos se advierte que el demandante acepta que tenía conocimiento en cuanto a que una de sus obligaciones era la revisión de todos los procesos judiciales donde la demandada es parte en la ciudad de Cúcuta.

- Que del folio 754 del expediente digitalizado, la citación a descargos obrante a folio 756, el acta de descargos folio 1.003, 1023, y la carta de terminación del contrato vista a folio 1028, se evidencia que el actor tenía dentro de sus obligaciones particulares la revisión del proceso 2010-0159 pues este se encontraba en la ciudad de Cúcuta y por ende era competencia del actor revisarlo y ello fue aceptado en la diligencia de descargos realizada el 12 de agosto de 2013.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión la apodera de la parte actora presentó recurso de apelación señalando lo siguiente:

- Que el *a quo* se equivocó al declarar probada la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo con fundamento en que se probó que el actor estaba obligado a realizar diligencias en los juzgados, pues alega que la función principal del demandante era la atención

al público y el trámite de tutelas y derechos de petición en las oficinas de Coomeva EPS, tal y como está señalado en el contrato de trabajo.

- Destacó que se logró probar a través de un correo electrónico, el cual no tuvo en cuenta el a quo, que el actor manifestó a Coomeva EPS que tenía dificultades para acceder a esos procesos debido a que los despachos judiciales le exigían autorización por escrito para revisar los procesos y el demandante no la tenía, que una cosa es actuar como auxiliar jurídico y otra distinta como dependiente judicial.
- Que de ninguna manera se le impartió al demandante la orden de realizar la vigilancia y seguimiento a los procesos judiciales en la ciudad de Cúcuta, y no se pudo probar dentro del presente proceso que el actor estuviera obligado a la revisión de procesos judiciales por cuanto no era su función, y en ningún momento se probó que la entidad Coomeva o su apoderado le hubiera concedido la facultad de dependiente judicial para revisar este proceso en particular, por lo que resulta ilógico afirmar que el demandante se encontraba facultado para la revisión de procesos judiciales.
- Que solo de manera ocasional atendía requerimientos puntuales de trasladarse a los juzgados por eventos como sacar copias, pero para ello requería autorización a través de correo electrónico para poderse trasladar al juzgado, pues no podía hacerlo por voluntad propia, porque su prioridad era atender las tutelas y el público, y necesitaba la autorización por escrito para salir el actor de la entidad y dirigirse a los juzgados; señaló además no ser cierto que el demandante tenía clave de acceso para realizar consultas a Litis Data.
- Que es a la demandada a quien le corresponde probar todas sus afirmaciones y en el presente caso no lo hizo solo se quedó en afirmaciones generalizadas sin fundamento ni prueba alguna, más aún cuando las causales alegadas en la carta de terminación son distintas a las acusaciones dentro del proceso disciplinario, por lo que carece de motivación y congruencia pues estas no fueron oídas en descargos.
- Que contrario a lo considerado si existe obligación por parte de la demandada de pagar la indemnización del artículo 65 CST por la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, así como los perjuicios morales y demás condenas solicitadas en la demanda.

#### **4. ALEGATOS**

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

##### **•PARTE DEMANDANTE:**

**La apoderada de la Parte Demandante** solicita se revoque la decisión de primera instancia de fecha 3 de marzo de 2021, y en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones con sustento en lo siguiente:

- El Juez no valoró la prueba correspondiente al correo electrónico fechado 13 de Febrero del 2013, en donde el demandante RUBEN

DAVID SUAREZ solicita por vía correo electrónico al director jurídico de Coomeva Dr. DIEGO ARMANDO NAVARRO TRIGOS (abogado principal dentro del proceso 159/2010), y a la señora SILVIA CORREA) la posibilidad de otorgarle autorización al demandante, y a otro funcionario de la entidad, para que se desplazara personalmente ante los despachos judiciales a revisar en físico expedientes en el año 2013, pues no tenía la autorización debida en los Juzgados para la revisión de procesos y solicitar copia de autos, y tampoco la parte demandada aportó prueba alguna que evidencie que le hubiere dado solución a este problema planteado para la revisión de procesos judiciales en los despachos.

- Que el juez se equivocó al darle la razón a la parte demandada en cuanto a que el actor debió revisar procesos en contra de Coomeva en los juzgados y que por ello se perdió la oportunidad de presentar recurso de casación, sin tener en cuenta que los demandados no probaron solo argumentaron pues no contaban con la prueba correspondiente a la autorización de revisión de procesos, ni tampoco probaron que el actor tuviese acceso a la herramienta LITIS DATA como quieren hacer creer al Juez induciéndolo en error con solo manifestaciones.
- Que el Juez fallador se equivoca al afirmar que el demandante tenía la obligación de revisión de procesos, cuando COOMEVA no probó que existiese autorización para revisión de este u otros procesos, conociendo el Director Jurídico de Coomeva de las dificultades del actor para la revisión del proceso pues se sabe que es requisito indispensable las autorizaciones por escrito en los despachos judiciales.
- Explicó que la función del actor se limitaba a revisar los requerimientos que se le enviaran por correo electrónico por solicitud de la regional cada vez que le enviaran actualizaciones que tuvieran conocimiento los abogados a través de la plataforma LITIS DATA, pues no contaba con clave de consulta o usuario.
- Que tampoco valoró el email de fecha 31 de julio de 2013, a través del cual se demuestra y valora el pleno y total conocimiento que tenía Coomeva de la condena impuesta en su contra, quienes por su inactividad procesal dejaron vencer los términos para un recurso de casación.
- Que el Juez se equivocó al darle validez jurídica a la causal alegada por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, esto es, la de la obligación de la revisión del proceso, y tampoco nada dijo el *a quo* respecto al resto de causales de justificación de terminación del contrato que Coomeva le imputó al actor, haciendo falsas acusaciones sin prueba alguna.
- Que tampoco tuvo en cuenta el Juez que la imputación de las faltas que inicialmente se le comunicaron en la apertura del proceso disciplinario el día 6 de agosto de 2013, nada tiene que ver con las otras causas alegadas de terminación de contrato de fecha 29 de agosto de 2013.

- Que la valoración probatoria del juez fue irrazonable en su providencia al trasladar u invertir la carga al demandante profiriendo una sentencia en contravía de la Ley, pues traslada la carga de la prueba al demandante de probar su inocencia y violando flagrantemente el principio PRO-HOMINE, por cuanto en caso de duda debe favorecer al trabajador.
- Que tampoco puede el Juez basar su sentencia en una supuesta aceptación de responsabilidad cuando lo cierto es que en ningún momento la demandada facultó al actor para revisar procesos y tampoco aceptó responsabilidad en el acta de descargos de fecha 12 de agosto de 2013.
- Adicionalmente solicita aplicabilidad de la sentencia SU-449 DE 2020, en torno a que la interpretación del artículo 62 del CST solo autoriza al empleador a terminar el contrato laboral unilateralmente con justa causa, si previamente se ha otorgado al trabajador el derecho a ser oído, lo cual como se puede observar en este caso no fue oído por todas y cada una de las causales alegadas en la carta de terminación de contrato de trabajo, por lo tanto el despido es ilegal e injusto.
- Por último, señala que el accionante de forma voluntaria decidió formular denuncia penal por injuria, calumnia, fraude procesal y otras conductas punibles por los hechos derivados de la carta de terminación del contrato de trabajo.

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

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

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

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

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

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia de una justa causa para el despido del Señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES por parte de su empleador COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A? así como también, si el presente caso da lugar al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa artículo 64 del CST, la indemnización por falta de pago artículo 65 del CST, se ordene el reintegro a un cargo de igual o mejor categoría, el pago de los salarios dejados de percibir del 2 de septiembre de 2013 hasta el momento del reintegro, los aportes en seguridad social integral, lucro cesante pasado del año 2014, 2015, 2016, prestaciones sociales y vacaciones del 30 de agosto a 31 de diciembre de 2013, y las del periodo 2014, 2015, la sanción moratoria por no consignación de cesantías de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los perjuicios morales por la afectación del buen nombre y honra del demandante.

## **7. CONSIDERACIONES:**

En esta instancia, como primera medida, se advierte, que no es objeto de controversia que el señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES, y COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A celebraron un contrato de trabajo a término indefinido del 14 de mayo del 2012 al 29 de agosto de 2013, para desempeñar el oficio de AUXILIAR JURÍDICO EPS, y que como contraprestación a la labor desempeñada se cancelaba como salario la suma de \$943.734 mensual.

Por el contrario, conforme a la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se presenta discrepancia en cuanto a la existencia o no de una justa causa para el despido del Señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES por parte de su empleador COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A., pues la parte actora considera que: (i) el actor no estaba autorizado como dependiente judicial conforme al artículo 127 numeral 3° del CPC, (ii) sus funciones se limitaban a revisar los requerimientos que se le enviaran por correo electrónico, a registrar las tutelas y derechos de petición en las plataforma tecnológica de Coomeva EPS, y de ninguna manera se le impartió al demandante la orden de realizar la vigilancia y seguimiento a los procesos judiciales en la ciudad de Cúcuta (iii) la imputación de las faltas que inicialmente se le comunicaron al demandante en la apertura del proceso disciplinario el día 6 de agosto de 2013, nada tiene que ver con la causa alegada de terminación de su contrato de trabajo el 29 de agosto de 2013, y por ende, no se le dio la oportunidad de pronunciarse frente a estos nuevos cargos, y por el contrario solo se le notificaron con la carta de terminación del contrato.

Frente a lo anterior, la demandada COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. considera que al actor le correspondía “Apoyar el área jurídica en el desarrollo de los procesos que se generan”, por ende, tenía como función asesorar a los clientes internos y externos de acuerdo a la información jurídica que se requieran, por lo que el demandante se encontraba obligado a realizar las diligencias que corresponden en los juzgados, dentro de las que se encuentran, la revisión de estados, edictos, y todas las actuaciones que se surtieran en los procesos que se encontraban bajo su vigilancia, incumpliendo en forma grave su obligación de hacer seguimiento y revisar el proceso 2010-0159, pues su incumplimiento ocasiono que precluyera su oportunidad para presentar el recurso de casación al interior del proceso de responsabilidad médica en comento, lo que generó un perjuicio económico a la demandada, pues precluyó su oportunidad para presentar el recurso extraordinario de casación.

Al respecto, el juez *a quo* indicó que la terminación del contrato de trabajo se dio con justa causa teniendo en cuenta que al interior del proceso se evidenció que el actor tenía dentro de sus obligaciones particulares la revisión del proceso 2010-0159 y ello fue aceptado por él en la diligencia de descargos realizada el 12 de agosto de 2013, por ende se probó la justa causa endilgada en la comunicación entregada al demandante para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador.

Conforme al disenso presentado por las partes, procede esta Sala de Decisión a analizar como primer aspecto, si en efecto la causal alegada por la entidad demandada como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo

se logró probar como concluyó el juez *a quo* y si se le garantizó el derecho de defensa.

En principio, el trabajador que alega la causación de derechos originados en un despido injusto, debe demostrar el hecho simple del despido, y al empleador le corresponde acreditar la ocurrencia de la justa causa legal que le permitió realizar el mismo, en los términos del artículo 167 del C.G.P., el cual dispone que les corresponde a las partes demostrar los supuestos de hecho en que se sustentan sus pretensiones.

Se advierte también, que el empleador, cuando considere que existe justa causa puede unilateralmente y sin indemnización alguna, despedir al trabajador, siempre y cuando, le haya comunicado los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato de trabajo, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior, lo cual debe ser inmediato al evento generador y debe estar relacionado entre las causas taxativamente previstas en el postulado normativo.

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

Seguidamente el artículo 61 del C.P.T.S.S. reza que: *“El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes...”*.

En esa medida, corresponde al trabajador acreditar el hecho simple del despido y demostrado este, ya compete al empleador establecer plenamente la concurrencia de una justa causa imputable al trabajador para justificar la terminación unilateral y, al tiempo, debe demostrar haber garantizado el debido proceso al agotar esta decisión.

Para resolver lo anterior, se debe tener en cuenta que el despido con justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, salvo que en el orden interno de la empresa se la haya dado expresamente ese carácter, según posición reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que, en providencia del 15 de febrero de 2011, Rad. no.39394, ha dicho:

*“...la naturaleza del despido no es la de una sanción, por lo que para adoptar una decisión de esta índole el empleador, salvo convenio en contrario, no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario”*

Sin embargo, resulta claro que es inalienable la exigencia del derecho al debido proceso del artículo 29 de la Constitución Política, ante la existencia de cualquier procedimiento judicial o administrativo, en razón a la primacía para cualquier decisión del principio de legalidad; por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que *“para el*

*evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.”* (Providencia SL15245-2014. M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ)

De allí que, si bien no se le exija al empleador un procedimiento delimitado y concreto para el despido, ello no significa que este no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa; al respecto, recientemente en proveído SL2351 de 2020 la Sala de Casación Laboral ha complementado lo expuesto en precedencia y ha delimitado las garantías que deben preceder a la decisión de finalizar el vínculo laboral con base en una justa motivación, así:

- “a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos.*
- b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente. \_*
- c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;*
- d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.*
- e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido.”*

Dentro del plenario se aportaron los siguientes elementos probatorios, relacionados con el hecho del despido:

- Contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES y COOMEVA EPS S.A. para desempeñar el cargo de Auxiliar Jurídico EPS/Admin Cuc, a partir del 15 de mayo de 2012, con un salario de \$943.734, en la cláusula primera del contrato se pactó como objeto de este: *“a) a poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva la cual se desarrollará en los lugares o sitios que para tal efecto se le indique o le asigne el empleador de acuerdo con las necesidades del trabajo, para el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementadas del mismo, de conformidad con las*

*órdenes e instrucciones que le imparta el empleador directamente o a través de sus representantes, seguidamente en el parágrafo se indicó: “nombre del cargo: P-AUXILIAR JURÍDICO EPS/Admin Cuc la descripción anterior es general y no excluya ni limita para ejecutar labores conexas complementarias accesorias, similares y en general aquellas que sean necesarias para un mejor resultado en la ejecución de la causa que dio origen al contrato pudiendo en consecuencia complementar e implementar la descripción que por vía de ejemplo se establece en este acuerdo” (Folio 36 a 46)*

*Seguidamente la cláusula séptima establece: “Terminación Unilateral. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato, por cualquiera de las partes, las que establece la Ley, el reglamento, el presente contrato. Se trata de reglamentaciones, ordenes instrucciones de carácter general o particular que surjan con posterioridad al presente acuerdo, cuya violación sea calificada como grave. Expresamente se califican en este acto como faltas graves la violación a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la cláusula primera del presente contrato y además las siguientes (...)”*

- Documento SC-PC-240 que contiene el perfil del cargo Auxiliar Jurídico, en donde se señala en el numeral 2. *“Misión del Cargo o Propósito: Apoyar el área jurídica en el desarrollo de los procesos que se generan, levantando información necesaria para la contestación de las tutelas, derechos de petición, incidentes de desacatos y en general para todas las acciones de apoyo administrativo que se requiera para el buen desarrollo de las actividades propias del área”* y en el numeral 3. Se establece *“principales áreas de responsabilidad/ procesos. Actividades Específicas: (...) Dejar constancia y archivar todos los documentos derivados de cada proceso, Realizar las diligencias a los juzgados o entidades judiciales que se requieran”* y dentro de sus informes a entregar está *“informe de gestión de fallos, e informe de actividades generales con una fecha de entrega mensual y trimestral”* en el numeral 6. Se especifica *Contactos y Relaciones de Trabajo. Relaciones Externas con empleados judiciales: “solicitar colaboración para agilizar el proceso de copias auténticas o copias de documentos de documentos generados en procesos judiciales, solicitar y suministrar información a entidades estatales”.* (folio 58 a 62)
- Comunicación del 6 de agosto de 2013, mediante la cual el empleador lo cita a una diligencia de aclaración de hechos, el día 12 de agosto de 2013 a las 2:00 p.m. en la sede administrativa en la ciudad de Cúcuta, de acuerdo a la situación reportada por la jefatura regional jurídica a raíz que el tribunal Superior de Norte de Santander revocó la sentencia proferida por el Juzgado Único Laboral de Ocaña, providencia que fue emitida por el grupo colegiado el 26 de mayo de 2013, sin que fuese notificada a la jefatura Jurídica Regional oportunamente, perdiendo de esta forma la oportunidad de estudiar la posibilidad de interponer la casación, situación presentada por no realizarle el debido seguimiento recomendado a los procesos de la ciudad de Cúcuta. (Folio 64)
- Acta de descargos, del señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES, del 12 de agosto de 2013, en donde se exhorta al actor para que hiciera un relato amplio y detallado de la situación por la cual fue citado, contestó: *“... este proceso no se encontraba dentro del listado de procesos a seguir*

inicialmente en la ciudad de Cúcuta, analizando el caso concreto y el trámite de la impugnación presentada por el demandante **desde enero de 2012, para esa fecha no me encontraba vinculado con COOMEVA** todavía y dicha impugnación al parecer fue remitida mediante acta individual de reparto, se concluye que precluyó la oportunidad de alegatos de conclusión, del traslado, del día 9 de noviembre de 2012 que vencía el 16 de noviembre de 2012, a su vez aportó los correos electrónicos de los cuales se me solicita 11 de diciembre de 2012 información sobre el proceso de la referencia claramente ya precluido el término para alegato y conclusión. Inicialmente estos correos dirigidos de Silvia Juliana Correa con su respectivo requerimiento del día 11 de octubre de 2012 a las 19:34 p.m. a Nubia Rico, con copia al Dr. Diego Navarro, contestado por funcionaria Nubia Rico el día 12 de octubre de 2012 a las 8:50 a.m. aún sin una respuesta concreta, sobre el proceso de la referencia, fecha en la cual aun no había vencido ni siquiera se había corrido traslado para alegato y conclusión, posteriormente nuevamente replicado por Silvia Correa el 26 de noviembre de 2012 a las 8:01 a.m. con la misma solicitud, y nuevamente replicado el día 28 de noviembre de 2012 a la funcionaria Nubia Rico a las 6:35 p.m. con copia al Dr. Diego Navarro, nuevamente reiterado el día 29 de noviembre de 2012 a las 1:23 p.m. con copia a Diego Guevara, Diego Navarro y Lennis Johanna Rojas, claramente en estos últimos correos de fechas posteriores para la oportunidad procesal de alegato y conclusión. Finalmente, nuevamente consultado el día 11 de diciembre de 2012 a Nubia Rico con copia a Diego Navarro, Alvaro Alexis Medina, y Diego Guevara, luego contestado por el Dr. Diego Navarro el día 11 de diciembre de 2012 a las 2:43 p.m. a Silvia Correa, Nubia Rico con copia Alvaro Alexis Medina y Diego Guevara donde se **informa el proceso se encuentra en Cúcuta en el Tribunal, finalmente es replicado a mi correo junto con los correos anteriores el día 11 de diciembre de 2012 a las 3:01 p.m. Analizando el caso claramente por fuera de los términos de los alegatos de conclusión finalmente precluyendo la oportunidad procesal, ya que esta termina venciendo el día 16 de noviembre de 2012 para manifestarse con respecto de la apelación presentada.** Finalmente, mediante correo de consulta a funcionario por plataforma Litis Data, en el día 15 de diciembre de 2012, informa la funcionaria que el proceso se encuentra en la ciudad de Cúcuta en el Tribunal Superior Sala Civil Familia y que último está de fecha de auto del 9 de noviembre de 2012, que es el oficio que corre el término para alegato y conclusiones. **El Tribunal decide emitir sentencia que revoca y condena finalmente a la entidad demandada, sentencia de fecha 15 de mayo de 2013, y notificada mediante edicto que se desfija el 23 de mayo de 2013 a las 6:00 p.m. en dichas fechas y a través de sanción disciplinaria que me fue aplicada debido a descargos del proceso judicial 2010 – 280 se me aplicó suspensión disciplinaria del contrato de trabajo, suspensión con la que no estuve de acuerdo sin embargo acaté.** La suspensión se encuentra enunciada en el artículo 51 del CST y definido por el artículo 53 de la misma y como se me notificó interrumpe para el trabajo la obligación de prestar el servicio prometido y para el empleador la obligación de pagar los salarios. **Claramente se perdió la oportunidad de revisar el tiempo y debida forma esta situación motivo ajeno a circunstancias a mi voluntad y por orden directa de superiores jerárquicos.** Sin embargo las decisiones del operador judicial deben ser analizadas en conjunto por el representante legal de la entidad

*demandada y su de apoderado judicial, sin perjuicio de haber otros métodos para la consulta de procesos como la consulta electrónica a través de Litis Data ya que para la fecha contábamos ya con el radicado del Tribunal Superior Sala Civil Familia o en su defecto por el método de consultas de procesos a Nivel Nacional en la pagina web de la Rama Judicial y en consulta de procesos donde se actualiza la información de los procesos judiciales a nivel nacional, para aclarar sobre dicho proceso nunca se me concedió el oficio de la revisión de este proceso particular como dependiente judicial. Dicho esto, no me compete pronunciarme sobre las responsabilidades que hubiere lugar dentro de los actores de este proceso, sin embargo y para finalizar este tipo de situaciones se deben proveer ya que si bien no me encontraba presente estos días y el compañero de mensajería jurídica se encontraba en vacaciones se remitió el apoyo al área de Bucaramanga, ya que estas notificaciones, sentencias, edictos pueden salir publicadas cualquier día particular sin distinción alguna.*

Seguidamente, frente a la pregunta diga si o no es cierto que dentro de sus funciones como auxiliar jurídico, está la revisión de los procesos judiciales, contestó: *“Efectivamente esta la revisión de los procesos judiciales que se encuentran a cargo o se encuentran a revisión y consulta en la ciudad de Cúcuta, pero ciertamente este proceso no se encontraba inicialmente en el listado de procesos de la oficina de Cúcuta, solo después como lo narré en los hechos anteriores posteriormente a la oportunidad procesal de alegatos de conclusión que venció el 16 de noviembre de 2012 y este requerimiento fue realizado a mi el 11 de diciembre de 2012”.*

A la pregunta, manifieste si usted realizó seguimiento a las notificaciones surtidas dentro del trámite de la apelación de este proceso, contestó: *“Se realizó el seguimiento debido a este proceso aclarando que ya había precluido el término procesal para pronunciarnos con respecto a la apelación presentada por el demandante y que paso en blanco para alegar de conclusión **ya que fue solo hasta diciembre de 2012 que se verificó que efectivamente estaba surtiendo trámite en el Tribunal Superior Sala Civil Familia y se me solicitó gestión el día 11 de diciembre de 2012 para verificar que finalmente este se encontraba en el tribunal superior sala civil familia,** con respecto a la sentencia revocatoria se tuvo la perdida de oportunidad para verificar, ya que por motivos ajenos a mi voluntad y se solicitó la gestión y el apoyo a la regional, esta no se pudo notificar dentro del término que nos fuera posible pronunciarnos. Sin embargo, esto no pretexto de la respectiva consulta electrónica que se puede hacer por medio de los aplicativos utilizados para la revisión del proceso.*

De igual forma, a la pregunta por qué no se reportó en la fecha en la que fue notificado por parte del tribunal de la sentencia de segunda instancia, contestó: *“Tal como se aclaró en los hechos anteriores dicha sentencia no fue notificada el 26 de mayo de 2013, dicha sentencia data de fecha 15 de mayo de 2013, decisión que toma el operador judicial en sala plena de los magistrados que toman la respectiva decisión que se mantiene en reserva o en secretaria hasta que sea notificada personalmente por el apoderado judicial o por **el respectivo edicto que fuera desfijado en fecha 23 de mayo de 2013, fecha en la cual me encontraba suspendido en mi contrato de trabajo** y a su vez estas*

*labores de la oficina jurídica de la ciudad de Cúcuta fueron delegadas y solicitado el efectivo apoyo a la regional”.*

A la pregunta conoce usted las implicaciones que trajo para la empresa el haber conocido extemporáneamente el contenido de la sentencia proferida por el tribunal dentro del proceso que es objeto de la presente diligencia, contestó: *“las implicaciones que trae para la empresa son consecuencia de tanto las actuaciones presentadas inicialmente por su personal asistencial, por sus prestadores así como de las actuaciones realizadas dentro del proceso de la referencia. Actuaciones que deben ser revisadas y realizadas diligentemente en primera instancia por el representante legal y luego por el apoderado judicial para defender los intereses de la empresa pues son los que cuentan con el poder ampliamente conferido para actuar dentro del proceso de la referencia. No obstante conozco las implicaciones jurídicas o sanciones que aplica el operador judicial puesto que este las toma de acuerdo a las consideraciones, sin embargo no existe ninguna prueba ni tampoco creo tener responsabilidad alguna dentro de este proceso de la referencia ya que estas son competencia de tanto el abogado como el representante legal quienes son los que cuentan con el poder conferido para actuar, pues mal estaría decir que las responsabilidades de un proceso judicial recaen sobre un auxiliar jurídico o dependiente judicial que no cuenta con ningún tipo de poder para representar los intereses de la empresa, solo revisar procesos”*

Frente a la pregunta, si al regresar de su periodo de suspensión por la sanción disciplinaria impuesta realizó la revisión del estado del proceso que es motivo de la presente diligencia, contestó: ***“se me requirió la sentencia clara y obviamente por fuera de los términos para ejercer algún tipo de recurso, ya que la sentencia fue desfijada el 23 de mayo de 2013 a las 6:00 p.m. de la secretaría del tribunal concluyendo la oportunidad procesal para ejercer algún recurso legal ya que me reincorporé a labores el día 28 de mayo de 2013, y esta sentencia me fue requerida por parte del Dr. Diego Navarro y la funcionaria Silvia Juliana Correa, sentencia que fue remitida a la regional para su análisis”.***

Además, se le pregunta si se ratifica en la afirmación anterior, o por el contrario aclara que la solicitud efectuada fue de copias del expediente desde noviembre o diciembre del año anterior, contestó: ***“En la pregunta anterior se manifiesta la siguiente manera “como y cuando conoció ud la sentencia de segunda instancia proferida por el tribunal, a lo que manifiesto que en el modo y tiempo que conocí la sentencia y por el conocimiento jurídico que tengo por obvias razones me percaté de que habían vencido el término legal para ejercer algún tipo de recurso puesto que en dicha sentencia para notificar a las partes estas se dan en la forma establecida en el artículo 323 del CPC donde se fijó el presente edicto y se desfijó el día 23 de mayo de 2013 a las 6:00 p.m, luego de regresar de la respectiva suspensión el 28 de mayo de 2013, y cuando fui requerido por la regional con respecto a las copias del expediente desde noviembre o diciembre del año anterior allí fui cuando observe de manera lógica que habiéndose vencido el termino legal para ejercer algún tipo de recurso sobre la sentencia de segunda instancia, claro está teniendo por anterioridad que había vencido el término para alegar de conclusión. (...)*** (Folio 274 a 286).

- Carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 29 de agosto de 2013, en donde se le comunica al actor que su contrato de trabajo termina con justa causa de conformidad con lo dispuesto en el literal A, numeral 6° del artículo 62 del CST subrogado por el artículo 7° del Decreto Ley 2352 de 1965, artículo 47, 50, 53 del Reglamento Interno de Trabajo que señala en los literales F y G lo siguiente: “*Constituyen faltas graves: (...) f) Violación por parte del trabajador de las obligaciones legales, contractuales, reglamentarias contenidas en este reglamento y las prescripciones de orden señaladas en este reglamento. G) La incursión por parte del trabajador en las prohibiciones legales, reglamentarias y contractuales contenidas en este reglamento*”, pues no se logró desvirtuar por usted que realizó la revisión oportuna del proceso radicado 2010-0159 una vez se reintegró de la suspensión que le fue impuesta en el mes de mayo, trayendo consigo graves perjuicios económicos para la empresa. (Folio 54 a 56)
- Reglamento Interno de Trabajo (Folio 68 a 102)
- Acta de conclusiones a citación a descargos del 16 de agosto de 2013, en donde la jefe regional gestión humana, jefe jurídico regional, y director de oficina en Cúcuta, calificaron la falta como grave conforme a lo señalado en el contrato de trabajo en concordancia con lo dispuesto en artículo 53, literal F del Reglamento Interno de Trabajo, señalando al respecto que con ocasión al reporte realizado se estableció por parte del comité de descargos, la necesidad de determinar la responsabilidad del colaborador RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES, frente al presunto incumplimiento de sus funciones frente al seguimiento al proceso 2010-0159. Que realizada la evaluación preliminar del caso, el comité de descargos encuentra mérito para abrir investigación disciplinaria contra el empleado, frente al presunto incumplimiento de sus funciones, y de lo cual se pudo deducir sumariamente que efectivamente existió una irregularidad en cuanto al cumplimiento de los deberes establecidos en el reglamento interno de trabajo generando consigo la imposibilidad de estudiar el incoar el recurso de casación frente a la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. (Folio 148 a 151)
- Oficio No. 4238, 4240 del 9 de agosto de 2012, por medio del cual la secretaria de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta informa a Coomeva EPS S.A que mediante auto del 1° de agosto de 2012, se ordenó remitir por competencia el proceso de la referencia a la Oficina de Apoyo Judicial para que sea repartido entre los Magistrados de la Sala Civil – Familia de la Corporación. (Folio 324)
- Auto del 21 de agosto de 2012, mediante el cual la Sala Civil – Familia de esta Corporación avoca conocimiento del proceso 2010-0159. (Folio 330).
- Auto del 9 de noviembre de 2012, mediante el cual se corre traslado a cada una de las partes por el término de cinco (5) días para alegar en el proceso ordinario 2010-0159. (Folio 334).

- Informe del 19 de noviembre de 2012, mediante el cual, la secretaria de la Sala Civil – Familia de esta Corporación, deja constancia que desde el 13 hasta el 16 de noviembre de 2012 no corrieron términos por elaboración de inventario conforme a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura. (Folio 370)
- Constancia del 21 de noviembre de 2012, en el que se informa que empieza a correr el término de traslado a la parte apelante en el proceso ordinario 2010-0159, por el término de cinco días para alegar, el cual venció el 28 de noviembre del mismo año, y a la parte no apelante del 28 de noviembre al 4 de diciembre de 2012. (Folio 372 a 376)
- Constancia secretarial del 5 de diciembre de 2012, mediante el cual la secretaria de la Sala Civil-Familia informa que en la fecha anterior el proceso ordinario 2010-0159 pasa al despacho para proferir sentencia. (Folio. 376)
- Coreo electrónico enviado el 11 de diciembre de 2012 a las 3:01 p.m. en el que Silvia Juliana Correa Gutiérrez Auxiliar Jurídica Bucaramanga solicita al actor le informe a cuál juzgado trasladaron el proceso ordinario 2010-0159. (Folio 767)
- Correo electrónico enviado el 13 de febrero de 2013 a las 7:38 a.m. mediante el cual Silvia Juliana Correa Gutiérrez Auxiliar Jurídica Bucaramanga solicita al actor colaboración en el proceso 2011-00057 seguido por la Clínica San José de Cúcuta contra Coomeva, así mismo se encuentra el correo de la misma fecha enviado a las 8:01 a.m. por el señor Diego Armando Navarro Trigos al acá demandante solicitando de manera urgente soportes en el proceso 2011-00057 seguido por la Clínica San José de Cúcuta contra Coomeva, frente al cual, el actor Rubén David Suarez Cañizares le informa al señor Diego Armando Navarro Trigos, que en horas de la mañana lo recoge del juzgado, y le solicita se estudie la posibilidad de otorgar autorización para revisión de procesos y expedición de copias como quiera que algunos juzgados están colocando problemas para la revisión de procesos y copias de autos. (Folio 344 a 346)
- Comunicación del 20 de mayo de 2013, mediante el cual Coomeva EPS S.A le comunica al actor la sanción que la compañía decidió imponerle por los hechos ocurridos dentro del proceso 2010 – 0280 descritos en diligencia de descargos del 17 de abril de 2013, correspondiente a suspensión del contrato de trabajo durante 3 días hábiles que empezaron a contarse del 22 de mayo de 2013. (Folio 699)
- Correo electrónico enviado el 31 de julio de 2013 a las 11:37 a.m. mediante el cual Silvia Juliana Correa Gutiérrez Auxiliar Jurídica Bucaramanga solicita al actor su colaboración con el valor a pagar en el proceso 2010-0159, el cual, fue respondido el mismo día a las 2:09 p.m. por el demandante indicando lo solicitado. (Folio 338 a 340)
- Copia de consulta del proceso ordinario 2010-0159, a través de la pagina web de la Rama Judicial, en el que se informa que mediante sentencia del 15 de mayo de 2013 la Sala Civil-Familia del Tribunal de Cúcuta revoca la sentencia de primera instancia y concede el derecho; seguidamente el 21 de mayo de 2013 se fija edicto de la sentencia por

tres (3) días, y se desfija el 24 de mayo de 2013, y posteriormente el 31 de mayo de 2013 se fija en lista por un día (1) la liquidación de costas. (folio 765)

Conforme a lo anterior, y de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente, está demostrado que el empleador el 29 de agosto de 2013, comunicó al actor su decisión de terminar el contrato de trabajo, con fundamento en la violación del artículo 47, 50 y 53 del reglamento interno de trabajo que señala en los literales F y G lo siguiente: “*Constituyen faltas graves: (...) f) Violación por parte del trabajador de las obligaciones legales, contractuales, reglamentarias contenidas en este reglamento y las prescripciones de orden señaladas en este reglamento. G) La incursión por parte del trabajador en las prohibiciones legales, reglamentarias y contractuales contenidas en este reglamento*” indicándole que no se logró desvirtuar que realizó la revisión oportuna del proceso radicado 2010-0159 una vez se reintegró de la suspensión que le fue impuesta en el mes de mayo, trayendo consigo graves perjuicios económicos para la empresa. (Folio 54 a 56)

Situaciones que fueron puestas en conocimiento al trabajado en diligencia de descargos del 12 de agosto de 2013, y frente a las cuales el actor aceptó que dentro de sus funciones estaba la revisión de los procesos judiciales que se encuentran a cargo o se encuentran a revisión y consulta en la ciudad de Cúcuta, sin embargo, indicó que el proceso 2010-0159 no se encontraba inicialmente en el listado de procesos de la oficina de Cúcuta, solo posteriormente cuando había finalizado la oportunidad procesal de presentar alegatos de conclusión, la cual, terminó el 16 de noviembre de 2012 y el requerimiento de la revisión del proceso le fue realizada el 11 de diciembre de 2012.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL3760 de 2019 recuerda que “*son las partes mismas las llamadas a calificar en primera medida la gravedad de una conducta en los términos del numeral 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, ante lo cual se excluye la competencia judicial para iguales efectos*”. De manera que, si las partes previamente han delimitado que una conducta es susceptible de justa causa para despido, no puede el Juez entrar a valorar la gravedad pues ya para ello previamente se ha pactado la dimensión de esta.

En consecuencia, la Sala advierte que conforme la jurisprudencia y las normas legales aplicables al caso concreto, no se avizora vulneración al derecho de defensa y debido proceso del señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES, pues se cumplieron los preceptos de comunicación clara, y concreta de los motivos y razones por las cuales se le daba por terminado el contrato de trabajo. De igual manera, se le dio la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, ya que, desde la citación a la diligencia de descargos, se le puso previamente de presente los hechos por los cuales era requerido y en los que basa la imputación el empleador, lo cual, le permitió al trabajador manifestar al momento de la diligencia lo que consideraba al respecto.

En esa medida, corresponde determinar si se encuentra debidamente demostrada la justa causa del despido alegada por el empleador, y la plena demostración de la ocurrencia del mismo, y al respecto se advierte, como primer aspecto que la justa causa esgrimida al señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES, se ajusta al numeral 6 del artículo 62 del C.S.T. que establece: “*Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones*

*especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.*

En el presente caso, el señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES y COOMEVA EPS S.A., el día 15 de mayo de 2012 suscribieron contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Auxiliar Jurídico EPS/Admin Cuc, dentro del cual, en la cláusula primera se pactó como obligaciones: *“a) A poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva la cual se desarrollará en los lugares o sitios que para tal efecto se le indique o le asigne EL AMPLEADOR de acuerdo con las necesidades del trabajo, para el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementadas del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta EL EMPLEADOR directamente o a través de sus representantes”.*

De igual forma, la cláusula séptima establece: *“Terminación Unilateral. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato, por cualquiera de las partes, las que establece la Ley, el reglamento, el presente contrato. Se trata de reglamentaciones, ordenes instrucciones de carácter general o particular que surjan con posterioridad al presente acuerdo, cuya violación sea calificada como grave. Expresamente se califican en este acto como faltas graves la violación a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la cláusula primera del presente contrato y además las siguientes (...)”*

En el documento SC-PC-240 que contiene el perfil del cargo Auxiliar Jurídico, se señala en el numeral 2. *“Misión del Cargo o Propósito: Apoyar el área jurídica en el desarrollo de los procesos que se generan, levantando información necesaria para la contestación de las tutelas, derechos de petición, incidentes de desacatos y en general para todas las acciones de apoyo administrativo que se requiera para el buen desarrollo de las actividades propias del área”.*

De tal manera que está claro que dentro de las funciones del cargo desempeñado por el demandante, estaba la de hacer seguimiento a los procesos judiciales, levantando la información necesaria para todas las acciones de apoyo administrativo que se requiera para el buen desarrollo del área jurídica; lo cual, fue aceptado por el actor en diligencia de descargos rendida el 12 de agosto de 2013, al contestar a la pregunta de si dentro sus funciones estaba la revisión de los procesos judiciales, contestó: *“Efectivamente esta la revisión de los procesos judiciales que se encuentran a cargo o se encuentran a revisión y consulta en la ciudad de Cúcuta, pero ciertamente este proceso no se encontraba inicialmente en el listado de procesos de la oficina de Cúcuta, solo después (...)*”.

De tal manera, que no existe duda que dentro del contrato de trabajo se califica como falta grave la violación a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la cláusula primera del presente contrato; esto es, poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo de acuerdo con las necesidades del trabajo, para el desempeño de las funciones propias del oficio; funciones que para el cargo de auxiliar jurídico correspondía, entre otras, realizar seguimiento a los procesos judiciales y dicha función fue aceptada por el actor.

Ahora bien, en cuanto a si se encuentra debidamente demostrada la justa causa del despido, vemos que el empleador le endilga como responsabilidad no realizar el debido seguimiento del proceso 2010-0159 una vez el trabajador se reintegró de la suspensión que le fue impuesta en el mes de mayo, y que conllevó a que precluyera el término para interponer recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Norte de Santander que revocó la sentencia proferida por el Juzgado Único Laboral de Ocaña.

Frente a ello, la parte actora refiere en el recurso de apelación que i) sus funciones se limitaban a revisar los requerimientos que se le enviaran por correo electrónico, a registrar las tutelas y derechos de petición en la plataforma tecnológica de Coomeva EPS, y de ninguna manera se le impartió al demandante la orden de realizar la vigilancia y seguimiento a los procesos judiciales en la ciudad de Cúcuta, (ii) el actor no estaba autorizado como dependiente judicial conforme al artículo 127 numeral 3° del CPC, y (iii) la imputación de las faltas que inicialmente se le comunicaron al demandante en la apertura del proceso disciplinario el día 6 de agosto de 2013, nada tiene que ver con la causa alegada de terminación de su contrato de trabajo el 29 de agosto de 2013, y por ende, no se le dio la oportunidad de pronunciarse frente a estos nuevos cargos, y por el contrario solo se le notificaron con la carta de terminación del contrato.

Pues bien, frente al primer reparo conforme se indicó anteriormente, dentro del contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes se estipuló en la cláusula primera que son obligaciones del trabajador “ *el desempeño de las funciones propias del oficio (...)*” y en el documento SC-PC-240 que contiene el perfil del cargo Auxiliar Jurídico, se señala en el numeral 2. “*Misión del Cargo o Propósito: Apoyar el área jurídica en el desarrollo de los procesos que se generan, levantando información necesaria para la contestación de las tutelas, derechos de petición, incidentes de desacatos y en general para todas las acciones de apoyo administrativo que se requiera para el buen desarrollo de las actividades propias del área*”.

Por lo que no existe duda en cuanto a que el señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES, además de revisar los requerimientos que se le enviaran por correo electrónico, registrar las tutelas y derechos de petición en la plataforma tecnológica de Coomeva EPS, también tenía como función hacer seguimiento a las actuaciones que se adelantaran dentro de los procesos judiciales tramitados en la ciudad de Cúcuta, y ello fue aceptado por el propio demandante en la diligencia de descargos rendida el 12 de agosto de 2013, en donde a la pregunta de si dentro sus funciones estaba la revisión de los procesos judiciales, contestó: “*Efectivamente esta la revisión de los procesos judiciales que se encuentran a cargo o se encuentran a revisión y consulta en la ciudad de Cúcuta, pero ciertamente este proceso no se encontraba inicialmente en el listado de procesos de la oficina de Cúcuta, solo después como lo narré en los hechos anteriores posteriormente a la oportunidad procesal de alegatos de conclusión que venció el 16 de noviembre de 2012 y este requerimiento fue realizado a mí el 11 de diciembre de 2012 (...)*”

Ahora bien, observa la Sala que el actor, si bien acepta que dentro de sus funciones se encontraba la revisión de los procesos judiciales de la ciudad de Cúcuta, refiere que la directriz de examinar el proceso 2010-0159 fue replicada a su correo electrónico tan solo el día 11 de diciembre de 2012, cuando ya había precluido la oportunidad procesal de presentar alegatos de conclusión; y que además, para el momento en que la Sala Civil – Familia del Tribunal profiere sentencia, esto es, el 15 de mayo de 2013, siendo notificada

por edicto que se desfijó el 23 de mayo de 2013 a las 6:00 p.m., el demandante se encontraba suspendido disciplinariamente por hechos correspondientes al proceso judicial 2010-0280, por lo que considera que la oportunidad procesal para presentar alegatos e interponer recurso contra dicha decisión, paso por alto por situaciones ajenas a su voluntad debido a que su contrato se encontraba suspendido por sanción disciplinaria.

Al respecto, de las pruebas documentales obrantes al plenario, tales como, el correo electrónico obrante a folio 767, se desprende que el día 11 de diciembre de 2012, el demandante RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES, tiene conocimiento que el proceso 2010-0159 se encuentra en la ciudad de Cúcuta, pues eso le comunicó su colega Silvia Juliana Correa Gutiérrez Auxiliar Jurídica Bucaramanga, al solicitarle su colaboración para que le informará a cuál juzgado trasladaron el proceso ordinario 2010-0159.

De manera, que a partir del 11 de diciembre de 2012, y por encontrarse el proceso 2010-0159 en la ciudad de Cúcuta, al actor SUAREZ CAÑIZARES, le correspondía conforme a las funciones del cargo llevar a cabo la revisión de este proceso a través de la herramienta Data Legis dispuesta por el empleador para ello, o en su defecto, mediante el sistema de consulta de procesos de la pagina web de la rama judicial.

Sin embargo, la Sala no observa dentro del expediente prueba alguna que permita evidenciar que el actor cumpliera con esta función de revisar y comunicar a partir del 11 de diciembre de 2012, las actuaciones que se hubieran surtido dentro del proceso en cuestión, ni mucho menos que atendiera el requerimiento que le hizo su colega de la ciudad de Bucaramanga.

Por el contrario, el demandante se excusa de esta responsabilidad alegando que para el 11 de diciembre de 2012, ya habia precluido la oportunidad procesal de presentar alegatos de conclusion, lo cual es cierto, porque la constancia secretarial del 21 de noviembre de 2012, obrante a folios 372 a 376 del expediente digital, informa que el término de traslado de cinco (5) días para alegar en el proceso ordinario 2010-0159, venció para la parte apelante (demandante) el 28 de noviembre del mismo año, y para la parte no apelante (Coomeva EPS) del 28 de noviembre al 4 de diciembre de 2012.

No obstante, el actor desconoce que esta situación procesal de fenecimiento de la oportunidad para presentar alegatos de conclusión, no lo relevaba de su obligación de informar lo acontecido en el proceso 2010-0159 que se encontraba en la ciudad de Cúcuta tramitándose la segunda instancia, pues es claro que la función de revisar y comunicar el estado del proceso no es una labor que depende del tipo de decisión que observe el auxiliar judicial, sino que debe realizarse independiente de las actuaciones que se surtan en el interior del proceso, pues a partir de lo que informe el auxiliar jurídico es que la demandada decide intervenir en el proceso elaborando su estrategia de defensa, además porque el proceso para el 11 de diciembre de 2012, aún no había finalizado, aún estaba pendiente de proferirse la sentencia que era la actuación más relevante en segunda instancia.

Ahora bien, en cuanto a la presunta ausencia de responsabilidad al precluir la oportunidad de interponer recurso de casación contra la sentencia del 15 de mayo de 2013, cuando el actor se encontraba suspendido disciplinariamente, debe decirse, como primer aspecto, que en efecto es claro para la Sala que durante los días 22, 23, y 24 mayo de 2013 el actor se

encontraba suspendido en atención a la sanción disciplinaria que Coomeva EPS decidió imponerle por los hechos ocurridos dentro del proceso 2010 – 0280, y que fueron descritos en diligencia de descargos del 17 de abril de 2013.

Sin embargo, observa la Sala de la copia a la consulta del proceso 2010-0159, a través de la pagina web de la Rama Judicial obrante a folio 765, que el 21 de mayo de 2013 se fijó el edicto de la sentencia del 15 de mayo de 2013, por tres (3) días, y se desfijó el 24 de mayo de 2013; es decir, que durante los días 21, 22 y 23 de mayo de 2013 las partes podían interponer recurso de casación, y si se tiene en cuenta que la suspensión del trabajador inició al día siguiente de la fijación del edicto, esto es, el 22 de mayo, no existe duda que el actor el día 21 de mayo de 2013 cuando inicio el término de notificación por edicto de la sentencia de segunda instancia se encontraba laborando, por ende, ese día el actor debía cumplir con su función de revisar y comunicar el estado del proceso, lo cual, no hizo, pues como se indicó no existe prueba alguna que indique lo contrario.

En consecuencia, para la Sala no existe duda alguna en cuanto a que el señor RUBEN DAVID SUAREZ CAÑIZARES, incumplió su obligación de realizar seguimiento al proceso judicial 2010 -0159, desde el día 11 de diciembre de 2012 cuando tuvo conocimiento de su existencia; tampoco informó nada el 21 de mayo de 2013, cuando aún se encontraba la demandada dentro de la oportunidad legal de interponer recurso de casación pues la decisión le había sido adversa; ni mucho menos revisó el proceso para el 25 de mayo de 2013 cuando se reintegró de la suspensión que le fue impuesta, solo hasta el 31 de julio de 2013 con el correo electrónico visto a folios 338 a 340, se evidencia que el demandante dio información a su colega Silvia Juliana Correa Gutiérrez Auxiliar Jurídica Bucaramanga sobre las condenas impuestas en segunda instancia a la demandada.

En consecuencia, al evidenciar la Sala que dentro del contrato de trabajo se califica como falta grave la violación a las obligaciones y prohibiciones contenidas en la cláusula primera del presente contrato; esto es, poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo de acuerdo con las necesidades del trabajo, para el desempeño de las funciones propias del oficio; funciones que para el cargo de auxiliar jurídico correspondía, entre otras, realizar seguimiento a los procesos judiciales, la cual fue aceptada por el actor, pero que conforme se demostró no cumplió, es claro, que se encuentra demostrada la justa causa del despido alegada por el empleador.

En cuanto a que el actor no estaba autorizado como dependiente judicial conforme al artículo 127 numeral 3° del CPC, vemos que para el cumplimiento de la función específica de realizar seguimiento a los procesos judiciales, no era relevante contar con autorización por parte de la demandada como dependiente judicial, pues ésta labor podía desempeñarla mediante la consulta de procesos a través de la pagina web de la rama judicial o de la herramienta Data Legis, las cuales en diligencia de descargos el actor aceptó que podía hacer uso de ellas.

Finlamente, refiere la parte actora que la imputación de las faltas que inicialmente se le comunicaron al demandante en la apertura del proceso disciplinario el día 6 de agosto de 2013, nada tiene que ver con la causa alegada de terminación de su contrato de trabajo el 29 de agosto de 2013, y por ende, no se le dio la oportunidad de pronunciarse frente a estos nuevos

cargos, y por el contrario solo las conoció con la carta de terminación del contrato.

Al respecto, debe aclararse que la comunicación a la que hace referencia el recurrente de fecha 6 de agosto de 2013, y obrante a folio 64 del plenario, no corresponde a una notificación de apertura de un proceso disciplinario, es únicamente la citación que el empleador hizo al trabajador para adelantar diligencia de descargos de acuerdo a la situación reportada en el proceso 2010- 0159; de igual forma, tampoco se observa violación alguna al debido proceso del actor pues para darse el despido se agotó previamente diligencia de descargos, en la cual, se le solicitó aclarar los hechos relacionados con la presunta falta de revisión en el proceso 2010-0159, y posteriormente en la carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 29 de agosto de 2013, obrante a folio 54 a 56, se le comunicó al actor que su contrato de trabajo termina con justa causa al no desvirtuar que no realizó la revisión oportuna del proceso radicado 2010-0159 una vez se reintegró de la suspensión que le fue impuesta en el mes de mayo, trayendo consigo graves perjuicios económicos para la empresa.

Por ende, los motivos y razones concretas por las cuales se dio por terminado el contrato de trabajo fueron los mismos hechos por los cuales en la diligencia de descargos se le solicitó aclaración y frente a los cuales el demandante tuvo la oportunidad de defenderse.

Así las cosas, probado el incumplimiento en la revisión del proceso 2010-0159, y calificado por las partes que ello significaba el incumplimiento a una obligación calificada como justa causa para despido, está plenamente evidenciado en este caso que se configuraron las causas y se cumplieron todas las garantías por parte del empleador, para haber adoptado la decisión de terminar unilateralmente el contrato por justa causa imputable al trabajador, por lo que se negaran las suplicas de la demanda en ese punto.

En consecuencia, se confirmará íntegramente la decisión de primera instancia que absolvió al empleador de las pretensiones de la demanda; Al no prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, se condenará en costas de segunda instancia, fijándose como agencias en derecho a favor de la parte demandada el equivalente a medio salario mínimo.

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

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia impugnada de fecha 3 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante. Fijense como agencias en derecho a favor de la demandada el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Nidia Belén Quintero G.*

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

*José Andrés Serrano Mendoza*

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

*Elver Naranjo*

**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.

*[Signature]*

Secretario



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

Veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Veintiuno (2021)

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-003-2018-00482-00 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.311                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | ALBA LUCIA PARADA REYES        |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A |

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ALBA LUCIA PARADA REYES contra COLPENSIONES y PORTECCIÓN S.A, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2018-00482-00, y Radicación interna N° 19.311 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y del grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia del 17 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

La señora ALBA LUCIA PARADA REYES interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y A.F.P. PROTECCIÓN para que se declare la ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual efectuado el 1 de junio de 1994, ordenando el retorno al régimen de prima media con el traslado de todos los aportes pensionales provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que nació el 10 de septiembre de 1960 y que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones del 15 de febrero de 1980 hasta el 31 de octubre de 1996, alcanzando a cotizar 649 semanas; que el 1° de noviembre de 1999 fue trasladada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por PORTECCIÓN S.A.

Que esta entidad incurrió en omisión en el deber de información ante la insuficiente asesoría recibida por la señora ALBA LUCIA PARADA REYES sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones de del régimen de ahorro individual. Que el día 22 de agosto del año 2007, la señora ALBA LUCIA PARADA REYES se dirigió a la oficina de PORTECCIÓN S.A para preguntar por la posibilidad de devolverse al régimen de prima media con prestación definida a lo que la asesora le contestó que no era posible.

Que posteriormente, en el año 2017 cuando la actora estaba próxima a cumplir los requisitos de edad, previo el cumplimiento de las semanas, visitó el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A para solicitar un estimado de su pensión de vejez. Que en total ha cotizado al sistema general de seguridad social integral en pensiones un total de 1.437,29 semanas a fecha 30 de junio de 2018 y actualmente continua cotizando. Que el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual a corte 30 de junio de 2018 es la suma de \$67.698.083

Admitida la demanda en auto del 28 de enero de 2019, y notificada personalmente a las demandadas; COLPENSIONES, contesta oponiéndose a las pretensiones de la demanda afirmando que se atiene a lo probado pues la accionante de manera voluntaria se afilió al RAIS y actualmente está incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 al faltar menos de 10 años para pensionarse; acepta los hechos objetivos como fechas de nacimiento y de traslados, pero estima que los demás deben probarse, propone como excepciones INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN PRETENDIDA, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, y la INNOMINADA O GENERICA.

Por su parte AFP PROTECCIÓN manifestó que los hechos deben probarse, pues al suscribirse el formulario de traslado este se demuestra libre, espontáneo y antecedido de información suficiente; se opone a las pretensiones porque no existe vicio alguno que genere la ineficacia de traslado y en todo caso debe establecerse adecuadamente el régimen de restituciones mutuas. Propone como excepciones de mérito la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

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

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

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 17 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO:** *DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción.*

**SEGUNDO:** *DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora ALBA LUCIA PARADA REYES al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.*

**TERCERO:** *CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los aportes realizados por el demandante ALBA LUCIA PARADA REYES, las sumas de dinero percibidas por concepto de porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de ahorro con solidaridad, el porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; así mismo los rendimientos por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esa administradora.*

**CUARTO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que valide la afiliación del demandante ALBA LUCIA PARADA REYES, en los términos reseñados anteriormente, y reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por PROTECCIÓN S.A.

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

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

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

- Que el problema jurídico a resolver es si la señora ALBA LUCIA PARADA REYES tiene derecho a que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual en noviembre de 1999, como consecuencia del incumplimiento en el deber de información y si hay lugar a ordenar el traslado de totalidad de aportes, rendimientos y valores que obren en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES.

- Señala que en este caso está demostrada la afiliación al Régimen de Prima Media a través del ISS hoy Colpensiones, del 15 de febrero de 1980 hasta el 31 de octubre de 1996 por lo que efectivamente tenía afiliación activa al régimen de prima media alcanzando a cotizar 649 semanas; que el 1° de noviembre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A, cotizando un total de 1.437,29 semanas a fecha 30 de junio de 2018 y actualmente continua cotizando.

- Explica que este traslado se dio en la denominada primera etapa de la seguridad social, donde las AFP tenían el deber de información y al respecto en sentencia SL1688 de 2019 se precisó que la expresión “libre y voluntaria” del artículo 13 de la Ley 100 presupone conocimiento y por eso solo se adquieren estas características cuando se sabe a plenitud las consecuencias de una decisión, por lo que no puede alegarse manifestación libre y voluntaria cuando desconocen la incidencia sobre sus derechos prestacionales, y por ello desde el Decreto 663 de 1993 consagra el deber de suministrar a los usuarios la información necesaria para consumir sus operaciones, siendo así el deber de información exigible desde la creación de las A.F.P.

- Agrega que conforme otras decisiones judiciales previas, como SL4964 de 2018, la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de este deber de información es de las A.F.P., indicando de que manera puede afectar su futuro pensional el traslado y es un deber que no se cumple con la simple suscripción del formulario, por su carácter formal, sin que pueda desprenderse validez de una manifestación genérica. Por eso el formulario aportado al plenario no es suficiente para demostrar el consentimiento informado y no existen razones para apartarse del precedente judicial.

- En ausencia de pruebas sobre el cumplimiento de este deber de información, procede la declaratoria de la ineficacia del traslado sin que sea susceptible la prescripción por tratarse de un estado jurídico y no puede ser afectada por este fenómeno y debe ser recibido por COLPENSIONES al ser la actual única administradora del régimen de prima media con prestación definida.

- Sobre los conceptos a trasladar, señala que debe devolver también los gastos de administración y demás descuentos realizados a los aportes del

afiliado, conforme explica la Corte en SL2877 de 2020; precisando que también deben devolverse los descuentos por seguros previsionales.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada COLPENSIONES**

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

- Que no era procedente acceder a la ineficacia del traslado, porque la demandante tenía capacidad plena para celebrar actos jurídicos como el cambio de régimen y no se evidencian vicios del consentimiento, destacando que la actora estuvo afiliado por más de 20 años y eso genera obligaciones de información también de su parte, como identificar cuál era su perspectiva pensional más favorable.

- Que los traslados de personas del RAIS al RPM generan una descapitalización en el fondo público, ya que imponen a COLPENSIONES soportar las diferencias pensionales de los sujetos a recibir, máxime cuando para eso se consagró el límite de 10 años antes de la edad de pensión para trasladarse de régimen, en aras de que las administradoras tuvieran claro el peso de sus obligaciones financieras.

- Que estos traslados conllevan a un desequilibrio del régimen financiero de prima media: por lo que solicita se revoque la decisión que le ordena recibir la afiliación de la demandante y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones, incluyendo las costas pues no tuvo incidencia en el traslado demandado.

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

El apoderado de PROTECCIÓN interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Explica que el afiliado de manera libre, y voluntaria se trasladó de Protección a Porvenir quien tomo el manejo de los aportes; que cuando el actor se trasladó de Protección a Porvenir, remitió los aportes y rendimientos recibidos, de modos que no es posible que a Protección se le quiera cargar la devolución de todos los aportes por gastos de administración y pago de seguro previsional cuando cada fondo los utilizó para las operaciones financieras.

- Considera que no es procedente ordenar la devolución íntegra de todos los dineros incluyendo gastos de administración y seguros, que fueron cobrados por disposición legal para el funcionamiento de la actividad de aseguradora, no siendo dable devolverlos pues se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado la administradora y son conceptos que no es dable restituir, pues desconoce el régimen de restituciones mutuas con frutos e intereses y desmejoras.

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

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá el Grado Jurisdiccional de Consulta de la sentencia, en virtud de lo establecido

en el artículo 69 del C.P.T y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

## **5. ALEGATOS**

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

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora ALBA LUCIA PARADA REYES del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PROTECCIÓN S.A.? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y demás conceptos ordenados.

## **8. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora ALBA LUCIA PARADA REYES, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto la jueza A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que la jurisprudencia ha identificado claramente que desde su nacimiento, las A.F.P. tenían el deber de suministrar información suficiente para que el consentimiento fuera realmente libre y voluntario, lo que no se demuestra con el mero formulario, por lo que en ausencia de otra prueba accede a las pretensiones y ordena la devolución de los aportes con todos los valores descontados. Conclusión a la que se opone COLPENSIONES por estimar que el actor tenía capacidad para decidir su traslado, no es posible imponer esta consecuencia por afectar la sostenibilidad del sistema. Por otra parte, PROTECCIÓN advierte que no puede oponérsele una obligación inexistente a la fecha y aclarada posteriormente por la jurisprudencia, que en todo caso los descuentos realizados estaban amparados legalmente y deben comprender restituciones mutuas.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

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

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

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1º del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos*

*definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.*

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

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

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.*

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

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

régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PROTECCIÓN; pues argumenta la demandante que al suscribir el formulario no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que la actora se encontraba afiliado al ISS 15 de febrero de 1980 hasta el 31 de octubre de 1996 por lo que efectivamente tenía afiliación activa al régimen de prima media alcanzando a cotizar 649 semanas y mediante formulario de vinculación o traslado No. 5186353 suscrito el 1º de enero de 1999 se afilió a A.F.P. PROTECCIÓN S.A, apreciando en el documento junto a la firma de la demandante, la manifestación preinsertada al formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia.

No obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, la señora ALBA LUCIA PARADA REYES no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A. brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 1º de enero de 1999 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión

mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

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

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

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

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor. Se ha concluido que 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 la demandante en el mes de enero de 1999, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*, por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que la afiliada hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

*Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor*

*del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*

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

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

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido en esa entidad.

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

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por la Jueza Tercera Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 17 de septiembre de 2020; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

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

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha del 17 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

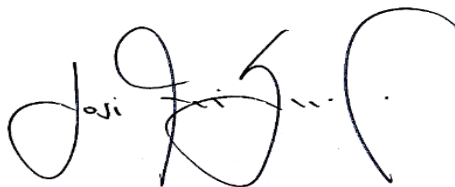
**SEGUNDO:** CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



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



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



**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Veintiuno (2021)

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-003-2019-00324-00 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.282                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | JAIME ÁVILA SUÁREZ             |
| <b>DEMANDADO:</b>        | PORVENIR Y COLPENSIONES        |

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JAIME ÁVILA SUÁREZ contra PORVENIR y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2019-00324-00, y Radicación interna N° 19.282 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y del grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia del 19 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor JAIME ÁVILA SUÁREZ interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y A.F.P. PORVENIR para que se declare la ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual efectuado el 1 de junio de 1994, ordenando el retorno al régimen de prima media con el traslado de todos los aportes pensionales provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que nació el 11 de enero de 1963 y el 1 de junio de 1994 se suscribió a COLPATRIA, A.F.P. que fue absorbida y pertenece actualmente a PORVENIR, estando previamente afiliado a CAJANAL como parte del régimen de prima media con prestación definida; que el 7 de diciembre de 1999 suscribió solicitud de vinculación a A.F.P. PORVENIR. Que estas entidades incurrieron en omisión en el deber de información ante la insuficiente asesoría recibida por el señor JAIME ÁVILA SUÁREZ sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones de ambos regímenes. Que antes del 11 de enero de 2015 no se aconsejó debidamente al actor que lo más conveniente para su futuro pensional era trasladarse a COLPENSIONES. Que mediante resolución No. 0-3199 del 21 de noviembre de 2017 proferida por el Fiscal General de la

Nación, en cumplimiento de sentencia judicial, se reintegró al señor JAIME ÁVILA SUÁREZ al cargo de técnico investigador de la Dirección Seccional de Norte de Santander luego de haber sido declarado insubsistente en 2001. Que en agosto de 2019 se solicitó el traslado de régimen

La demandada COLPENSIONES, se opone a las pretensiones de la demanda afirmando que se atiene a lo probado pues el accionante de manera voluntaria se afilió al RAIS y actualmente está incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 al faltar menos de 10 años para pensionarse; acepta los hechos objetivos como fechas de nacimiento y de traslados, pero estima que los demás deben probarse.

Por su parte AFP PORVENIR manifestó que los hechos deben probarse, pues al suscribirse el formulario de traslado este se demuestra libre, espontáneo y antecedido de información suficiente; se opone a las pretensiones porque no existe vicio alguno que genere la ineficacia de traslado y en todo caso debe establecerse adecuadamente el régimen de restituciones mutuas. Propone como excepciones de mérito la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

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

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

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 19 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

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

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

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

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

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

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

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

- Que el problema jurídico a resolver es si el señor JAIME ÁVILA SUÁREZ tiene derecho a que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual en 1999, como consecuencia del incumplimiento en el deber de información y si hay lugar a ordenar el traslado de totalidad de aportes, rendimientos y valores que obren en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES.

- Señala que en este caso está demostrada la afiliación al Régimen de Prima Media a través de CAJANAL, conforme a certificaciones aportadas donde se evidencian dos vinculaciones con la Rama Judicial del 1 de julio de 1989 al 30 de junio de 1992 y con la Fiscalía del 1 de julio de 1992 al 1 de abril de 1994 con aportes a dicha entidad; por lo que efectivamente tenía afiliación activa al régimen de prima media y que el 7 de diciembre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR, donde ha cotizado 438 semanas.

- Explica que este traslado se dio en la denominada primera etapa de la seguridad social, donde las AFP tenían el deber de información y al respecto en sentencia SL1688 de 2019 se precisó que la expresión “libre y voluntaria” del artículo 13 de la Ley 100 presupone conocimiento y por eso solo se adquieren estas características cuando se sabe a plenitud las consecuencias de una decisión, por lo que no puede alegarse manifestación libre y voluntaria cuando desconocen la incidencia sobre sus derechos prestacionales, y por ello desde el Decreto 663 de 1993 consagra el deber de suministrar a los usuarios la información necesaria para consumir sus operaciones, siendo así el deber de información exigible desde la creación de las A.F.P.

- Agrega que conforme otras decisiones judiciales previas, como SL4964 de 2018, la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de este deber de información es de las A.F.P., indicando de que manera puede afectar su futuro pensional el traslado y es un deber que no se cumple con la simple suscripción del formulario, por su carácter formal, sin que pueda desprenderse validez de una manifestación genérica. Por eso el formulario aportado al plenario no es suficiente para demostrar el consentimiento informado y no existen razones para apartarse del precedente judicial.

- En ausencia de pruebas sobre el cumplimiento de este deber de información, procede la declaratoria de la ineficacia del traslado sin que sea susceptible la prescripción por tratarse de un estado jurídico y no puede ser afectada por este fenómeno y debe ser recibido por COLPENSIONES al ser la actual única administradora del régimen de prima media con prestación definida.

- Sobre los conceptos a trasladar, señala que debe devolver también los gastos de administración y demás descuentos realizados a los aportes del afiliado, conforme explica la Corte en SL2877 de 2020; precisando que también deben devolverse los descuentos por seguros previsionales.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada COLPENSIONES**

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

- Que no era procedente acceder a la ineficacia del traslado, porque el demandante tenía capacidad plena para celebrar actos jurídicos como el cambio de régimen y no se evidencian vicios del consentimiento, destacando que la actora estuvo afiliado por más de 20 años y eso genera obligaciones de información también de su parte, como identificar cuál era su perspectiva pensional más favorable.

- Que los traslados de personas del RAIS al RPM generan una descapitalización en el fondo público, ya que imponen a COLPENSIONES soportar las diferencias pensionales de los sujetos a recibir, máxime cuando para eso se consagró el límite de 10 años antes de la edad de pensión para trasladarse de régimen, en aras de que las administradoras tuvieran claro el peso de sus obligaciones financieras.

- Que el demandante nunca estuvo afiliado al I.S.S. antes de ingresar al RAIS; por lo que solicita se revoque la decisión que le ordena recibir la afiliación del demandante y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones, incluyendo las costas pues no tuvo incidencia en el traslado demandado.

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

El apoderado de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Explica que para el año 1994, principiaba la vigencia de la Ley 100 de 1993 y no existía jurisprudencia al respecto, solo existiendo como guías de actuación el Estatuto Orgánico Financiero y otros decretos relacionados, donde se imponía una debida asesoría de carácter verbal y la voluntad debería constar en un formulario, como efectivamente actuó el Fondo de Pensiones siendo jurisprudencialmente que se impone un deber de actuación más estricto que resulta de imposible cumplimiento para los fondos de pensiones.

- Sobre la restitución de todo el capital pensional más los frutos y los descuentos por gastos de administración, seguros y fondos de garantías, no lo comparte pues si bien el efecto de la ineficacia de un acto jurídico es retrotraer los efectos como si el mismo no hubiera existido, este propósito tiene unas excepciones como las situaciones jurídicas ya consolidadas y se presentan varios hechos como el que se ha prestado un servicio, generando un rendimiento y por lo tanto deben garantizarse restituciones mutuas. De manera que prestado los servicios tanto propios para generar frutos como los de aseguradoras al cubrir riesgos, estos no pueden ser devueltos y no afectan la estabilidad financiera de COLPENSIONES, dado que los frutos causados tienen mayor rentabilidad que los descuentos y se estaría generando un enriquecimiento injustificado a favor del régimen público.

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

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

#### **5. ALEGATOS**

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

##### **•PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la parte demandante manifiesta que la única conclusión posible es la nulidad o ineficacia del traslado del sr. JAIME AVILA SUAREZ al Régimen de Ahorro Individual por falta del deber de información, pues la Sala de Casación Laboral ha resaltado que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; y dentro del plenario no se observa ningún elemento de juicio que desvirtué el incumplimiento por parte de la pasiva, dado que se ha indicado que la carga de la prueba recae sobre el Fondo y esta no demostró un acta de asesoría o cualquier medio que cumpla este deber procesal. Que el sr. JAIME AVILA SUAREZ cuenta con 58 años de edad, luego el requisito de edad lo cumpliría en el 2025; por tanto, solo hasta enero de 2015 tenía la posibilidad legal de trasladarse de régimen y en esas fechas no hubo comunicación directa de la AFP para advertir de la misma. Solicita se acoja el precedente vertical y horizontal existente y se confirme lo resuelto en primera instancia.

##### **•PARTE DEMANDADA:**

La apoderada de COLPENSIONES expone que la actora realizó traslado de régimen y alega engaño por parte del fondo privado, ante la ausencia de información, pero su traslado se realizó de manera voluntaria y autónoma dentro del ejercicio de la libertad legal para hacerlo, sin intervención de COLPENSIONES. Que conforme al artículo 1495 del código civil y artículo 4 del decreto 2241 de 2010, el afiliado debe conocer los riesgos del traslado y estar debidamente informados, que es un deber cuyo cumplimiento no se demostró y era carga de la prueba de la actora. Que tampoco probó el engaño aducido, la cual sucedió hace más de 10 años, por lo que debe valorarse si existieron actos de relacionamiento que demeriten un vicio del consentimiento como sucedió en providencia SL1120 de 2020. Agrega que debe valorarse el término límite de edad para materializar un traslado y el impacto financiero de la decisión, sin que exista legitimación en la causa por su parte al no intervenir en el acto de traslado demandado, por lo que solicita se absuelva a la entidad de las condenas impuestas.

El apoderado de PORVENIR señaló que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia vigente en la época del traslado, pues La AFP PORVENIR informó a sus afiliados sobre las características del régimen de

ahorro individual, sobre sus aportes, rendimientos y de las posibilidades de traslado de régimen.

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

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

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado del señor JAIME ÁVILA SUÁREZ del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y demás conceptos ordenados.

## **8. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor JAIME ÁVILA SUÁREZ, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto la jueza A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que la jurisprudencia ha identificado claramente que desde su nacimiento, las A.F.P. tenían el deber de suministrar información suficiente para que el consentimiento fuera realmente libre y voluntario, lo que no se

demuestra con el mero formulario, por lo que en ausencia de otra prueba accede a las pretensiones y ordena la devolución de los aportes con todos los valores descontados. Conclusión a la que se opone COLPENSIONES por estimar que el actor tenía capacidad para decidir su traslado, no es posible imponer esta consecuencia por afectar la sostenibilidad del sistema y el actor nunca estuvo afiliado al I.S.S. antes de trasladarse al RAIS. Por otra parte, PORVENIR advierte que no puede oponérsele una obligación inexistente a la fecha y aclarada posteriormente por la jurisprudencia, que en todo caso los descuentos realizados estaban amparados legalmente y deben comprender restituciones mutuas.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

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

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto

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

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

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

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

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

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

demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PORVENIR; pues argumenta el demandante que al suscribir los formularios no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado a la entonces CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN - CAJANAL para 1994, donde cotizó a través de la RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN entre 1989 hasta marzo de 1994 y mediante formulario de vinculación o traslado No. 080226 suscrito el 13 de mayo de 1994 se afilió a A.F.P. PORVENIR, el 12 de agosto de 1997 se trasladó a A.F.P. COLPATRIA y nuevamente el 7 de diciembre de 1999 a PORVENIR, apreciando en el cada documento junto a la firma del demandante, la manifestación preinsertada al formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia.

No obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos

asuntos en el demandante, es decir, el señor ÁVILA SUÁREZ no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PORVENIR S.A. brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 13 de mayo de 1994 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

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

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

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, si se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de

hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales del recurso de apelación de ambas demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debía enfocarse la demandada en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que le correspondía, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

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

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

Así mismo, conviene también precisar que, si bien es cierto, en su momento, el actor se encontraba en el RPM afiliado a CAJANAL, no resulta viable determinar que con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliado en dicha entidad.

Lo anterior, dado que según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”* el Congreso de Colombia creó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del RPM y a su vez, estableció que dicha entidad, asumiría los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al RPM, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de CAJANAL, CAPRECOM y el ISS en lo que a pensiones se refiere.

En esa línea, CAJANAL fue liquidada por parte del Gobierno Nacional, en virtud del Decreto 2196 de 2009 *“por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”* el cual además, ordenó en el artículo 4, que el traslado de afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, debería adelantarse a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.

Más adelante, mediante a través del Decreto 2013 de 2012 *“Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”* se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPM, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156

de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPM respecto de las cuales se hubiese decretado o se decreta su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.”*

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor. Se ha concluido que PORVENIR S.A. incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de julio de 1994, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PORVENIR S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

*Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se*

*cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*

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

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

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1994 en esa entidad.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por la Jueza Tercera Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 19 de marzo de 2021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

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

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha del 19 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijar como agencias en

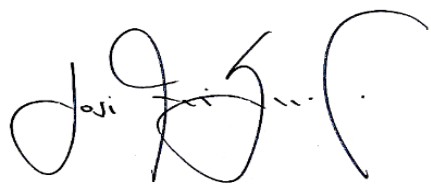
derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



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



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



**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Veintiuno (2021)

|                          |                                                                                                           |
|--------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                                                                                  |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-004-2013-00388-00                                                                            |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.133                                                                                                    |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | LUIS CARLOS HERNÁNDEZ MUÑOZ                                                                               |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COMPAÑÍA COLOMBIANA DE AVIACIÓN S.A – COPA COLOMBIA S.A–<br>ACTIVOS S.A y SELECCIONEMOS DE COLOMBIA S.A.S |

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS CARLOS HERNÁNDEZ MUÑOZ contra COMPAÑÍA COLOMBIANA DE AVIACIÓN S.A, COPA COLOMBIA S.A, ACTIVOS S.A y SELECCIONEMOS DE COLOMBIA S.A.S., Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2013-00388-00, y Radicación Interna No. 19.113 de este Tribunal Superior, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del numeral 3° del auto de fecha 30 de enero de 2020, a través del cual, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dispuso proferir una nueva liquidación de costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor LUIS CARLOS HERNÁNDEZ MUÑOZ, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra COMPAÑÍA COLOMBIANA DE AVIACIÓN S.A, COPA COLOMBIA S.A, ACTIVOS S.A y SELECCIONEMOS DE COLOMBIA S.A.S, pretendiendo, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de junio de 2009 hasta el 30 de octubre de 2011, cuando se le terminó de manera unilateral sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada el reintegro del actor, el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como la reliquidación de estas.

El proceso le correspondió al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia de fecha 27 de noviembre de 2014, negó las pretensiones de la demanda; sin embargo, en el año 2018, se revocó la sentencia consultada, y en su lugar se declaró que entre el señor LUIS CARLOS HERNÁNDEZ MUÑOZ, y COLOMBIANA DE AVIACIÓN COPA COLOMBIA S.A., existió un contrato de trabajo que inició el 8 de febrero de 2010 y finalizó el 30 de octubre de 2011, y como consecuencia del mismo, se condena a la empresa de servicios temporales ACTIVOS S.A., y de manera solidaria a la COMPAÑÍA

COLOMBIANA DE AVIACIÓN COPA COLOMBIA S.A., a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$343.413 que corresponde a la diferencia que existe entre el valor reconocido por la temporal, y el que verdaderamente corresponde a la liquidación de prestaciones sociales; a la suma de \$462.069 por concepto de cesantías causadas durante el periodo comprendido del 8 de febrero de 2010 al 30 de octubre de 2011; a la suma de \$782.800 por concepto de indemnización por despido injusto, la cual al ser indexada a la fecha de la providencia corresponde al valor total a reconocer de \$1.001.306; y además, se condenó en costas de primera y segunda instancia, fijando como agencias en derecho correspondientes en primera instancia a \$3.124.968, y en segunda instancia la suma de \$1.562.484 a favor del señor LUIS CARLOS HERNÁNDEZ y a cargo de las demandadas ACTIVOS S.A. y de manera solidaria a la COMPAÑÍA DE AVIACIÓN COPA COLOMBIA S.A.

Mediante auto de fecha 5 de marzo de 2019, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, aprobó la liquidación de costas en el presente proceso en cuantía de \$9.374.904 (folio digital 925), y contra la misma, la COMPAÑÍA DE AVIACIÓN COPA COLOMBIA S.A. interpuso recurso de apelación a efectos de que se efectuara una nueva liquidación de costas procesales por excederse los topes legales dispuestos para el efecto (folio digital 941).

Seguidamente, en providencia de fecha 13 de agosto de 2019, el Juez de primera instancia deja sin efecto el auto del 5 de marzo de 2019, al observar que incurrió en error al momento de interpretar las condenas impuestas, y señala, que la condena en costas de primera y segunda instancia en contra de la demandada SERVICIOS TEMPORALES ACTIVOS S.A. y solidariamente la COMPAÑÍA DE AVIACIÓN COPA COLOMBIA S.A., es por la suma de \$3.124.968, y la condena por agencias en derecho de primera y segunda instancia es por valor de \$1.562.484 (folio 957).

El día 23 de agosto de 2019, la parte actora solicitó librar mandamiento de pago por las siguientes sumas: (i) \$222.873 que corresponden a la diferencia entre el valor liquidado por el contador de la rama judicial y el título ejecutivo consignado por COMPAÑÍA COLOMBIANA DE AVIACIÓN COPA COLOMBIA S.A.; (ii) \$6.249.936 por el valor de costas de primera y segunda instancia fijadas a ACTIVOS S.A.; (iii) \$3.124.968 por el valor de las costas de primera y segunda instancia fijadas a COMPAÑÍA COLOMBIANA DE AVIACIÓN COPA COLOMBIA S.A (folio 965 a 971).

En auto del 14 de noviembre de 2019, el juez de conocimiento libra orden de pago a favor del señor LUIS CARLOS HERNÁNDEZ MUÑOZ, y en contra de COMPAÑÍA COLOMBIANA DE AVIACIÓN COPA COLOMBIA S.A., por las sumas anteriormente señaladas (folio 975 a 977); contra la anterior decisión la demandada el día 25 de noviembre de 2019 formula incidente de nulidad (folio 979 a 982), e interpone recurso de apelación contra la anterior decisión (folio 989 a 993).

Finalmente, en auto de fecha 5 de febrero de 2020, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dispuso proferir una nueva liquidación de costas del proceso ordinario, señalando en el numeral 3° de la resolutive de dicha providencia que la condena en costas a cargo de ACTIVOS S.A y de manera solidaria COPA COLOMBIA S.A., correspondía a la suma total de \$4.687.452, el cual fue objeto de recurso de apelación por parte de la demandada (folio 1015 a 117).

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

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

Mediante auto del 5 de febrero de 2020 proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta se resolvió:

**“PRIMERO:** NEGAR la reposición impetrada por la parte ejecutada, conforme a lo expuesto en la motiva.

**SEGUNDO:** Dejar sin efectos el numeral 3 de la parte resolutive del auto del 13 de agosto de 2019.

**TERCERO:** IMPARTIR APROBACIÓN a la liquidación de costas en la suma de \$4.687.452, conforme fue elaborada en la parte motiva

**CUARTO:** CONCEDER el recurso de apelación en el efecto devolutivo, conforme a lo considerado”

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

El juez a quo, fundamenta el numeral tercero de la decisión de primera instancia señalando, que si bien dentro de la decisión de fecha 13 de agosto de 2019 no hizo consideración alguna en cuanto a la razón de la cuantía por condena en costas y agencias en derecho que impuso el superior jerárquico, la parte demandada no interpuso recurso de apelación contra dicha decisión, por consiguiente, no puede prosperar la reposición del auto recurrido en cuanto acceder a decretar la nulidad impetrada.

Advierte, que en el auto de fecha 13 de agosto de 2019, por medio del cual se hizo corrección de la liquidación de costas, se volvió a interpretar de manera equivocada la condena en costas que impuso la segunda instancia en sentencia oral; siendo lo acertado “condena en costas de primera y segunda instancia agencias primera instancia para activos \$3.124.968 y solidariamente COPA. Para ACTIVOS S.A agencias en derecho \$1.562.484 a favor del demandante y solidariamente COPA, para una total condena en costas a cargo de la demandada de \$4.687.452” (sic), por lo anterior, deja sin efecto el numeral 3° del auto de fecha 13 de agosto de 2019 que aprobó la liquidación de costas, y señala como liquidación de costas la suma de \$4.687.542.

## **3. RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada presentó recurso de apelación en contra del numeral 3° del auto de fecha 5 de febrero de 2020, mediante el cual se dispuso proferir una nueva liquidación de costas del proceso ordinario laboral a pesar que a la fecha se encuentran en trámite las siguientes actuaciones: el recurso de apelación interpuesto contra en del auto de fecha 17 de enero de 2020, que negó el incidente de nulidad formulado por la demandada; y el recurso de apelación interpuesto en contra del auto proferido el 14 de noviembre de 2019, y mediante el cual se libró mandamiento de pago a fin de obtener el pago de las costas liquidadas y aprobadas mediante auto del 13 de agosto de 2019, desconociendo la existencia de una liquidación previa que había sido objeto de recurso de apelación y que dio origen al incidente de nulidad antes mencionado.

Agregó que conforme al numeral 2° del artículo 366 del Código General del Proceso, señala, que para liquidar las costas y agencias en derecho se debe tomar en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto, y teniendo en cuenta que dentro del presente proceso la única condena impuesta de conformidad al fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta el día 27 de febrero de 2018, es por la suma de \$1.865.847, la cual corresponde a la indemnización por despido injusto y por el único concepto al que fue condenada COPA COLOMBIA S.A., razón por la cual, este valor es el que debería ser tenido en cuenta al momento de efectuar la liquidación de costas procesales.

Por ende, considera que no es dable efectuar una tercera liquidación de costas procesales en la que se ordena pagar al demandante la suma de \$4.687.452 pues esta suma es equivalente a más de cuatro veces la condena impuesta, con lo que además se desconoce el numeral 2° del artículo 366 del C.G.P y el numeral 4° del artículo 366 del C.G.P., pues el tope máximo para calcular las agencias en derecho del presente proceso corresponden en total el 30% de la suma de \$1.865.847 que correspondería a la suma \$308.292 la cual es inferior a la calculada por el *a quo* por \$4.687.452.

#### **4. ALEGATOS:**

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

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

- **PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de COPA COLOMBIA S.A indicó que dentro del presente proceso la única condena impuesta de conformidad al fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta el día 27 de febrero de 2018 ascendió a la suma de \$1.865.847 la cual corresponde a la indemnización por despido injusto, siendo este el único concepto al que fue condenado de manera principal, razón por la cual, considera que este valor es el que debería ser tenido en cuenta por la Secretaría del Despacho al momento de efectuar la liquidación de costas procesales a cargo de la demandada.

Que en ese sentido, no resulta dable efectuar una tercera liquidación de costas procesales en las que se ordene pagar a favor del demandante la suma de \$4.687.452 pues dicha suma es equivalente a más de cuatro veces la condena impuesta, siendo evidente el desconocimiento de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 366 del CGP.

Conforme a lo anterior, es claro y evidente que el valor de las agencias en derecho a las que fue condenada superan el tope contenido en el Acuerdo 1887 de 2003, aplicable al presente caso de conformidad a lo dispuesto en el numeral 2.1.1. del referido acuerdo, en el que se estableció que, para los procesos ordinarios laborales, a favor del trabajador las costas a imponer en primera instancia corresponden hasta el 25% del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia y en segunda instancia, hasta el 5% del valor de las pretensiones confirmadas o revocadas.

Por lo expuesto, el tope máximo para calcular las agencias en derecho del presente proceso corresponde en total el 30% de la suma de \$1.865.847., valor el cual asciende a \$308.292, esto es, una suma completamente inferior a la

calculada por parte del Despacho al momento de realizar la liquidación de costas en la que se señaló como valor de las agencias en derecho la suma de \$4.687.452.

Finalmente, destaca que el valor liquidado por parte de la Secretaría del Despacho corresponde a una suma excesiva, en la medida que supera en exceso los topes dispuestos para el cálculo de la liquidación de costas procesales ordenando a la demandada de reconocer un valor desproporcionado desde todo punto de vista, y en esa medida se solicita efectuar una nueva liquidación de costas procesales, teniendo en cuenta la condena impuesta a mi representada, así como los lineamientos normativos y jurisprudenciales para el efecto.

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

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

## **6. CONSIDERACIONES**

Teniendo en cuenta los antecedes anteriores, es preciso concluir, que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que señala que es apelable el auto “(...) *que resuelva la objeción a la liquidación de las costas respecto de las agencias en derecho.*”

En el presente caso, COPA COLOMBIA S.A. plantea su inconformidad en los siguientes términos:

(i) Que el numeral 3° del auto de fecha 5 de febrero de 2020, mediante el cual se profirió una nueva liquidación de costas del proceso ordinario laboral, desconoce los recursos de apelación que la demandada había interpuesto contra anteriores providencias.

(ii) Que la suma de \$4.687.452 que se orden pagar a COPA COLOMBIA S.A es equivalente a más de cuatro veces la condena impuesta con lo que se desconoce el numeral 2° del artículo 366 del C.G.P y el numeral 4° del artículo 366 del C.G.P. máxime cuando el tope máximo para calcular las agencias en derecho del presente proceso correspondería a la suma \$308.292 y no a la indicada por el *a quo*.

Conforme a lo expuesto, le corresponde a la Sala determinar: ¿Si el juez *a quo* se equivocó al modificar en auto de fecha 5 de febrero de 2020, la liquidación de costas del proceso laboral sin darle trámite a los recursos de apelación que la parte demandante había interpuesto contra las actuaciones surtidas con anterioridad? y ¿Si la condena en costas impuesta por el juez *a quo* por la suma de \$4.687.452 fue excesiva o no?

Frente al primer problema jurídico planteado, es preciso señalar que cuando los jueces adviertan un error, deben adoptar las previsiones necesarias para remediarlo, con el propósito primordial de superar situaciones que pudieran afectar injustificadamente a las partes. Precisamente, en la providencia CSJ AL 1040-2019, que reiteró la Sala de Casación Laboral en sentencia del 22 de enero de 2013 rad. 49327 expresó:

*“...En reiteradas oportunidades, y en especial en auto de radicación 36407 de 21 de abril de 2009, ha sostenido que:*

*Para superar lo precedente basta decir que, como lo ha señalado de antaño la jurisprudencia, empero de la firmeza de un auto, no se convierte en ley del proceso sino en la medida en que se acompasa con el ordenamiento jurídico. [...].*

*Bastante se ha dicho que el juez no puede de oficio ni a petición de parte revocar, modificar o alterar un auto ejecutoriado, pero también, que el error cometido en una providencia no lo obliga a persistir en él e incurrir en otros, menos, cuando su causa, como en este caso ocurrió, fue precisamente otro error. Por lo dicho, debe atenderse el aforismo jurisprudencial que indica que “los autos ilegales no atan al juez ni a las partes” y, en consecuencia, apartarse la Corte de los efectos de la mentada decisión”*

De acuerdo con lo anterior, es claro que el juez puede revocar sus propias decisiones, en aras de proteger la legalidad, cuando éstas resulten contrarias al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, en el presente caso, al evidenciar el juez *a quo* que el auto del 5 de marzo de 2019, mediante el cual fijaba las costas del proceso no estaba acorde con la realidad procesal, podía dejar sin efecto dicha decisión para subsanar la irregularidad advertida, a pesar de que contra el *auto ilegal* se hubiere interpuesto el recurso de apelación pues con este lo que pretendía la parte demandada era corregir precisamente la condena en costas.

De igual forma, en el evento de persistir la inconformidad con la condena impuesta en auto del 13 de agosto de 2019, que subsanó la irregularidad, COPA COLOMBIA S.A, podía interponer en contra de este, el recurso de apelación, sin embargo, no lo hizo quedando dicha decisión en firme.

En cuanto a la fijación de costas en la suma de \$4.687.452, vemos que el artículo 365 numeral 1° del C.G.P., aplicable por analogía a los procesos laborales de acuerdo con el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que hay lugar a la condena en costas, entre otros, cuando la parte sea vencida en el proceso.

Ahora, la liquidación de costas, en las cuales se incluyen las agencias en derecho, se concreta en una condena procesal derivada del resultado del proceso, y su finalidad es que las partes comprometidas en la controversia que son vencidas en el juicio, asuman el valor de las expensas procesales, que son las costas y las agencias en derecho, que serían los gastos de apoderamiento de la contraparte. Y para la aplicación de la condena, el legislador ha escogido el criterio objetivo, esto es, que las costas corren en todo caso a cargo del vencido, abstracción hecha de su intención y de su conducta en el trámite del proceso, entendiéndose, además, que las agencias en derecho son una porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de parte vencedora.

No obstante, si bien la imposición de la condena en costas y agencias en derecho es automática, el valor de ésta se fija teniendo en cuenta las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura, y si éstas establecen un mínimo o un máximo, el juez debe tener en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales para la liquidación de las mismas, según lo dispone el numeral 4° del artículo 366 del C.G.P.

La H. Corte Constitucional, en La Sentencia C-539 de 1999, define las costas de la siguiente manera:

*“(...) Las costas pueden ser definidas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial. Esta carga económica comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales - vale la pena precisarlo - se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial.*

*Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es el juez quien, de manera discrecional, fija la condena por este concepto con base en los criterios establecidos en el artículo 393-3 del Código de Procedimiento Civil (tarifas establecidas por el Ministerio de Justicia o por el colegio de abogados del respectivo distrito y naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el representante judicial o la parte que litigó personalmente). Dicha condena no corresponde, necesariamente, a los honorarios efectivamente pagados por la parte vencedora a su apoderado (...).”*

Al revisar el trámite surtido en primera y segunda instancia, se advierte, que la demandada COPA COLOMBIA S.A fue vencida en el proceso, y en consecuencia hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

En lo referente a las agencias en derecho, el Acuerdo 1887 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en el artículo 2 establece que *“las agencias en derecho es la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento”*.

Y seguidamente en el artículo 3º, señala que *“El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones.”*

El juez como director del proceso, para fijar el monto de las agencias en derecho debe tener en cuenta, en conjunto todos esos factores, pero, en todo caso, al cuantificarlas no puede exceder el límite máximo señalado en dicha norma, según fuere el caso.

Se observa, que, en el auto del 5 de febrero de 2020, condenó en “agencias primera instancia para activos \$3.124.968 y solidariamente a COPA, y agencias en derecho de segunda instancia \$1.562.484 a favor del demandante

y solidariamente COPA”; actuación que fue objeto del recurso de apelación por parte de la demandada alegando, que el numeral 2° del artículo 366 del C.G.P., sostiene que al momento de liquidar el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto, y el numeral 4 ibidem refiere que para fijar las agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura, si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda excederse el máximo de dichas tarifas, por lo que consideró que la condena en costas debió ser por la suma de \$308.292.

Ahora bien, el ítem 2.1. Numeral 2.1.1. del artículo 6°, del Acuerdo 1887 de 2003, señala, que el valor de las costas en primera instancia en los procesos ordinario es hasta el 25% del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia. Si ésta, además, reconoce obligaciones de hacer, se incrementará hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes por este concepto, y en segunda instancia hasta el 5% del valor de las pretensiones confirmadas o revocadas total o parcialmente en la sentencia. Si ésta, además, reconoce obligaciones de hacer, se incrementará hasta un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

Debe tenerse en cuenta que esos límites corresponden a los máximos permitidos por el Acuerdo 1887 de 2003, y el juez para fijar el monto de las agencias en derecho debe seguir los criterios a los que nos referimos inicialmente, esto es, naturaleza y duración del proceso, la cuantía de las pretensiones de forma equitativa y razonable.

En este caso, la parte demandante presentó la demanda ordinaria el 3 de octubre de 2013 y se aceptó la contestación a la demanda el 23 de enero de 2014, a partir de lo cual el trámite que se surtió hasta que se decidió en segunda instancia mediante sentencia de fecha 27 de febrero de 2018, revocando la sentencia de primera instancia; seguidamente el juzgado de conocimiento ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el Tribunal mediante auto del 5 de marzo de 2019, aprobando además las costas que fueron liquidadas en la suma de \$9.374.904, las cuales fueron modificadas posteriormente en auto del 5 de febrero de 2020, para fijarlas en cuantía de \$4.687.452, que a la fecha es objeto de recurso de apelación por la parte demandada, por lo que se evidencia que el presente proceso ha tenido una duración de menos de 7 años.

De acuerdo a lo anterior, y en atención a los parámetros fijados por el Acuerdo 1887 de 2003, y las disposiciones que regulan el asunto, es claro que si el valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia proferida por la Sala Laboral el día 27 de febrero de 2018, asciende a la suma total de \$1.806.788, y que en dicha sentencia no fueron reconocidas obligaciones de hacer, la suma de \$4.687.452, establecido como agencias en derecho impuestas a la parte demandada, no se encuentra acorde con los máximos previstos en el Acuerdo 1887 de 2003, teniendo en cuenta además la naturaleza, calidad y duración del proceso.

Luego entonces, son de recibo los argumentos del apelante para cuestionar la liquidación de costas, debido a que debió fijarse como costas procesales, la suma de \$451.697 como agencias de derecho de primera instancia; y la suma de \$90.339,4 como agencias de derecho de segunda instancia, ambas condenas a cargo de las demandadas ACTIVOS S.A y solidariamente

COMPAÑÍA DE AVIACIÓN COPA COLOMBIA S.A., y a favor del señor LUIS CARLOS HERNÁNDEZ

En consecuencia, se revocará el numeral tercero del auto de fecha 5 de febrero de 2020, en cuanto al valor fijado como costas procesales, y en su lugar se fijará como costas procesales la suma correspondiente a \$451.697 como agencias de derecho de primera instancia; y la suma de \$90.339,4 como agencias de derecho de segunda instancia, ambas condenas a cargo de las demandadas ACTIVOS S.A y solidariamente COMPAÑÍA DE AVIACIÓN COPA COLOMBIA S.A., y a favor del señor LUIS CARLOS HERNÁNDEZ.

Sin costas en esta instancia al resultar favorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

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

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

### **RESUELVE:**

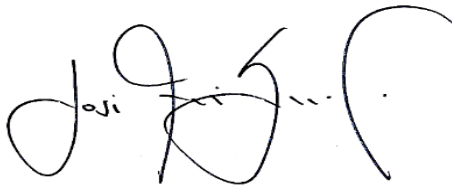
**PRIMERO: REVOCAR** el numeral tercero auto de fecha 5 de febrero de 2020 proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en cuanto al valor fijado como costas procesales, y en su lugar se fijará como costas procesales la suma correspondiente a \$451.697 como agencias de derecho de primera instancia; y la suma de \$90.339,4 como agencias de derecho de segunda instancia, ambas condenas a cargo de las demandadas ACTIVOS S.A y solidariamente COMPAÑÍA DE AVIACIÓN COPA COLOMBIA S.A., y a favor del señor LUIS CARLOS HERNÁNDEZ, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** de segunda instancia al resultar favorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.



**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES**  
Magistrada Ponente



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA**  
Magistrado

  
**ELVER NARANJO**  
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado  
Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la  
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8  
a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.



---

Secretario



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

Veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Veintiuno (2021)

|                          |                                |
|--------------------------|--------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>       |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-004-2019-00302-00 |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.255                         |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | HERCILIA HENRÍQUEZ VEGA        |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COLFONDOS Y COLPENSIONES       |

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HERCILIA HENRÍQUEZ VEGA contra COLFONDOS y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00302-00, y Radicación interna N° 19.255 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y del grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia del 4 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

La señora HERCILIA HENRÍQUEZ VEGA interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y A.F.P. COLFONDOS para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, para que se ordene a estas entidades realizar el traslado de la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, con la adecuación de su historia laboral a COLPENSIONES.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que nació el 29 de junio de 1961, cotizando a la fecha un total de 1189 semanas, inicialmente al Régimen de Prima Media en COLPENSIONES y tenía 32 años y 39 semanas cotizadas para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Que en 1994 mientras trabajaba en COMFANDI VALLE, le solicitaron afiliarse a COLFONDOS en pensiones y cesantías, autorizando el trámite a la asesora comercial ANA CRISTINA MALLARINO MAYA mediante la mera firma del formulario sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia, no informándosele de las consecuencias del traslado en el cálculo pensional. Que aunque actualmente se hacen llamadas a los afiliados para advertir del límite de edad para trasladarse de régimen, en 2007 cuando venció el tiempo

de la actora no se le informó al respecto. Que ha solicitado la nulidad de su traslado a la fecha a las entidades demandadas y no hubo respuesta favorable.

La demandada COLPENSIONES, sobre las pretensiones de la demanda afirma atenerse a las resultas del proceso, pues el traslado del actor al RAIS mantiene plena validez y el traslado de aportes depende de demostrar los supuestos de la nulidad, indicando que la actora se encuentra incurso en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 por faltarle menos de 10 años para pensionarse; que ha actuado de buena fe y cualquier irregularidad en la afiliación le es atribuible a COLFONDOS S.A. por ser la entidad que tramitó el cambio de régimen. Propone como excepciones COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO e INNOMINADA.

El PROCURADOR 10 JUDICIAL PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL, conceptuó que a los fondos privados de pensiones les era exigible el cumplimiento de un deber de información para con el afiliado desde su creación, y el incumplimiento de esto genera la ineficacia de los efectos del cambio de régimen; siendo carga de la prueba de la demandada acreditar que suministró debidamente la información suficiente para generar el convencimiento. Agrega que no se requiere requisito adicional como tener causado o en riesgo el derecho pensional. Por eso, estima que en caso favorable a las pretensiones, se debe ordenar la devolución de todos los valores que hubiere recibido la AFP con motivo de la afiliación del demandante.

Por su parte AFP COLFONDOS manifestó que no se opone a las pretensiones invocadas, aclarando que para la fecha del traslado de la demandante la asesoría a los afiliados se realizaba de manera presencial y verbal, en la cuales se les indicaba las características del régimen general de pensiones, ventajas y desventajas, en razón de que ambos regímenes pensionales ofrecen ventajas, beneficios, desventajas y que todos sus asesores están capacitados para entregar información objetiva, no siendo cierto que hayan omitido información al demandante y el soporte es el formulario de afiliación; sin embargo clara que no presenta oposición para evitar una eventual condena en costas.

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

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

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 4 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**“PRIMERO:** DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante HERCILIA HENRIQUEZ VEGA c.c. 34.544.582 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A, PENSIONES Y CESANTÍAS, a partir del 13 DE ABRIL DE 1994, conforme a lo considerado.

**SEGUNDO:** CONDENAR al fondo pensional COLFONDOS S.A, PENSIONES Y CESANTIAS, 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 13 DE ABRIL DE 1994, y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a COLPENSIONES S.A, DEVOLVERÁ todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

**TERCERO:** DECLARAR que la demandante para efectos pensionales, se encuentra 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.

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

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

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

**SÉPTIMO:** Costas a favor de la parte demandante y a cargo de COLPENSIONES S.A., por su oposición a lo pretendido, sin oposición a lo pretendido por COLFONDOS S.A, PENSIONES Y CESANTÍAS, NO HABRÁ CONDENA EN COSTAS”

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

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

- Expone de manera preliminar, que son hechos aceptados y no discutidos que la actora no hace parte del régimen de transición, que inicialmente estuvo afiliada a COLPENSIONES y se trasladó en 1994 a COLFONDOS, que ya no tiene la edad para trasladarse entre regímenes voluntariamente y que en sede administrativa se negó la nulidad de traslado; así mismo, que obran como prueba tanto el formulario de afiliación suscrito y el historial de cotizaciones, sin que la demandante en su interrogatorio confesara hechos adversos.

- Que el litigio se fijó en determinar si procede la nulidad o ineficacia del traslado del fondo pensional del régimen de prima media al fondo privado del régimen de ahorro individual con solidaridad por la ausencia de información

clara sobre los pormenores del régimen de ahorro individual con solidaridad y que se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la parte demandante, incluyendo los rendimientos y bonos generados.

- Señaló que, por tratarse la pretensión de una ineficacia del traslado por falta de suficiente información para conformar consentimiento, la carga de probar la existencia de esa información clara, completa y suficiente es de la demandada; que se trata de un deber de las administradoras para los afiliados conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, misma norma que regula los límites temporales para movilidad entre administradoras y regímenes, con lo que se garantiza la capacidad de disponer recursos para su funcionamiento e inversión.

- Partiendo de la fecha de traslado de la actora, año 1994, explica que conforme a la sentencia SL1452 de 2019 donde se explica que para esa época la información para la eficacia de todo traslado de régimen debía ser necesaria y transparente; lo cual fue revestido posteriormente en legislación donde se agregaron deberes como la asesoría integral. Sin embargo, el consentimiento libre e informado no se conforma cuando hay una falta en el deber de información para la escogencia del régimen, lo que se deriva además del artículo 1604 del código civil sobre prueba de diligencia y cuidado en quien adelanta un negocio.

- Explica que ha fijado la jurisprudencia como tesis que la información debe entregarse en forma necesaria, completa y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional; tema que ha sido desarrollado por la jurisprudencia que desde el año 2008, rad. 31.989, donde se concluyó que debe analizarse la responsabilidad de las administradoras para proveer la información completa y comprensible por tratarse de una materia de alta complejidad para el usuario, con alternativas y beneficios diferentes que debe conocer el afiliado, lo que ha sido reiterado posteriormente.

- Refiere que en el mismo sentido se han proferido otras decisiones como SL12136 de 2014 o SL1452 de 2019, indicando allí que la regla para las AFP es que deben suministrar a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado; sin que importe la existencia de un derecho consolidado pues se debate es el acto jurídico de traslado y las implicaciones que puede tener en la expectativa pensional, resaltando que desde los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, se suscitó la obligación de información suficiente, junto al Estatuto del Sistema Financiero.

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

el Estado le ha provisto un sistema adecuado para conformar su pensión y no se evidencia que el fondo pensional hubiera actuado cumpliendo cabalmente sus deberes legales.

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

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

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

- Sobre las costas, señala que en el curso del proceso no se acreditó que se causaran respecto de COLFONDOS ya que no se opuso a las pretensiones.

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

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

El apoderado de la actora interpone recurso de apelación exclusivamente por la condena en costas, estimando que debió haberse impuesto la misma a COLFONDOS al ser la entidad que resultó vencida en el proceso y principalmente por ser la que generó las actuaciones demandadas.

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

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

- Que no era procedente acceder a la ineficacia del traslado, porque la demandante tenía capacidad plena para celebrar actos jurídicos como el cambio de régimen y no se evidencian vicios del consentimiento, destacando que la actora estuvo afiliado por más de 20 años y eso genera obligaciones de información también de su parte, como identificar cuál era su perspectiva pensional más favorable.

- Que los traslados de personas del RAIS al RPM generan una descapitalización en el fondo público, ya que imponen a COLPENSIONES soportar las diferencias pensionales de los sujetos a recibir, máxime cuando para eso se consagró el límite de 10 años antes de la edad de pensión para trasladarse de régimen, en aras de que las administradoras tuvieran claro el peso de sus obligaciones financieras; por lo que solicita se revoque la decisión que le ordena recibir la afiliación del demandante y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones, incluyendo las costas pues no tuvo incidencia en el traslado demandado.

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

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

#### **5. ALEGATOS**

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

##### **•PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la demandante solicita se confirme la sentencia proferida en primera instancia por estar acorde al principio de favorabilidad y la jurisprudencia aplicable, existiendo doctrina probable y precedente judicial que respaldan la prosperidad de las pretensiones al existir múltiples casos previos resueltos en igual medida. Que la carga de la prueba para desestimar la pretensión recaía sobre el fondo privado, no se requiere un perjuicio demostrado o causado, y no se evidenció que la actora recibiera la información suficiente para evitar ser engañada para trasladarse.

##### **•PARTE DEMANDADA:**

La apoderada de COLPENSIONES expone que la actora realizó traslado de régimen y alega engaño por parte del fondo privado, ante la ausencia de información, pero su traslado se realizó de manera voluntaria y autónoma dentro del ejercicio de la libertad legal para hacerlo, sin intervención de COLPENSIONES. Que conforme al artículo 1495 del código civil y artículo 4 del decreto 2241 de 2010, el afiliado debe conocer los riesgos del traslado y estar debidamente informados, que es un deber cuyo cumplimiento no se demostró y era carga de la prueba de la actora. Que tampoco probó el engaño aducido, la cual sucedió hace más de 10 años, por lo que debe valorarse si existieron actos de relacionamiento que demeriten un vicio del consentimiento como sucedió en providencia SL1120 de 2020. Agrega que debe valorarse el término límite de edad para materializar un traslado y el impacto financiero de la decisión, sin que exista legitimación en la causa por su parte al no intervenir en el acto de traslado demandado, por lo que solicita se absuelva a la entidad de las condenas impuestas.

El apoderado de COLFONDOS S.A. se ratifica en lo expuesto desde la contestación, que la entidad brindó una asesoría completa, clara y detallada, motivo por el cual, la aquí accionante decidió de manera libre y voluntaria

afiliarse para el año 1994 conforme a las normas aplicables. Que no se opone a la declaratoria de ineficacia y se invoca el allanamiento a las pretensiones, así como la buena fe en todas sus actuaciones, para que se evalúe la condena en costas.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora HERCILIA HENRÍQUEZ VEGA del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual COLFONDOS S.A.? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y demás conceptos ordenados.

## **8. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora HERCILIA HENRÍQUEZ VEGA, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el traslado, respecto del cual era necesario brindar y demostrar que se entregó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional; lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la demandada y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones. Oponiéndose a esta conclusión COLPENSIONES por estimar que era obligación de la actora estar enterada de su situación pensional, que no existió vicio del consentimiento y que en todo caso es una actuación atribuible a COLFONDOS, no debiendo cargar con las consecuencias del desequilibrio financiero.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un

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

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

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

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

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

*consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.*

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

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

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.*

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

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P COLFONDOS; pues argumenta el demandante que suscribió el formulario sin tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de esa decisión generando una decisión aparentemente libre y voluntaria pero viciada por su insuficiente conocimiento, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado al entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL para 1994, donde alcanzó a cotizar 39 semanas como trabajadora de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE VALLE y mediante formulario de vinculación o traslado No. 00504922 suscrito el 13 de abril de 1994 se afilió a A.F.P. COLFONDOS, apreciando en el recuadro en el centro del documento junto a la firma del demandante, la manifestación preinsertada al formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia.

No obrando otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, la señora HENRÍQUEZ VEGA no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si COLFONDOS S.A. brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 13 de abril de 1994 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales.

Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

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

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

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

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

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia

SL361 de 2019 que “la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”; por lo que esta excepción no está llamada a prosperar.

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor. Se ha concluido que 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 abril de 1994, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, COLFONDOS S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

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

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

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1994 en esa entidad.

Finalmente, sobre la condena en costas debe decirse que conforme al artículo 365 del C.G.P., esta procede contra la parte vencida en el juicio y si bien COLPENSIONES no determinó en 1995 el traslado del actor al régimen que era la controversia por resolver, sí se opuso a la prosperidad de las pretensiones y ejerció su actividad procesal contra las mismas, por lo que resulta ser vencida en este asunto y contra ella procede plenamente la condena en costas.

Finalmente, sobre el recurso de apelación de la parte demandante, se advierte que el *a quo* absolvió de costas a COLFONDOS A.F.P. alegando que no se había opuesto a las pretensiones y por lo tanto no podía catalogarse como vencido en juicio; no obstante, en la contestación de la demanda de dicha entidad se aprecia que, si bien enunció no oponerse a las pretensiones, manifestó que los hechos expuestos en la demanda debían probarse, no eran ciertos, que el traslado cumplió los requisitos legales y que sí se brindó una asesoría adecuada. Hechos que finalmente fueron objeto del litigio y se desestimaron para acceder a las pretensiones.

Es decir, que pese a formalmente no oponerse a las pretensiones su actitud procesal sí se dirigió a desestimar la validez de los reclamos; lo que permite establecer que sí había lugar a identificarlo como vencido en juicio y por lo tanto procedía la condena en costas, asistiendo razón al demandante en su apelación.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 4 de marzo de 2021 en sus numerales primero al sexto; modificando el numeral séptimo en el sentido de condenar en costas de primera instancia también a COLFONDOS, fijando las agencias en derecho en medio salario mínimo mensual legal vigente. Se condenará en costas de segunda instancia a la demandada COLPENSIONES al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000.

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

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** los numerales primero al sexto de la sentencia de fecha del 4 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral séptimo de la sentencia apelada, en el sentido de condenar en costas de primera instancia también a COLFONDOS, fijando las agencias en derecho en medio salario mínimo mensual legal vigente.

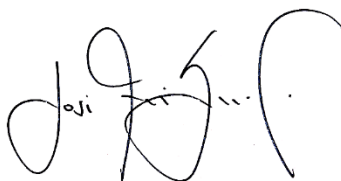
**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada COLFONDOS S.A. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



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



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



ELVER NARANJO

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.



---

Secretario



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

Veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Veintiuno (2021)

|                          |                                            |
|--------------------------|--------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                   |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-004-2020-00034-00             |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.326                                     |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | GUSTAVO ENRIQUE CARVAJAL<br>FRANKLIN       |
| <b>DEMANDADO:</b>        | COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y<br>PORVENIR S.A |

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GUSTAVO ENRIQUE CARVAJAL FRANKLIN contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2020-00034-00, y Radicación interna N° 19.326 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y del grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia del 27 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor GUSTAVO ENRIQUE CARVAJAL FRANKLIN interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y A.F.P. PROTECCIÓN y PORVENIR S.A para que se declare la ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual efectuado en julio de 1995, ordenando el retorno al régimen de prima media con el traslado de todos los aportes pensionales provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que nació el 18 de mayo de 1955, se encuentra cotizando para obtener su pensión desde el 1° de marzo de 1980, y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor CARVAJAL FRANKLIN contaba con 39 años de edad y 14 años de cotizaciones; que a partir de julio de 1995 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual concretamente a la administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

Indicó que el tiempo cotizado corresponde al sector público y privado, efectuando aportes en CAJANAL, Instituto de Seguros Sociales ISS y PORVENIR S.A., y que según certificado laboral registra aportes al ISS de 1988 a 1995, a Protección de 1995 a 1999, a Colpatria de 1999 a 2000, a BBVA del 2000 a 2005; a Santander de 2005 a 2006, de BBVA de 2006 al 2011, a Porvenir desde el 2001 hasta hoy; que no se le brindaron una asesoría cierta, eficiente y oportuna, firmando el formulario sin asistencia profesional en el tema de pensiones y sin conocer cómo se calculaban las pensiones en ambos regímenes.

Admitida la demanda el 21 de febrero de 2020, y notificada personalmente las demandada, COLPENSIONES, se opone a las pretensiones de la demanda afirmando que el cambio de régimen fue un acto libre, consciente y voluntario del trabajador, debiendo demostrarse los requisitos del artículo 1502 del Código Civil pero no se evidencian pruebas de vicios del consentimiento y que en todo caso ya se encuentra en el límite de prohibición legal de aceptar el traslado; sobre los hechos admite los que constan en pruebas documentales y que deben probarse las manifestaciones subjetivas. Que deben valorarse los tiempos que permaneció el actor en el régimen de ahorro individual y los actos de relacionamiento, así como el perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional, la indebida inversión de la carga de la prueba para evidenciar la inducción a error; en lo que funda las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INOPONIBILIDAD DE RESPONSABILIDAD, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS, PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, BUENA FE y GENÉRICA.

La AFP PROTECCIÓN, manifestó oponerse a la totalidad de las pretensiones, afirmando que previo a realizar cualquier tipo de afiliación de los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría acompañada 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 la tranquilidad y confianza en la afiliación. Propone como excepción INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, e IMPROCEDENCIA DE DEVOLVER LAS COMISIONES DE ADMINISTRACIÓN, SEGURO PREVISIONAL e INNOMINADA.

Por su parte AFP PORVENIR manifestó que los hechos deben probarse, pues al suscribirse el formulario de traslado este se demuestra libre, espontáneo y antecedido de información suficiente; se opone a las pretensiones porque no existe vicio alguno que genere la ineficacia de traslado y en todo caso debe establecerse adecuadamente el régimen de restituciones mutuas. Propone como excepciones de mérito la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN e INNOMINADA.

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

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

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 27 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO:** DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante GUSTAVO ENRIQUE CARVAJAL FRANKLIN c.c. 13.255.619, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **AFP ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, desde el 1° de agosto de 1995 y las subsiguientes por efecto, hasta la última AFP en la que se encuentra en el presente **PORVENIR S.A** desde el 1° de enero de 2014 a la fecha a partir 15 MES 07-1994 FOLIO 10, conforme a lo considerado.

**SEGUNDO: CONDENAR** al fondo pensional PORVENIR S.A devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A.**, entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido CON OCASIÓN AL AFILIADO DEMANDANTE, desde el TRASLADO 1 de Agosto de 1995, y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a COLPENSIONES S.A, DEVOLVERÁ todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, **(artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993)**, todo conforme a lo considerado, lo que materializará en. cuanto a los aportes existentes PORVENIR S.A y respecto a los descuentos hechos POR TODO CONCEPTO DURANTE LAMPERMANENCIA EN EL RÉGIMEN DE AHORRO PRIVADO, POR GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y OTROS CONCEPTOS COMO LAS PRIMAS PAGADAS POR SEGUROS PREVISIONALES, son a cargo de PROTECCIÓN S.A, DEVOLVER PROTECCIÓN S.A durante todo el tiempo de permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

**TERCERO: DECLARAR** que la parte 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.

**CUARTO: DECLARAR** probada la excepción de mérito de buena fe, PROPUESTA POR las pasivas, la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor.

**QUINTO:** Declarar no probada la excepción de prescripción PROPUESTA POR LAS PASIVAS y demás propuestas EXISTIENDO DECLARACION INSITA SOBRE LA MATERIA EN LAS CONSIDERACIONES HECHAS.

**SEXTO:** Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del FONDO PRIVADO ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, ultimo fondo en cual se encuentra actualmente y que maneja la cuenta del actor, igualmente de PROTECCIÓN S.A respecto de todos los descuentos que ha realizado por gastos de administración, pago de seguros demás descuentos hechos, etc, con ocasión a la cuenta del demandante afiliado mientras esta endicho régimen y

*sobre el cual cotizó el demandante todo conforme a lo considerado.*

**SÉPTIMO:** *Costas a favor de la parte demandante y a cargo de ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROETCCION S.A., PORVENIR Y COLPENSIONES S.A.*

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

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

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

- Expone de manera preliminar, que obran como prueba el registro de nacimiento para acreditar edad, el formulario de afiliación suscrito y el historial de cotizaciones, estando aceptados como demostrados los hechos referentes a las semanas cotizadas; indicando que en el interrogatorio de parte el actor reiteró que fue trasladado con total falta de información sobre las diferencias entre regímenes.

- Señaló que, por tratarse la pretensión de una ineficacia del traslado por ausencia de suficiente información para conformar consentimiento, la carga de probar la existencia de esa información clara, completa y suficiente es de la demandada por ser parte del sistema financiero colombiano; que se trata de un deber de las administradoras para los afiliados conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, misma norma que regula los límites temporales para movilidad entre administradoras y regímenes, con lo que se garantiza la capacidad de disponer recursos para su funcionamiento e inversión.

- Partiendo de la fecha de traslado del actor, año 1994, explica que conforme a la sentencia SL1452 de 2019 donde se explica que para esa época la información para la eficacia de todo traslado de régimen debía ser necesaria y transparente, que de no cumplirse genera la ineficacia del acto de traslado. Sin embargo, el consentimiento libre e informado no se conforma cuando hay una falta en el deber de información para la escogencia del régimen, lo que se deriva además del artículo 1604 del código civil sobre prueba de diligencia y cuidado en quien adelanta un negocio, evidenciándose en este asunto prueba de pérdidas trimestrales en la cuenta del actor por más de Quince Millones de Pesos.

- Explica que ha fijado la jurisprudencia como tesis que la información debe entregarse en forma necesaria, completa y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional; tema que ha sido desarrollado por la jurisprudencia que desde el año 2008, rad. 31.989, donde se concluyó que debe analizarse la responsabilidad de las administradoras para proveer la información completa y comprensible por tratarse de una materia de alta complejidad para el usuario, con alternativas y beneficios

diferentes que debe conocer el afiliado, lo que ha sido reiterado posteriormente.

- Refiere que en el mismo sentido se han proferido otras decisiones como sl1452 de 2019, indicando allí que la regla para las AFP es que deben suministrar a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado pues los formularios de afiliación no demuestran la entrega de información que se exige para validar la decisión; sin que importe la existencia de un derecho consolidado o de pertenencia al régimen de transición pues se debate es el acto jurídico de traslado y las implicaciones que puede tener en la expectativa pensional, resaltando que desde los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, se suscitó la obligación de información suficiente, junto al Estatuto del Sistema Financiero como el artículo 97 del decreto 663 de 1993.

- Aplicando esta carga de la prueba, señala que las demandadas no demostró que en este caso le suministró a la parte actora la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración del régimen pensional, ni en el acto de traslado se demostró que hubiera suministrado información a la actora de las consecuencias de su decisión, no siendo suficiente la firma en el formulario pues lo que se debe demostrar es que el convencimiento fue formado con suficiente información, dado que la trabajadora firma con la confianza de que el Estado le ha provisto un sistema adecuado para conformar su pensión y no se evidencia que el fondo pensional hubiera actuado cumpliendo cabalmente sus deberes legales, lo que incluye una clara diferenciación sobre la modalidad de liquidaciones pensionales que permita al interesado decidir fundadamente.

- Impone entonces declarar la ineficacia en la medida que no se demostró que al momento de suscitarse el traslado se suministra la información clara, completa y objetiva sobre las consecuencias de abandonar el régimen de prima media, y dispone entonces acceder a las pretensiones de ordenar a la AFP PORVENIR, trasladar a COLPENSIONES como administradora del régimen de prima media, los todos los valores recibidos desde el TRASLADO 1 de Agosto de 1995, junto con los rendimientos producidos sin efectuar, sin descuento alguno por concepto de gastos de administración, así como los percibidos con el traslado de la actora desde sus anteriores afiliaciones incluyendo saldos de la cuenta individual, frutos, intereses o rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin descuento alguno por cualquier otro concepto al no poder verse afectado la demandante o favorecida las demandadas por un acto ineficaz, lo que permite garantizar la seguridad y estabilidad financiera.

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

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada COLPENSIONES**

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

- Que no era procedente acceder a la ineficacia del traslado, porque el demandante ya se encuentra en el límite de 10 años anteriores a la edad de pensión, por lo que está incurso en la prohibición legal para traslado entre regímenes desde inclusive la presentación de la demanda.

- Que a la fecha de traslado, e demandante estaba en plena facultad para trasladarse libre y voluntariamente entre regímenes pensionales, sin que COLPENSIONES interviniera en momento alguno para la elección que realizó el demandante al estimar inicialmente que le era más favorable elegir un régimen de ahorro individual.

- Que la Corte Constitucional en sentencia T-1024 de 2004, donde se resalta que el límite legal para trasladarse entre regímenes es razonable y admisible para el fin perseguido, que es evitar la descapitalización del régimen de prima media.

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

El apoderado de PROTECCIÓN interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Explica que el afiliado de manera libre, y voluntaria se trasladó de Protección a Porvenir quien tomo el manejo de los aportes; que cuando el actor se trasladó de Protección a Porvenir, remitió los aportes y rendimientos recibidos, de modos que no es posible que a Protección se le quiera cargar la devolución de todos los aportes por gastos de administración y pago de seguro previsional cuando cada fondo los utilizó para las operaciones financieras.

- Considera que no es procedente ordenar la devolución íntegra de todos los dineros incluyendo gastos de administración y seguros, que fueron cobrados por disposición legal para el funcionamiento de la actividad de aseguradora, no siendo dable devolverlos pues se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado la administradora y son conceptos que no es dable restituir, pues desconoce el régimen de restituciones mutuas con frutos e intereses y desmejoras.

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

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

### **5. ALEGATOS**

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

- PARTE DEMANDANTE:** No presentó alegados.

- PARTE DEMANDADA:**

La apoderada de **COLPENSIONES**, indicó que para el caso de la demandante no se demostró en primera instancia, que haya ejercido sus derechos y

cumplido sus deberes conforme la normatividad vigente, pues por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias, y en el presente caso la demandante no probó el engaño aducido a pesar de que la carga dinámica no es absoluta y obedece a la verificación de los escenarios particulares de cada asunto como la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, que para el caso de la demandante supera los 10 años.

El apoderado de **PORVENIR**, indicó que para el momento del traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige, solo el formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 en concordancia con el artículo 3° de esta norma.

Resaltó que la afiliación se efectuó libre de presiones, de manera voluntaria y espontánea acorde con los principios de libertad de la ley 100 de 1993; que luego de la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro el deber legal de las AFP de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que le permitan conocer las consecuencias de su traslado, y teniendo en cuenta que el traslado de la actora se efectuó con anterioridad a la entrada en vigencia de estas normas, Protección no estaba obligada a dejar registro escrito de las proyecciones pensionales realizadas. Agregó, que no es procedente que se ordene la devolución de lo que la AFP descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la Ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado del señor GUSTAVO ENRIQUE CARVAJAL FRANKLIN del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A.? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y demás conceptos ordenados.

## **8. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor GUSTAVO ENRIQUE CARVAJAL FRANKLIN, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento

al deber de información que radicaba en cabeza de las demandadas Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al momento de consolidar el traslado, respecto del cual era necesario brindar y demostrar que se entregó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la demandada y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones. Oponiéndose a esta conclusión COLPENSIONES por estimar que era obligación de la actora estar enterada de su situación pensional, que no existió vicio del consentimiento y que en todo caso es una actuación atribuible a PROTECCIÓN, no debiendo cargar con las consecuencias del desequilibrio financiero. Por otra parte, PROTECCIÓN advierte que no intervino en el acto de traslado y que en todo caso no resulta viable acceder a la devolución integral, pues los descuentos por gastos de administración y seguros fue ajustado a la normativa.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza

un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

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

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

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

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

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información”* dado que *“el acto jurídico de cambio*

*de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.*

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

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de las A.F.P PROTECCIÓN y PORVENIR; pues argumenta el demandante que suscribió el formulario sin que se le prestara una asesoría cierta, eficiente y oportuna de la asesora, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado a CAJANAL para el 1º de marzo de 1980, y en el INSTITUTO DE SEGURO

SOCIAL de 1988 a 1995, donde alcanzó a cotizar 494 semanas y mediante formulario de vinculación o traslado suscrito en el 1995 se afilió a A.F.P. PROTECCIÓN, apreciando en el recuadro en el centro del documento junto a la firma del demandante, la manifestación preinsertada al formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia. Además, si bien no obra prueba del formulario de traslado a PORVENIR S.A, sí existe prueba de la que se desprende que desde el 2001 se traslado a PORVENIR S.A.

No obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor GUSTAVO ENRIQUE CARVAJAL FRANKLIN no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de una ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

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

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

Frente a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer*

*la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen*"; por lo que este argumento del apelante sobre que bastaba con el formulario ya que este había sido aprobado por la Superintendencia que los vigilaba, no está llamado a prosperar, pues este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

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

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

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

Así mismo, conviene también precisar que, si bien es cierto, en su momento, el actor se encontraba en el RPM afiliado a CAJANAL, no resulta viable determinar que con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, sea nuevamente afiliado en dicha entidad.

Lo anterior, dado que según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010"* el Congreso de Colombia creó la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, como una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente; vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del RPM y a su vez, estableció que dicha entidad, asumiría los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al RPM, para lo cual determinó que el Gobierno en ejercicio de sus facultades constitucionales debería proceder a la liquidación de CAJANAL, CAPRECOM y el ISS en lo que a pensiones se refiere.

En esa línea, CAJANAL fue liquidada por parte del Gobierno Nacional, en virtud del Decreto 2196 de 2009 *“por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, se ordena su liquidación, se designa un liquidador y se dictan otras disposiciones”* el cual además, ordenó en el artículo 4, que el traslado de afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, debería adelantarse a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.

Más adelante, mediante a través del Decreto 2013 de 2012 *“Por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”* se determinó la supresión del ISS, hecho que llevó a COLPENSIONES a fungir como administrador del RPM, entre tanto, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, que fue creada por el artículo 156 de la misma Ley 1151 de 2007, le fue delegado el reconocimiento de derechos pensionales, a cargo de administradoras del RPM respecto de las cuales se hubiese decretado o se decreta su liquidación, que ya se hubiesen causados hasta la cesación de actividades como administradores, según lo detalla el Decreto 169 de 2008 *“Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.”*

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor. Se ha concluido que PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., incumplieron con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción de los formularios de afiliación, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., deberán devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

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

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

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1994 en esa entidad.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 27 de abril de 2021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las

demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

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

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha del 27 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

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

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



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



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



**ELVER NARANJO**  
**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.



---

Secretario



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

Veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Veintiuno (2021)

|                          |                                   |
|--------------------------|-----------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>          |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-001-31-05-004-2020-00157-00    |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.274                            |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | JORGE ENRIQUE ARENAS<br>HERNÁNDEZ |
| <b>DEMANDADO:</b>        | PROTECCIÓN Y COLPENSIONES         |

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JORGE ENRIQUE ARENAS HERNÁNDEZ contra PROTECCIÓN y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2020-00157-00, y Radicación interna N° 19.274 de este Tribunal Superior, para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y del grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia del 9 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

El señor JORGE ENRIQUE ARENAS HERNÁNDEZ interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y A.F.P. PROTECCIÓN para que se declare la ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual efectuado el 12 de octubre de 1999, ordenando el retorno al régimen de prima media con el traslado de todos los aportes pensionales provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que nació el 12 de mayo de 1959, cotizando a la fecha un total de 1231,29 semanas distribuidas en 143.57 semanas a COLPENSIONES y 1087,72 a PROTECCIÓN S.A., estando inicialmente afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 2 de abril de 1991 hasta que el 12 de octubre de 1999 fue afiliado a DAVIVIR S.A. (hoy PROTECCIÓN S.A.) cuando laboraba en el extinto INSTITUTO NACIONAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE – INTRA, donde le solicitaron afiliarse a esa entidad sin que se le prestara una asesoría cierta, eficiente y oportuna de la asesora ROCÍO URQUIZA RIVERA, firmando el formulario sin asistencia profesional en el tema de pensiones y sin conocer cómo se

calculaban las pensiones en ambos regímenes. Que su plazo para solicitar traslado vencía el 11 de mayo de 2011 y este límite nunca le fue informado por parte de la A.F.P., solicitando el mismo hasta el 17 de diciembre de 2019 cuando fue negado.

El PROCURADOR 10 JUDICIAL PARA ASUNTOS DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL, conceptuó que a los fondos privados de pensiones les era exigible el cumplimiento de un deber de información para con el afiliado desde su creación, y el incumplimiento de esto genera la ineficacia de los efectos del cambio de régimen; siendo carga de la prueba de la demandada acreditar que suministró debidamente la información suficiente para generar el convencimiento. Agrega que no se requiere requisito adicional como tener causado o en riesgo el derecho pensional. Por eso, estima que en caso favorable a las pretensiones, se debe ordenar la devolución de todos los valores que hubiere recibido la AFP con motivo de la afiliación del demandante.

La demandada COLPENSIONES, se opone a las pretensiones de la demanda afirmando que el cambio de régimen fue un acto libre, consciente y voluntario del trabajador, debiendo demostrarse los requisitos del artículo 1502 del Código Civil pero no se evidencian pruebas de vicios del consentimiento y que en todo caso ya se encuentra en el límite de prohibición legal de aceptar el traslado; sobre los hechos admite los que constan en pruebas documentales y que deben probarse las manifestaciones subjetivas. Que deben valorarse los tiempos que permaneció el actor en el régimen de ahorro individual y los actos de relacionamiento, así como el perjuicio a la sostenibilidad económica del sistema pensional, la indebida inversión de la carga de la prueba para evidenciar la inducción a error; en lo que funda las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INOPONIBILIDAD DE RESPONSABILIDAD, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS, PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, BUENA FE y GENÉRICA.

Por su parte AFP PROTECCIÓN manifestó que fue el afiliado quien, de manera libre y voluntaria, con la asesoría y acompañamiento profesional previo, aceptó la afiliación a la entidad; que en este caso no le consta porque no tuvo injerencia alguna. Se opone a las pretensiones porque solo puede reconocer las prestaciones y solicitudes enmarcadas en el ámbito legal, estando en el límite para prohibirle su traslado. Propone como excepciones de mérito la INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, IMPROCEDENCIA DE DEVOLVER LAS COMISIONES DE ADMINISTRACIÓN, SEGURO PREVISIONAL e INNOMINADA.

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

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

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 9 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO:** DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la parte demandante JORGE ENRIQUE ARENAS HERNANDEZ c.c. 13.438.668, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al

*régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la*  
**AFP ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a partir 15 MES 07-1994 FOLIO 10,** conforme a lo considerado.

**SEGUNDO: CONDENAR** A la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 15 mes 07 DE 1994, y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a COLPENSIONES S.A, DEVOLVERÁ todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales DE HABERSE COBRADO, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, **(artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993)**, todo conforme a lo considerado. Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

**TERCERO: DECLARAR** que la parte 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.

**CUARTO: DECLARAR** probada la excepción de mérito de buena fe, PROPUESTA POR las pasivas, la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor.

**QUINTO:** Declarar no probada la excepción de prescripción PROPUESTA POR LAS PASIVAS y demás propuestas EXISTIENDO DECLARACION INSITA SOBRE LA MATERIA EN LAS CONSIDERACIONES HECHAS.

**SEXTO:** Condenar a COLPENSIONES S.A., a recibir el capital pensional procedente del FONDO PRIVADO ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, por la cuenta de la aquí demandante, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo, todo conforme a lo considerado.

**SÉPTIMO:** Costas a favor de la parte demandante y a cargo de ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., Y COLPENSIONES S.A.

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

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

- Que el litigio se fijó en determinar si procede la nulidad o ineficacia del traslado del fondo pensional del régimen de prima media al fondo privado del régimen de ahorro individual con solidaridad por la ausencia de información clara sobre los pormenores del régimen de ahorro individual con solidaridad y que se ordene a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES la totalidad

de los aportes realizados por la parte demandante, incluyendo los gastos de administración y demás descuentos.

- Expone de manera preliminar, que obran como prueba el registro de nacimiento para acreditar edad, el formulario de afiliación suscrito y el historial de cotizaciones, estando aceptados como demostrados los hechos referentes a las semanas cotizadas; indicando que en el interrogatorio de parte el actor reiteró que fue trasladado con total falta de información sobre las diferencias entre regímenes.

- Señaló que, por tratarse la pretensión de una ineficacia del traslado por ausencia de suficiente información para conformar consentimiento, la carga de probar la existencia de esa información clara, completa y suficiente es de la demandada por ser parte del sistema financiero colombiano; que se trata de un deber de las administradoras para los afiliados conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, misma norma que regula los límites temporales para movilidad entre administradoras y regímenes, con lo que se garantiza la capacidad de disponer recursos para su funcionamiento e inversión.

- Partiendo de la fecha de traslado del actor, año 1994, explica que conforme a la sentencia SL1452 de 2019 donde se explica que para esa época la información para la eficacia de todo traslado de régimen debía ser necesaria y transparente, que de no cumplirse genera la ineficacia del acto de traslado. Sin embargo, el consentimiento libre e informado no se conforma cuando hay una falta en el deber de información para la escogencia del régimen, lo que se deriva además del artículo 1604 del código civil sobre prueba de diligencia y cuidado en quien adelanta un negocio, evidenciándose en este asunto prueba de pérdidas trimestrales en la cuenta del actor por más de Quince Millones de Pesos.

- Explica que ha fijado la jurisprudencia como tesis que la información debe entregarse en forma necesaria, completa y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional; tema que ha sido desarrollado por la jurisprudencia que desde el año 2008, rad. 31.989, donde se concluyó que debe analizarse la responsabilidad de las administradoras para proveer la información completa y comprensible por tratarse de una materia de alta complejidad para el usuario, con alternativas y beneficios diferentes que debe conocer el afiliado, lo que ha sido reiterado posteriormente.

- Refiere que en el mismo sentido se han proferido otras decisiones como sl1452 de 2019, indicando allí que la regla para las AFP es que deben suministrar a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado pues los formularios de afiliación no demuestran la entrega de información que se exige para validar la decisión; sin que importe la existencia de un derecho consolidado o de pertenencia al régimen de transición pues se debate es el acto jurídico de traslado y las implicaciones que puede tener en la expectativa pensional, resaltando que desde los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, se suscitó la obligación de información suficiente, junto al Estatuto del Sistema Financiero como el artículo 97 del decreto 663 de 1993.

- Aplicando esta carga de la prueba, señala que la demandada no demostró que en este caso le suministró a la parte actora la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración del régimen pensional, ni en el acto de traslado se demostró que hubiera suministrado información a la actora de las consecuencias de su decisión, no siendo suficiente la firma en el formulario pues lo que se debe demostrar es que el convencimiento fue formado con suficiente información, dado que la trabajadora firma con la confianza de que el Estado le ha provisto un sistema adecuado para conformar su pensión y no se evidencia que el fondo pensional hubiera actuado cumpliendo cabalmente sus deberes legales, lo que incluye una clara diferenciación sobre la modalidad de liquidaciones pensionales que permita al interesado decidir fundadamente.

- Impone entonces declarar la ineficacia en la medida que no se demostró que al momento de suscitarse el traslado se suministra la información clara, completa y objetiva sobre las consecuencias de abandonar el régimen de prima media, y dispone entonces acceder a las pretensiones de ordenar a la AFP PROTECCIÓN, trasladar a COLPENSIONES como administradora del régimen de prima media, los todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante donde se encuentra los dineros correspondientes a los aportes efectuados junto con los rendimientos producidos sin efectuar, sin descuento alguno por concepto de gastos de administración, así como los percibidos con el traslado de la actora desde sus anteriores afiliaciones incluyendo saldos de la cuenta individual, frutos, intereses o rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin descuento alguno por cualquier otro concepto al no poder verse afectado la demandante o favorecida las demandadas por un acto ineficaz, lo que permite garantizar la seguridad y estabilidad financiera.

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

### **3. DE LA IMPUGNACIÓN**

#### **3.1 De la parte demandada COLPENSIONES**

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

- Que no era procedente acceder a la ineficacia del traslado, porque el demandante tenía capacidad plena para celebrar actos jurídicos como el cambio de régimen y no se evidencian vicios del consentimiento, destacando que la actora estuvo afiliado por más de 20 años y eso genera obligaciones de información también de su parte, como identificar cuál era su perspectiva pensional más favorable.

- Que los traslados de personas del RAIS al RPM generan una descapitalización en el fondo público, ya que imponen a COLPENSIONES soportar las diferencias pensionales de los sujetos a recibir, máxime cuando para eso se consagró el límite de 10 años antes de la edad de pensión para trasladarse de régimen, en aras de que las administradoras tuvieran claro el peso de sus obligaciones financieras; por lo que solicita se revoque la decisión que le ordena recibir la afiliación del demandante y en su lugar se absuelva

de todas las pretensiones, incluyendo las costas pues no tuvo incidencia en el traslado demandado.

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

El apoderado de PROTECCIÓN interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Explica que el actor inicialmente se afilió a DAVIVIR S.A., por lo que no tuvo intervención alguna en ese trámite por ser una entidad diferente.

- Considera que no es procedente ordenar la devolución íntegra de todos los dineros incluyendo gastos de administración y seguros, que fueron cobrados por disposición legal para el funcionamiento de la actividad de aseguradora, no siendo dable devolverlos pues se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado la administradora desde hace más de 20 años.

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

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

### **5. ALEGATOS**

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

#### **•PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado de la parte actora solicita se confirme la sentencia que accedió a las pretensiones, por corresponder a un juicioso análisis de las pruebas obrantes al proceso y conforme a la jurisprudencia aplicable al tema de la Sala de Casación Laboral, donde se ha señalado que las AFP tenían el deber de información desde su creación y el simple consentimiento vertido en un formulario no resulta suficiente para demostrar que la información dada conformara una decisión libre, espontánea y sin presiones. Que en todo caso la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado y es la demandada quien debe demostrar que entregó información adecuada para dar validez al contrato, por ser la parte de la relación que cuenta con posición de mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación. Agrega que no es necesario tener un derecho causado para acceder a la pretensión y por eso debe confirmarse lo resuelto.

#### **•PARTE DEMANDADA:**

La apoderada de COLPENSIONES expone que la actora realizó traslado de régimen y alega engaño por parte del fondo privado, ante la ausencia de información, pero su traslado se realizó de manera voluntaria y autónoma dentro del ejercicio de la libertad legal para hacerlo, sin intervención de COLPENSIONES. Que conforme al artículo 1495 del código civil y artículo 4 del decreto 2241 de 2010, el afiliado debe conocer los riesgos del traslado y

estar debidamente informados, que es un deber cuyo cumplimiento no se demostró y era carga de la prueba de la actora. Que tampoco probó el engaño aducido, la cual sucedió hace más de 10 años, por lo que debe valorarse si existieron actos de relacionamiento que demeriten un vicio del consentimiento como sucedió en providencia SL1120 de 2020. Agrega que debe valorarse el término límite de edad para materializar un traslado y el impacto financiero de la decisión, sin que exista legitimación en la causa por su parte al no intervenir en el acto de traslado demandado, por lo que solicita se absuelva a la entidad de las condenas impuestas.

El apoderado de PROTECCIÓN expuso que la Ley 100 de 1993 consagró dos regímenes pensionales diferentes, reglamentando sus especificidades y diferencias por lo que la ignorancia de la ley no puede servir como excusa para incumplirla; que cuando se realizó el traslado de RPM al RAIS no existían los requisitos que ahora la jurisprudencia exige y solo se estableció el formulario como prueba solemne de la libre voluntad. Que en todo caso hay inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, dado que es un descuento de causa legal y cuyos efectos se pueden evidenciar en el resultado de rendimientos financieros de la cuenta, generándose la respectiva contraprestación como exige el artículo 1746 del código civil. Que de mantenerse esta condena se estaría generando un enriquecimiento sin causa en detrimento de PROTECCIÓN, privilegiando de manera injustificada a una de las partes y omitiendo dar lugar a las restituciones mutuas; lo que también sucede con el descuento por seguro previsional.

## **6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO**

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

## **7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER:**

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

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado del señor JORGE ENRIQUE ARENAS HERNÁNDEZ del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual PROTECCIÓN S.A.? Así mismo, si esto implica la devolución de los gastos de administración y demás conceptos ordenados.

## **8. CONSIDERACIONES:**

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado del señor JORGE ENRIQUE ARENAS HERNÁNDEZ, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el A Quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia dado que existe un deber de información de las administradoras a sus afiliados al

momento de consolidar el traslado, respecto del cual era necesario brindar y demostrar que se entregó información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional, lo que jurisprudencialmente se ha señalado es carga de la prueba de la demandada y no se cumplió, por lo que accedió a las pretensiones. Oponiéndose a esta conclusión COLPENSIONES por estimar que era obligación de la actora estar enterada de su situación pensional, que no existió vicio del consentimiento y que en todo caso es una actuación atribuible a PROTECCIÓN, no debiendo cargar con las consecuencias del desequilibrio financiero. Por otra parte, PROTECCIÓN advierte que no intervino en el acto de traslado y que en todo caso no resulta viable acceder a la devolución integral, pues los descuentos por gastos de administración y seguros fue ajustado a la normativa.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

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

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

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

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

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

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

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

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**”* dado que *“el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”*.

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el*

*juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”, de manera que “si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo” el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.*

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

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que *“es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”* y por lo tanto *“si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”*, máxime cuando el deber de información *“es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de la A.F.P. PROTECCIÓN; pues argumenta el demandante que suscribió el formulario sin que se le prestara una asesoría cierta, eficiente y oportuna de la asesora, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

Del expediente se puede evidenciar que el actor se encontraba afiliado al entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL para 1994, donde alcanzó a cotizar 143,57 semanas como trabajador del MINISTERIO DE TRANSPORTE y mediante formulario de vinculación o traslado No. 040791 suscrito el 15 de julio de 1994 se afilió a A.F.P. DAVIVIR, apreciando en el recuadro en el centro del documento junto a la firma del demandante, la manifestación preinsertada al formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia.

Lo primero a destacar, es que la A.F.P. DAVIVIR fue adquirida por el GRUPO SANTANDER en 1999 y posteriormente esta fue vendida al GRUPO ING,

quien en 2013 se fusionó con A.F.P. PROTECCIÓN<sup>1</sup>; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación de la actora a la aquí demandada.

Siguiendo a ello, no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de ese traslado, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, el señor ARENAS HERNÁNDEZ no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de una ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Fluye del relato probatorio, que no obra prueba alguna que dé cuenta si PROTECCIÓN S.A. brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 15 de julio de 1994 se le haya indicado que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario, y, otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía la referida con su traslado.

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

Frente a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del*

---

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

[https://www.elcolombiano.com/historico/proteccion\\_prepara\\_cambio\\_de\\_imagen\\_tras\\_la\\_fusion\\_con\\_ing-FDec\\_223547](https://www.elcolombiano.com/historico/proteccion_prepara_cambio_de_imagen_tras_la_fusion_con_ing-FDec_223547)

*cambio de régimen*”; por lo que este argumento del apelante sobre que bastaba con el formulario ya que este había sido aprobado por la Superintendencia que los vigilaba, no está llamado a prosperar, pues este elemento probatorio pese a las formalidades que se suscitaba es insuficiente para enervar las pretensiones.

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

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

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

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor. Se ha concluido que 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 la demandante en el mes de julio de 1994, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, PROTECCIÓN S.A. deberá devolver completamente todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media

con Prestación Definida de Colpensiones. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

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

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

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

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

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

Lo anterior permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar al actor desequilibraría la financiación del

régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1994 en esa entidad.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 9 de marzo de 2021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES al no haber prosperado su recurso de apelación. Fijense como agencias en derecho a favor de la actora, por la segunda instancia, la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

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

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha del 9 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

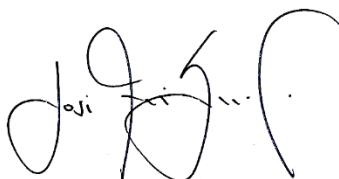
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia a la parte demandada COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



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



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



ELVER NARANJO

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.



Secretario



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

Veinticuatro (24) de Agosto de Dos Mil Veintiuno (2021)

|                          |                                                                                                                    |
|--------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>PROCESO:</b>          | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                                                                                           |
| <b>RADICADO ÚNICO:</b>   | 54-498-31-05-001-2019-00359-00                                                                                     |
| <b>RADICADO INTERNO:</b> | 19.228                                                                                                             |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | ANCÍZAR MANZANO BAYONA                                                                                             |
| <b>DEMANDADO:</b>        | ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA,<br>ESPERANZA VERGEL PÉREZ e<br>INDUSTRIA COLOMBIANA DE<br>MOTOCICLETAS YAMAHA S.A. |

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

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANCÍZAR MANZANO BAYONA contra las señoras ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA, ESPERANZA VERGEL PÉREZ e INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A., Radicado bajo el No. 54-498-31-05-001-2019-00359-00, y Radicación interna No. 19.228 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 15 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**1. ANTECEDENTES**

1.1 El señor ANCÍZAR MANZANO BAYONA, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra las señoras ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA, ESPERANZA VERGEL PÉREZ e INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A. para que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 15 de noviembre de 2001 y el 14 de julio de 2019, para que se ordene cancelar el salario de la primera quincena de julio de 2019 por \$1.000.000, las cesantías de 2001 a 2019 con la correspondiente sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, intereses de las cesantías de 2001 a 2019, prima de servicios de 2001 a 2019, prima de vacaciones de 2001 a 2019, liquidación final de prestaciones, sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales, indemnización por despido indirecto, aportes a seguridad social, y facultades extra y ultra petita.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que, la señora ANA FELISA CABRALES fungió como propietaria del Establecimiento de Comercio DISMOTOS, ubicado en la calle 11 No.

14-27 del Barrio San Agustín de Ocaña, entre el 15 de noviembre de 2001 al 30 de marzo de 2019. Y en abril de 2019 la señora ESPERANZA VERGEL PÉREZ se convirtió en la nueva propietaria de dicho establecimiento, cuya actividad principal es el comercio de motocicletas y sus partes, piezas y accesorios.

- Que, por otra parte, la INDUSTRIA COLOMBIANA DE MOTOCICLETAS YAMAHA S.A. es una compañía dedicada a la importación, exportación, ensamble, fabricación, comercialización y servicio de mantenimiento de motocicletas y otros vehículos, figurando DISMOTOS en su página web como tienda o punto de atención y cada 2 o 3 meses sus representantes visitan las instalaciones para verificar las instalaciones, el uso de la dotación de los empleados y confirmar el estado del almacén.
- Que, el 15 de noviembre de 2001, la señora CABRALES DE LA ROSA, celebró con él un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo continuidad en abril de 2019 configurándose una sustitución patronal siempre desempeñando el cargo de mecánico de motocicletas en el horario de trabajo ordinario, usando las herramientas e instalaciones de DISMOTOS, así como la dotación entregada, recibiendo invitaciones de YAMAHA a capacitaciones y siendo certificado, con los gastos de asistencia sufragados por la señora CABRALES DE LA ROSA.
- Que, su último salario ascendió a \$2.000.000 mensuales en promedio y mensualmente reportaba a YAMAHA las fallas identificadas en las motocicletas y repuestos.
- Que, la nueva propietaria propuso modificar su salario a un mínimo mensual más 30% de las utilidades obtenidas por el arreglo de motos, lo que fue aceptado por un mes y medio, pero finalmente logró identificar que esto desmejoraba sus ingresos, y de forma verbal el 14 de julio se le indicó que no asistiera a laborar por inventario y que lo llamarían para retornar, pero nunca lo citaron para regresar a labores por lo que acudió a recoger sus objetos personales y la señora VERGEL PÉREZ le dijo que había un descuadre de \$2.000.000 que debía pagar, lo que le motivó junto al desmejoramiento a no retomar a su cargo constituyendo un despido indirecto ya que tampoco le pagaron la quincena de julio.
- Que, en el curso de la relación laboral no le reconocieron prestaciones sociales. Que los demandados son solidariamente responsables de todas las obligaciones adeudadas.

1.2. La demandada ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA por su parte acepta:

- Haber sido propietaria del establecimiento de comercio y que luego lo fue ESPERANZA VERGEL, pero aclara, que ella cerró y clausuró la matrícula en cámara de comercio, siendo abierto con el mismo nombre uno nuevo por ESPERANZA VERHEL quien alquiló el mismo inmueble y le compró el inventario, pero ya era distribuidora de YAMAHA en Ocaña y solo le dieron un nuevo punto, por lo que es un nuevo almacén y no constituye sustitución patronal.

- Que, las visitas y auditorías de YAMAHA eran con ella y no los mecánicos.
- Sobre el alegado contrato de trabajo, afirma que nunca se celebró algo semejante, solo se le cedió un espacio en el taller para que desarrollara su oficio a cuenta propia y con la única contraprestación de realizar los alistamientos y mantenimientos de las motos, pagándole solo por servicios realizados pues es una persona en estado de discapacidad por enfermedad grave.
- Que, no tuvo injerencia en que esa situación continuara con ESPERANZA VERGEL, y no existía subordinación o dependencia, pues incluso cuando consumía licor dejaba de ir los lunes sin pedir permiso ni recibiendo llamados de atención dado que era dueño de su tiempo.
- Que, la asistencia a cursos y capacitaciones eran invitaciones voluntarias, y era apoyado económicamente por su falta de capacidad económica.
- Que, su trabajo lo cancelaba directamente el cliente, entrando directamente a sus arcas personales y nunca recibió salario pues se le pagaba por actividad realizada y se le entregaba la totalidad de dineros que YAMAHA asignaba para este tipo de servicios, alistamientos y garantías. Por lo anterior se opone a las pretensiones y propone como excepciones de mérito la PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE CONTRATO LABORAL, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, FALTA DE TÍTULO Y DE CAUSA, y GENÉRICA.

### 1.3 la Señora ESPERANZA VERJEL PÉREZ, señaló:

- Que, lo correspondiente a ANA FELISA CABRALES son hechos ajenos, pues ella solicitó la apertura de un nuevo establecimiento de comercio con el nombre DISMOTOS y estaba disponible, siendo también propietaria de TEOTOKOS MOTOS.
- Que, los coordinadores de YAMAHA sí realizan citas periódicas pero no hubo ninguna entre el 31 de mayo y el 14 de julio de 2019.
- Que contrató al señor ANCIZAR MANZANO a partir del 31 de mayo de 2019 cuando se inauguró el nuevo establecimiento luego de que en abril se realizaron remodelaciones, se actualizaba la documentación del nuevo distribuidor respecto del anterior, de manera que entre el 1 de abril y el 30 de mayo de 2019 no hubo ni mercancía ni atención por lo que no puede predicarse vínculo laboral.
- Que, con YAMAHA tiene un contrato de distribución autorizado; y del 31 de mayo al 14 de julio de 2019 hubo un contrato verbal con el demandado para ser mecánico de motocicletas en horario de 8 a.m. a 12 p.m. y de 2 a 6 p.m. de lunes a viernes y sábados de 8 a.m. a 12 p.m., devengando un salario mínimo legal mensual vigente y el 35% de las comisiones por mantenimiento y reparaciones, de manera que esas condiciones laborales se dieron solo con el nuevo establecimiento de comercio a su nombre.

- Que, el 11 de julio de 2019 fue informada de un faltante de repuestos e inventario, que fue verificado y algunos clientes manifestaron que instalaban repuestos no registrados, por lo que era dinero que dejaba de ingresar y se solicitó explicación al señor MANZANO y su compañera de repuestos sobre el faltante de \$4.074.000, retirándose el demandante, quien decidió no regresar presume motivado por un sentimiento de vergüenza. Que el 13 de julio de 2019 canceló un anticipo de \$200.000 y luego el 18 de diciembre se depositó judicialmente el restante y la liquidación de prestaciones.
- Se opone a las pretensiones y propone como excepciones PAGO TOTAL DE OBLIGACIÓN, BUENA FE, COBRO DE LO NO DEBIDO, NO EXISTENCIA DE SOLIDARIDAD, MALA FE Y TEMERIDAD DEL ACTOR, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA.

1.4 La demandada INCOLMOTOS – YAMAHA S.A. expuso:

- Que desconoce al señor MANZANO BEDOYA, con quien no ha tenido ninguna relación y con las demandadas tiene relaciones contractuales de distribución comercial, siendo ajena cualquier relación laboral de estas distribuidoras.
- Que, este contrato de distribución comercial consiste en la venta de los productos para que los distribuidores por su cuenta, riesgo y provecho los revendan dentro del territorio asignado, sin que actúen por cuenta o representación del concedente, siendo plenamente autónomas e independientes en su negocio.
- Que, con ANA FELISA CABRALES suscribió el contrato el 10 de marzo de 1997, actualizado el 28 de diciembre de 2007 y cedido a la señora ESPERANZA VERGEL el 19 de marzo de 2019. Sobre los hechos señala que no le constan, que las capacitaciones se realizan a todos los técnicos a nivel nacional de los diferentes distribuidores y hace parte del contrato de distribución. Propone como excepción la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA y PRESCRIPCIÓN.

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

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

La Sala se pronuncia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 15 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, mediante la cual se resolvió:

**PRIMERO:** DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor demandante ANCÍZAR MANZANO BAYONA como trabajador, y las señoras ANA FELISA CABRALES De DE LA ROSA y ESPERANZA VERGEL PÉREZ como empleadoras, desde el 15 de noviembre de 2001 al 14 de julio de 2019 por lo manifestado en las consideraciones.

**SEGUNDO: CONDENAR** a las señoras ANA FELISA CABRALES De DE LA ROSA y ESPERANZA VERGEL PÉREZ, a realizar los siguientes pagos de manera solidaria:

- Cesantías: \$9.544.890
- Intereses \$279.015
- Prima de servicios \$3.051.081
- Vacaciones \$2.660.460
- Un día de salario por cada día de mora; esto es, \$40.180 hasta por 24 meses, desde el 15 de julio de 2019 inclusive hasta el 15 de julio del año 2021, y de allí en adelante intereses moratorios a la tasa máxima sobre lo adeudado por prestaciones.
- Indemnización del art 99 de la ley 50/90 equivalente a \$24.254.025.
- Así también deberán realizarse los aportes en pensión en el fondo de pensiones que escoja el demandante, teniendo como IBC el salario mínimo excepto para el año 2019 cuyo IBC será de \$1.205.500 de conformidad con el art 22 de la ley 100/93.

**TERCERO: ABSOLVER** a las demandas de las demás pretensiones incoadas en su contra por lo manifestado en la sentencia, declarando probada la excepción de prescripción respecto de las señoras ANA FELISA CABRALES De DE LA ROSA y ESPERANZA VERGEL PÉREZ.

**CUARTO: ABSOLVER** a INCOLMOTOS YAMAHA de todas las pretensiones incoadas en su contra y declarar probada la excepción de fondo denominada falta de legitimación en la causa por pasiva.

**QUINTO: CONDENAR** a las señoras ANA FELISA CABRALES De DE LA ROSA y ESPERANZA VERGEL PÉREZ al pago de las costas de primera instancia por valor de \$2.000.000 solidariamente.

## **2.2. Fundamento de la decisión.**

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

- Que, el problema jurídico consiste en establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo, partiendo de la aceptación de ESPERANZA VERGEL sobre que entre ellos sí existió una relación laboral y que finalizó el 14 de julio de 2019; dependiendo la fecha inicial de lo que se resuelva sobre la demandada ANA FELISA CABRALES, quien niega la existencia de cualquier relación laboral.

- Señala, que conforme a los artículos 22 a 24 del C.S.T. y los supuestos legales que conforman el contrato de trabajo, tuvo que analizarse la prueba testimonial de manera cuidadosa por haberse tachado a todos como sospechosos, sin perjuicio de lo cual, es el juez quien debe valorar con las reglas de la sana crítica lo expuesto por los testigos con la rigurosidad correspondiente por la tacha sin que pierdan validez.

- Que, el testimonio debe ser valorado desde los elementos de percepción, evocación y narración, la credibilidad, su hilo conductor respecto de los demás testigos y la coherencia resultante.

- Sobre los testigos indica, que la señora ASTRID LUNA concordó con la demandada sobre que solo le entregó un espacio para trabajar por su cuenta, que lo sabe porque fue la secretaria de ANA FELISA CABRALES y nunca hubo vínculo laboral pues solo atendía garantías y mantenimiento, que era la

secretaria quien asignaba las motos, que a veces incumplía horario lo que implícitamente significa que existía uno, que las herramientas y todo en el local en DISMOTOS eran de la demandada y no del actor, que era obligatorio usar uniforme; lo que implica que sí había una relación laboral pese a que se niegue inicialmente, pues no tenía herramientas propias y no se explica cuál era la diferencia entre la forma de reparar las motos de clientes propios y las de garantías para predicar independencia. Lo que se confirma con la testigo EDDY CECILIA AMAYA, quien ingresó en 2002 y dijo que el señor ANCÍZAR era el mecánico del taller, que ella le pagaba los arreglos de las motos en garantía, que debía usar uniforme, que se asignaba a los 3 mecánicos por igual el arreglo de las motos usando formatos para controlar y pese a que hacía arreglos a otros elementos, esto no desdibuja el contrato de trabajo, todos indicios de subordinación. Testimonios que por si solos permiten derivar la conclusión de que existía un contrato de trabajo.

- Indica, que además la prueba documental informa de manera fehaciente el vínculo laboral, pues a folio 142 se observa el contrato entre INCOLMOTOS YAMAHA y ESPERANZA VERGEL, cuya cláusula 14 contiene como obligación del distribuidor mantener en su establecimiento de comercio las 3 “S”: área de ventas de motocicletas, área de venta de repuesto y área de servicio técnico idóneo con personal preparado para dicho fin; que este asunto se adicionó al contrato de ANA FELISA CABRALES en el contrato del año 2006, donde se comprometió a contar con un área de servicio técnico y por lo tanto sí era un deber contar con mecánicos, como el actor; no siendo dable admitir que apenas se tuviera un espacio sino que debía contarse con todo el servicio integral y no podía hacerse con una persona haciéndolo de manera autónoma.

- Concluye, así que como el actor no contaba con herramientas, prestaba el servicio en el espacio de la demandada recibiendo las motos y el dinero de la empleada encargada de atender a los clientes, lo existente entre las partes era un verdadero contrato de trabajo. Señala que si bien el señor ANCÍZAR aceptó que era el que fijaba los precios, el contrato de INCOLMOTOS autorizaba a fijar los costos de arreglos al precio de mercado y finalmente era la demandada quien cobraba a los usuarios, y no fijaba los precios por no conocer como determinarlos, lo que corrobora la existencia del contrato laboral.

- Relacionó además la documental donde consta el actor con uniforme del establecimiento de comercio y el logo “técnico autorizado” en un espacio de SERVICIO TÉCNICO, por lo que no puede predicarse que se tratara de una persona autónoma dado que todos los elementos referenciados permiten verificar que realmente hubo un contrato de trabajo con ANA FELISA, quien no desvirtuó la presunción en contra. Que otros testigos como EDWARD LEÓN solo corroboran esta situación pues ubica al actor como mecánico del establecimiento de comercio.

- Respecto de INCOLMOTOS-YAMAHA, señala, que no existen elementos que determinen la existencia de un contrato de trabajo con dicha empresa pues prestaba servicios era para las particulares demandadas; que entre estas señoras y la empresa existía un contrato de distribución por el cual les respondían por el valor de las garantías, pero esto se les cancelaba a ellas y no al señor ANCÍZAR. Que además no pueden identificarse como simples intermediarias ya que el actor recibía las motos a reparar que le indicaban

las demandadas, y la capacitación se daba por autorización del contrato de distribución, con el aval del empleador que aceptaba la invitación de YAMAHA por costo del primero. Por lo que se declarará la falta de legitimación en la causa respecto de dicha demandada por no demostrarse relación laboral.

- En cuanto a los salarios, solo se aportaron pruebas de los pagos del año 2019 por valor de \$1.438.000 folio 201 para julio y junio de \$972.000, lo que en promedio da un total de \$1.205.500 para el año 2019, y como de los años anteriores no obra prueba alguna, se presumirá el salario mínimo mensual. Sobre los extremos, la demanda señala que inició el 15 de noviembre de 2001 y al contestar se aceptó que no era cierto el vínculo, pero nada dijo que desmintiera o negara esa fecha, lo que es indicio de aceptación. Pero que además, la testigo EDDY AMAYA afirmó haber ingresado en 2002 y que el actor ya estaba, lo que corrobora lo afirmado; sobre el extremo final el actor alegó haber continuado prestando servicios en el tiempo de la remodelación, de lo que se desprende una continuidad y la fecha final aceptada por ESPERANZA VERGEL fue el 14 de julio de 2019.

- Afirmó, que ninguna prueba permite evidenciar que se le deban salario y tampoco que sí se le cancelaran las prestaciones sociales en el curso de la relación, por lo que se condenará al mismo. Y que tampoco se demostró buena fe en las demandadas, por lo que se hacen procedentes las moratorias solicitadas. Aunque sí existe prescripción parcial sobre algunas pretensiones, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 11 de octubre de 2019, con excepción de las cesantías y los aportes a seguridad social, quedan prescritos los causados antes del 11 de octubre de 2016; las que procede a liquidar como relaciona la parte resolutive.

- Indica, que estas condenas deben ser cubiertas solidariamente por ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA y ESPERANZA VERGEL PÉREZ, dado que se demostró que se trató de un mismo negocio, con el mismo nombre, con las mismas funciones, que incluso tienen el mismo correo electrónico y hubo continuidad en la prestación del servicio según expuso el actor en su interrogatorio de parte al indicar que siguió trabajando en las garantías mientras se hacían las remodelaciones. Por lo que se cumplen los supuestos de la sustitución patronal.

- Finalmente, refiere que el hecho del despido no fue probado por el demandante.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **3.1 De la demandada ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA**

El apoderado de la parte demandada ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Señala, que no se hizo un análisis objetivo del acervo probatorio sobre el vínculo entre su poderdante y el señor ANCÍZAR, generándose una duda al concederse todas las pretensiones de la demanda, sin valorar adecuadamente en las excepciones de la demanda.

#### **3.2 De la demandada ESPERANZA VERGEL PÉREZ**

La apoderada de la parte demandada ESPERANZA VERGEL PÉREZ interpone recurso de apelación, fundado en los siguientes argumentos:

- Solicita tener en cuenta que el despacho no tuvo en cuenta que en el interrogatorio de parte al señor ANCÍZAR MANZANO, este manifestó que su vínculo laboral con la señora VERGEL había comenzado a mitad de mayo y así está en el hecho 28 de la demanda; y por eso es falsa la afirmación de que estuvo trabajado entre abril y mediados de mayo en las garantías, así como la que hubo pagos a su favor en ese tiempo pues para entonces no había códigos de facturación como obra a folio 211 y tampoco se había usado para entonces la facturación electrónica, pues a folio 239 obra la primera factura expedida por ESPERANZA VERGEL fue el 30 de mayo de 2019. Por lo que antes no es posible predicar el cobro de garantías para ser cancelado al actor y no es demostrable que se atendiera alguna garantía.

- Agrega, que durante la instalación de las adecuaciones no había un espacio donde se pudiera trabajar en reparaciones; lo que se suma a que no existía sistema para recibir garantías, atenderlas, registrarlas y cobrarlas.

- Refiere, que el demandante en su interrogatorio aceptó que no percibió salario en abril y mayo, y no agregó prueba testimonial o documental que ratificara la prestación de servicio en ese tiempo, para determinar la continuidad. Indicando que en SL123 de 2021 se analizó caso parecido, donde dos empresas con objeto social parecido, pero no se demostró la sustitución pues debió demostrarse la continuidad de servicios del trabajador.

- Que, el despacho no tuvo en cuenta la actuación de buena fe de la demandada, sobre que se vio afectada por los faltantes de inventario que se demostró en las pruebas documentales y que aceptó conocer el señor ANCÍZAR; decidiendo no denunciarlo para no afectar su nombre y que si bien no le pagó liquidación fue porque el valor del faltante de inventario era superior.

#### **4. ALEGATOS**

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

##### **•PARTE DEMANDANTE:**

El apoderado del actor manifestó que se configuran los elementos propios del contrato laboral entre las partes, dado que ANCÍZAR MANZANO desplegó su actividad de mantenimiento y reparación de motocicletas a favor del almacén DISMOTOS-OCAÑA, bajo las condiciones impuestas por el empleador y siguiendo los lineamientos técnicos de INCOLMOTOS. Que esto es aceptado en la contestación por ANA FELISA CABRALES y su afirmación de que le cedía un espacio de manera altruista, desconoce que su servicio se daba a las garantías de motocicletas ofrecidas por su distribuidor, que no resulta fiable una cesión gratuita de ese estilo y que el actor siguió ejerciendo la misma labor con el cambio de propietario. Que el salario percibido no era fijo, se promediaba por las garantías y mantenimientos efectuados, siendo cercano a dos millones de pesos mensuales y por eso renunció luego del desmejoramiento de la oferta de ESPERANZA PÉREZ, quedando probado que INCOLMOTOS pagaba el valor de las garantías al establecimiento. Sobre la subordinación señala que la señora PÉREZ VERGEL confirma haber visto al

actor laborando como mecánico desde hacía 10 años y a ello se suma que solo podía reparar motos Yamaha, usaba los repuestos y herramientas de DISMOTOS, debía portar el uniforme entregado, asistía a capacitaciones, laboraba en el interior del establecimiento, cumplía horario, la actora debía contar con el servicio para su distribuidor, entre otras situaciones similares.

Agrega que los extremos a declarar deben ser los solicitados al contar con respaldo documental y testimonial, que hubo despido injusto pues se le desmejoraron las condiciones y se vio forzado a renunciar, así como que se cumplen los presupuestos de la sustitución patronal al evidenciarse la venta del establecimiento y que se continuó ejerciendo la misma labor, sin que se demostrara interrupción alguna.

#### **• PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de la señora ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA, expuso que conforme a los lineamientos del artículo 53 de la Constitución, el contrato realidad debe demostrarse plenamente y los hechos debatidos muestran que no se constituye entre el demandante y la pasiva ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA, ningún tipo de vínculo ni laboral ni civil y si en algún momento llegó a existir algún asomo de relación comercial se zanjó de manera inmediata en el acto; que en el proceso no se evidenció por parte del interesado y de manera incontrovertible que hubiera una vinculación laboral, ni los medios, modos, lugar, funciones, remuneración y otras situaciones propias de una prestación de servicio.

Señala que está demostrado que la ausencia del señor ANCÍZAR no generaba ningún efecto o consecuencia, ni bloqueaba el funcionamiento del establecimiento; que incluso solía presentarse en estado de embriaguez o ausentarse sin consecuencias y sus labores no eran exclusivamente a favor de DISMOTOS. No existía algún reglamento, orden o exigencia que permita evidenciar subordinación e inclusive el valor de sus actividades era asignado por él mismo.

Que testigos como ASTRID LUNA y EDDY CECILIA AMAYA explican que las labores del actor eran propias, autónomas, sin control ni supervisión generando una absoluta falta de subordinación; no logrando demostrar la dependencia económica y desvirtuando el elemento de subordinación, pues tampoco demuestra que la demandada tuviera participación de su actividad con las garantías. Agrega que debe diferenciarse esa relación con la que pudo tener con ESPERANZA VERJEL, pues ambas constituyeron establecimientos de comercio diferentes y de su interrogatorio se desprende la falta de subordinación del actor, resaltando que cerró la matrícula mercantil y que su actividad no fue sustituida por la señora VERJEL, quien abrió un almacén nuevo y solo usó el mismo nombre para aprovechar el *good will*. Que las capacitaciones eran obsequios de la demandada, respondiendo a invitaciones del distribuidor.

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

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

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

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Se encuentra debidamente acreditada la existencia de un único contrato de trabajo entre el señor ANCÍZAR MANZANO BAYONA como trabajador del 15 de noviembre de 2001 al 30 de marzo de 2019 con la señora ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA? De ser así, se debe establecer luego si ¿Se acreditaron los requisitos para declarar la sustitución patronal a partir del 1 de abril de 2019 hacia ESPERANZA VERGEL como nueva empleadora? En caso negativo, se revisarán los efectos de estas decisiones en las condenas impuestas en primera instancia.

## **7. CONSIDERACIONES:**

En este caso, procede la Sala a determinar si entre el demandante ANCÍZAR MANZANO BAYONA y las señoras ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA y ESPERANZA VERGEL existió un único contrato de trabajo entre el 15 de noviembre de 2001 al 14 de julio de 2019, mediando una sustitución patronal y si en su alegada condición de empleadoras hay lugar a las condenas impuestas en su contra.

El juez *a quo* determinó primero, que estaba aceptado el vínculo contractual con ESPERANZA VERGEL porque así fue admitido en la contestación, y respecto de ANA FELISA CABRALES, que aceptada la prestación de servicio, y con unos testigos que no dieron versiones que permitan inferir que el mismo, se prestaba de manera independiente y sin subordinación, concluye, que entre ellos existió un contrato de trabajo y como no hubo interrupción en la prestación del servicio, y el objeto ejecutado fue al mismo establecimiento físico, había lugar a la sustitución patronal. conclusiones que son atacadas por ambas demandadas, estimando el apoderado de ANA FELISA CABRALES, que no se valoraron adecuadamente las pruebas sobre el vínculo con el actor y la apoderada de ESPERANZA VERGEL que no existió la continuidad declarada.

De manera preliminar, conforme al principio de consonancia contenido en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., se advierte, que al no interponer recurso la parte demandante, esta Sala carece de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones denegadas en primera instancia, así como de la aplicación de la prescripción en su contra y la no declaratoria de contrato o solidaridad alguna con INCOLMOTOS YAMAHA. Por lo que este recurso se dirigirá a establecer primero si realmente hubo un contrato de trabajo entre el actor y ANA FELISA CABRALES, para luego determinar si existió sustitución patronal con la señora ESPERANZA VERGEL y finalmente si por esto hay lugar a alguna modificación de las condenas impuestas en primera instancia.

Respecto del primer problema jurídico, es necesario recordar que en términos del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo, contrato de trabajo es aquél por el cual, una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. Ante ello, acorde al artículo 23 (*ibidem*), para que se predique su existencia debe existir una actividad personal realizada por el mismo trabajador, bajo la continuada

subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y, una remuneración o salario.

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta tanto con probar la prestación o la actividad personal como el período en que ejecutó la actividad, para que se presuma el contrato de trabajo y es al empleador a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario. Ahora bien, con el fin de resolver el primer problema jurídico antes expuesto, la Sala observa que dentro del expediente obran como pruebas relevantes las siguientes:

- Certificado de matrícula mercantil de persona natural ESPERANZA VERJEL PÉREZ donde consta que es propietaria de dos establecimientos de comercio: TEOTOKOS MOTOS abierto desde 2009 en el municipio de Ábrego y DISMOTOS abierto desde el 27 de marzo de 2019 en el municipio de Ocaña. Ambos dedicados al comercio de motocicletas y de sus partes, piezas y accesorios. El primero también al mantenimiento y reparación de motocicletas.

- Certificados expedidos por YAMAHA MOTOR CO LTDA., en “cursos de enseñanza de servicio” al señor ANCIZAR MANZANO del distribuidor DISMOTOS OCAÑA de la siguiente manera:

- Del 26 de febrero al 2 de marzo de 2007, por 40 horas
- Del 26 al 30 de octubre de 2009, por 40 horas
- Del 3 al 7 de mayo de 2010 por 40 horas
- Del 13 de diciembre de 2016 por 3 horas

- Hilo de correos electrónicos donde se observa que Antonio Jalim Rebage Aldana, coordinador de capacitación técnica de Incolmotos Yamaha, desde la dirección [ajrebage@incolmotos-yamaha.com.co](mailto:ajrebage@incolmotos-yamaha.com.co), invita a ANCÍZAR MANZANO BAYONA y EDWARD YESID como técnicos de DISMOTOS OCAÑA, a la dirección [dismotosocana@hotmail.com](mailto:dismotosocana@hotmail.com), a participar en seminario técnico del 23 al 26 de julio de 2018.

- Fotografías donde se observa al actor, acompañado de otros empleados, donde todos utilizan uniforme con la marca YAMAHA rotulada y en instalaciones donde se observa promoción de esta marca comercial.

- Carta del 19 de marzo de 2019, donde la señora ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA informa a INCOLMOTOS YAMAHA su intención de ceder el contrato comercial de compraventa celebrado entre ellos, a la señora ESPERANZA VERJEL PÉREZ para que asuma como distribuidora en Ocaña.

- Carta del 11 de marzo de 2019, donde la señora ESPERANZA VERJEL PÉREZ solicita a INCOLMOTOS YAMAHA la asignación de la plaza de la Ciudad de Ocaña.

- Contrato comercial de compraventa suscrito el 28 de diciembre de 2007 entre INCOLMOTOS YAMAHA S.A. y ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA, para que esta por su cuenta y riesgo revenda en el territorio asignado

motocicletas de marca YAMAHA; indica la cláusula sexta que el comprador tendrá plena autoridad y libertad para contratar el personal que crea necesario para la atención de las ventas. La cláusula décimo cuarta, obligaciones del comprador, indica que el comprador debe tener en su establecimiento un área de venta de motocicletas, área de venta de repuestos y área de servicio técnico, pues debe prestar el servicio de garantía a las motocicletas que haya vendido. Debiendo prestar el servicio técnico idóneo, con personal preparado según las pautas y citaciones de INCOLMOTOS, así como tener la herramienta necesaria para ello.

- Contrato comercial de compraventa suscrito el 10 de marzo de 1997 entre INCOLMOTOS YAMAHA S.A. y ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA, para que esta esta por su cuenta y riesgo revenda en el territorio asignado motocicletas de marca YAMAHA; también la cláusula sexta señala que contratará el personal que crea necesario para las ventas, siendo el empleador directo e independiente.

- Certificado de matrícula mercantil cancelada de DISMOTOS, establecimiento de comercio propiedad de ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA abierto el 28 de febrero de 1989 y renovado por última vez el año 2018. Que el 27 de marzo de 2019 se inscribió la cancelación.

- Certificado de nómina de ANCÍZAR MANZANO expedido por ALMACÉN DISMOTOS – VERJEL PÉREZ ESPERANZA; donde consta que entre junio y julio de 2019 se le canceló un total de \$1.438.000; donde constan anticipos de sueldo de \$200.000 el 26 de junio y \$200.000 el 3 de julio de 2019. Pagos de mano de obra del porcentaje de 35% de \$65.000, \$60.000 y \$110.000 el 26 de junio, \$95.000 pago semanal y \$92.000 de porcentaje el 29 de junio, \$530.000 de sueldo el 1 de julio y \$86.000 de porcentaje del 35% el 3 de julio; lo que está respaldado en diferentes desprendibles firmados por el actor.

- Factura de venta No. FEFM-20953 del 29 de mayo de 2019 expedida por INCOLMOTOS YAMAHA a ESPERANZA VERJEL PÉREZ por un pedido de motocicletas.

- Correos electrónicos del mes de mayo de 2019 remitidos entre diferentes direcciones de la marca INCOLMOTOS YAMAHA con ESPERANZA VERJEL, para asuntos como: envío del kit de inauguración a la nueva tienda de la señora ESPERANZA VERJEL, desbloqueo del correo electrónico del distribuidor anterior y reasignación, envío de productos (termos, manillas, lapiceros y canguros), lista de requerimientos mínimos para el centro de servicio (3 técnicos, 3 rampas hidroneumáticas, 3 gabinetes porta herramientas, 3 mesas de trabajo, herramientas de diagnóstico, compresor, extractor de gases, tablero porta herramientas, cargador de batería inteligente, entre otros).

- Interrogatorio de parte absuelto por ANCÍZAR MANZANO BAYONA, quien señaló que laboraba en el negocio de la señora ANA FELISA CABRALES por solicitud de ella quien necesitaba reemplazar un mecánico por recomendación de un cuñado; expone que lo contrató ahí por porcentaje y sus ganancias dependían de la reparación de motocicletas, que si eran de garantías le pagaba completo y si eran negocios particulares iban 70% para él y 30% para la empresa. De las garantías que INCOLMOTOS remitía el pago al almacén, quien reportaba esto cuando acontecía y él recibía directamente

de ANA FELISA, con valores fijados por INCOLMOTOS. Que ESPERANZA VERGEL llegó a finales de marzo y comienzos de abril de 2019, que fue el mismo negocio y solo cambio de jefe o propietario. Sobre el fin de la relación, que inicialmente le quitó garantías al bajar el salario y después le pidieron que saliera por un inventario, pero no lo llamaron y luego le dijo que había un faltante que debía pagar, pero no lo aceptó porque no estaba a cargo del almacén sino del taller. Que con ESPERANZA él era el único mecánico, solo trabajaba en el taller el señor EDWARD LEÓN. Afirma que la señora ANA FELISA sí lo regañaba, pues le indicaba que debía atender primero las garantías que los trabajos particulares (los cuáles cotizaba él pero se las pasaba la secretaria para atender), aunque a veces lo buscaban directamente, pero agrega, que igual pagaba la cuota y era quien fijaba los precios porque era quien conocía del tema. Que le pedían cumplir horario e informar si estaba enfermo, que solo reparaba marca Yamaha y no le permitían aceptar de otra marca, que todos los trabajos los reportaba a la empresa. Sobre el contrato con ESPERANZA VERGEL, señala que el pago afirmado se propuso entre abril y mayo sin recordar bien la fecha, pero cree que fue a mitad de mayo, que durante el tiempo que duraron las adecuaciones no recibió pago. Que el 14 de julio no volvió a trabajar, le dijeron que estaban en inventarios y lo llamaban, pero no recibió esa llamada. Que el tiempo con ESPERANZA VERGEL solo atendió garantías, que nunca salió un día o dos cuando el 30 de marzo entregó ANA FELISA el local y siguió de corrido hasta el 14 de julio, arreglando lo de las garantías mientras las remodelaciones y que esto se le pagó después cuando las cancelaron, no eran muchas porque estaban remodelando.

- Interrogatorio de parte absuelto por ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA, de 83 años de edad, manifestó que ANCÍZAR llegó al almacén con un cuñado y prestó servicios particulares en su almacén, cobrando él mismo sus arreglos, pues nunca firmó contrato de trabajo ni tuvo nada que ver con su actuar; que lo recibió porque estaba enfermo, dándole el espacio en su almacén para que pudiera subsistir sin cobrarle arriendo ni nada. Que él junto a otros dos mecánicos atendían las garantías a cuenta propia, siendo sus únicas empleadas CECILIA AMAYA y ROSA ELVIRA GÓMEZ. La mano de obra de ANCÍZAR y los otros dos mecánicos las recibía ella de INCOLMOTOS, pero se las cancelaba directamente, sin quedarse con porcentajes. Que estaba obligada a tener mecánicos, pero que los tenía a cuenta de cada uno porque no eran empleados suyos y por eso les entregaba completo lo que remitía INCOLMOTOS. Que vendió el inventario en marzo de 2019 a ESPERANZA VERGEL. Niega que el actor ingresara en el año 2001 a ejercer labores, no recuerda precisamente por el tiempo. Afirma que el actor faltaba porque se ponía a tomar, pero no lo requería porque para eso había otros dos mecánicos y que no cumplía ningún horario. Que sus empleadas eran las encargadas de señalar lo correspondiente a los repuestos. Que ella le compraba los uniformes a INCOLMOTOS. Que no canceló ni remitió al actor a capacitaciones, ni cancelaba el promedio alegado de \$2.000.000, pues solo entregaba lo que INCOLMOTOS pagaba por las garantías y por eso no cancelaba las prestaciones porque no estaba obligada.

- Interrogatorio de parte absuelto por ESPERANZA VERGEL quien informó que hace 10 años tiene un local de venta de motos en Ábrego y luego solicitó otro punto en Ocaña, comprando el poco inventario a la señora ANA FELISA y arrendándole el local. Que cuando llegó estaba el señor ANCÍZAR, pero el comenzó a trabajar el 31 de mayo que se abrió el negocio y entre abril y mayo se hicieron remodelaciones al local, incluyendo un cambio de pisos y

segundo piso. Cuando llegó se hizo un inventario y para entonces sí estuvo presente ANCÍZAR, pero luego empezaron las remodelaciones y no se prestaron servicios, inclusive se remodeló la zona de mecánica porque se trasladó al segundo piso. Que quería contratarlo porque era reconocido por su trabajo. Que actualmente tiene 2 técnicos, pero en el mes y medio que se contrató a ANCÍZAR le pagó ella directamente, pues le propuso un salario mínimo más comisión y él le comentó que preferiría trabajar “suelto como venía”, pero no sabe ciertamente como era porque no le constaba. Que utilizó el nombre de DISMOTOS porque estaba libre y tenía recorrido, pero no hay relación con la propietaria anterior pues inclusive el personal se cambió solo se mantuvo temporalmente a ANCÍZAR. Advierte que cuando tomó la plaza, hace muchos años no exhibían motos y trabajaban al mínimo, por lo que no hubo plena continuidad cuando ella retomó la actividad. Estima que no cree posible que se ejecutara la distribución sin el servicio de mecánica, aunque inicialmente se permitía tercerizarlo luego se reguló para evitar eso.

- Interrogatorio de parte absuelto por JUAN ESTEBAN RODRÍGUEZ GARCÍA, representante legal de INCOLMOTOS YAMAHA que se limita a exponer situaciones sobre las capacitaciones y certificaciones que se adelantan para los técnicos que laboran para las distribuidoras, aclarando diferentes elementos del contrato de distribución como el debido uso de la marca y las condiciones de herramientas y lugares donde se brinda la asistencia técnica. Acepta que cancela los pagos correspondientes a las garantías directamente al distribuidor y que recibe los reportes de fallas de los mecánicos.

- Testimonio rendido por ASTRID LUNA, tachado de sospecha por amistad íntima con la demandada ANA FELISA CABRALES, quien manifestó que hace 30 años conoce a la señora ANA FELISA y ha trabajado en diferentes oportunidades como su secretaria; que estuvo antes de que llegara ANCÍZAR, después salió, pero era la que reemplazaba a las siguientes secretarias cuando estas enfermaban. Sobre ANCÍZAR explica que ANA, como a los anteriores mecánicos, les daba el espacio y hacía allí sus trabajos, pero toda su mano de obra la cobraba por aparte; no obstante, como ANA necesitaba una persona para prestar servicio de garantía por exigencia de YAMAHA, entre ANCÍZAR y otros dos se repartían estos trabajos que los cobraban sin ser empleados porque así les iba mejor, solo siendo empleadas las secretarias. Explicó que inicialmente el servicio de taller era lo primero al ingresar al almacén, pero luego se organizaron todos los distribuidores para hacerlo más estético y lo ingresaron al interior del establecimiento. Señala que eran las secretarias quienes asignaban la moto de garantía para el mecánico, o a quien estuviera desocupado. El Juez le enseña las fotos anexas con la demanda, donde consta que al interior de la empresa se prestaba el servicio técnico autorizado por YAMAHA y que entre los encargados estaba ANCÍZAR, aunque aclara que no tenía horario porque muchas veces lo incumplía. Indica que ANA nunca le cobró el uso del espacio ni la luz al actor, y solo le pagaba los valores de las garantías que trabajaba. Agrega que las herramientas utilizadas por el actor eran propiedad de ANA. Que situaciones como las capacitaciones eran oportunidades que le brindaba ANA al actor, por buena voluntad. Que entre las reformas impulsadas por INCOLMOTOS estuvieron los uniformes, que ANA FELISA compró y regaló a los mecánicos, siendo obligatorio portarlos por exigencia de INCOLMOTOS. Sobre la venta del local señala que se hizo por la avanzada edad de ANA FELISA, que se le entregó todo lo que estaba en el local (inventario, herramientas, motos) y arrendó el

mismo, cerrando la matrícula existente para que pudiera utilizarse nuevamente. Respecto de la fecha en que ingresó ANCÍZAR, señala que para 2002 aproximadamente ya él estaba allá cuando llegó una de las otras secretarias.

- Testimonio rendido por EDY CECILIA AMAYA, tachado de sospecha por amistad íntima con ANA FELISA CABRALES, manifestó que conoció a ANA FELISA CABRALES cuando trabajaba en un negocio de arquitectura junto a su local de YAMAHA y luego pasó a trabajar con ella, desde 2002 a 2019, como secretaria o vendedora. Que conoció a ANCÍZAR porque era mecánico ahí en el almacén, cuando ella llegó ya estaba allí. Que él no tenía horario, como ella, pues llegaba cuando quisiera y era libre para lo que hacía. Que ellos usaban uniforme que les regalaba ANA FELISA más como una forma de promocionar la marca. Que ANCÍZAR era quien atendía y recibía a los clientes directamente, aunque al ser cuestionada por el Juez aclara que las motos de garantía las recibían las secretarias a ANCÍZAR o a los otros dos mecánicos. Que el taller era parte del almacén y las herramientas que usaba eran de ANA FELISA. Que era ella quien entregaba directamente el dinero a ANCÍZAR de lo enviado desde Medellín por concepto de garantías. Que era ANCÍZAR quien cotizaba los valores de arreglos, fueran de garantía o particular, pero siendo particular él cobraba directamente y el almacén no recibía beneficios si no se vendían repuestos, repartiéndose por arreglos lo percibido por garantías. No recuerda nada sobre la remuneración. Que ANCÍZAR no tenía limitación para arreglar motos de otras marcas, incluso le llevaban a reparar guadañadoras y máquinas similares, usando para eso las instalaciones del almacén porque ANA FELISA se lo permitía. Señala que ella no laboró con ESPERANZA VERGEL, quien solo compró el inventario de repuestos que quedaba y no había motos entonces. Que el almacén era quien relacionaba las garantías mediante facturas que se remitían a INCOLMOTOS, para que estos remitieran el pago y no se identificaba quien era el mecánico, siendo esa información interna mediante un formato de control que se adoptó para luego repartir los pagos de garantías. Que una vez ANA FELISA le colaboró a ANCÍZAR para que fuera a una capacitación en Medellín, dándole los pasajes, por invitación que llegaba a DISMOTOS pero que eso era para que él se superara personalmente.

- Testimonio rendido por EDWAR LEÓN JAIMES, tachado de sospecha por dependencia con ESPERANZA VERGEL, manifestó que es asesor de repuestos en DISMOTOS hace menos de dos años y allí conoció a ANCÍZAR, cuando llegó a hacer verificación de inventario percibiendo que reparaba motocicletas en abril de 2019, antes de que se comprara el local por parte de ESPERANZA. Que ANCÍZAR trabajo para ESPERANZA poco más de mes y medio hasta Julio de 2019, terminando la relación luego de que una cliente reclamó por un repuesto indebido y revisando la orden de servicio, se evidenció inconsistencia en la atención, cobro de repuestos no usados y el valor en caja. Por lo que, investigando otros casos para guardar la imagen de la marca, se llama al actor y otra compañera en caja para pedir explicaciones, pero ANCÍZAR dijo que no era de su competencia y se retiró, solo volvió a recoger cosas personales y le manifestó que iba a montar un taller donde un familiar. Que el primer pedido de motocicletas para atender se recibió apenas el día antes de la inauguración. Que no tenía mayor conocimiento de cómo era la relación anterior del actor con el establecimiento, solo escuchó circunstancias como la variación del uso de manuales dependiendo si era moto de garantía o particular. Que ANCÍZAR no estaba autorizado a recibir dinero directamente cuando ESPERANZA VERGEL adquirió el negocio.

•Testimonio rendido por EDILMA MARÍA CARRASCAL quien manifestó que conoce a la señora ESPERANZA VERGEL hace 8 o 9 años cuando era gestora de placas de motos en tránsito y luego le pidió colaboración para trabajar con los vehículos que ella vende, aclarando que solo presta este servicio para ella; que conoció a ANCIZAR MANZANO el día de la inauguración de la oficina, no teniendo ningún otro contacto porque ella solo iba a entregar los dineros y no había necesidad de relacionarse con él. Su conocimiento se limita a que un día al llegar al almacén a entregar dineros se percató de que una cajera no guardó un dinero de otro cliente en la caja, solo simuló y el paquete envuelto de dinero lo llevó a otra oficina para ANCÍZAR, lo que supone porque la vio subir a su locación, pero no presenció directamente, lo que informó a la señora VERGEL para que revisara las máquinas.

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

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

En primera medida, debe señalarse que está aceptado desde la contestación de la demanda que el señor MANZANO BAYONA prestaba servicios de reparación de motocicletas YAMAHA dentro del establecimiento de comercio DISMOTOS, propiedad de ANA FELISA CABRALES. Lo que da lugar a aplicar el artículo 24 del C.S.T., pues conforme se ha expuesto y recientemente ha recordado por la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL5007 de 2018, Rad. 62.168 y M.P. ERNESTO FORERO VARGAS, una vez demostrada plenamente la actividad personal del trabajador a favor de la parte empleadora, no es necesaria la acreditación de la subordinación pues en dicho evento aplica a su favor, la presunción legal y es al demandado, a quien le corresponde demostrar que el servicio no se prestó bajo un régimen laboral, con los medios de convicción suficientes para acreditar la autonomía o independencia de la labor desarrollada, pues ante la inexistencia de prueba de la remuneración, se presume que correspondió al salario mínimo a menos que exista prueba en contrario.

En ese sentido, alega la señora CABRALES DE LA ROSA que ella no contrató laboralmente al actor, sino que le entregó un espacio en el taller dentro de su establecimiento para que ejerciera labores a su propia cuenta y riesgo; de

manera que, procede la Sala a analizar si las pruebas obrantes al plenario logran ratificar la presunción a favor del actor o demuestran que su actividad no tenía relación alguna de subordinación y dependencia con la demandada.

Documentalmente se advierte, que no existen documentos que permitan establecer la naturaleza de la relación entre las partes; sin embargo, como resaltó el juez *a quo*, del contrato suscrito entre la señora CABRALES DE LA ROSA y La Empresa INCOLMOTOS YAMAHA se desprende que ella tenía la obligación de contar en sus instalaciones con un taller de mecánica para prestar el servicio de reparación de garantía de las motocicletas vendidas en ese local. Es decir, la actividad personal desempeñada por el actor beneficiaba directamente a la demandada, pues era indispensable para cumplir su papel de distribuidora autorizada de YAMAHA.

Además, parte de sus obligaciones era garantizar que el personal técnico estuviera permanentemente en capacitaciones para actualizarse sobre las nuevas motocicletas del mercado; evidenciándose por las certificaciones obrantes al plenario, que el señor MANZANO BAYONA acudía a los cursos en YAMAHA representando a DISMOTOS OCAÑA y que era invitado a través del establecimiento de comercio, pues era el correo electrónico del mismo quien recibía las citaciones. De lo que se desprende que el actor acudía a esos cursos como parte de las obligaciones comerciales adquiridas por ANA FELISA CABRALES.

Fluye de lo anterior, que las pruebas documentales no sirven para desvirtuar la presunción en favor del actor; por el contrario, su análisis deriva en situaciones que son indicativas de subordinación. Por lo que procede la Sala a analizar las declaraciones realizadas por ambas partes en sus respectivos interrogatorios, para verificar si de ellas se desprende una confesión de parte.

Al respecto, se recuerda que los dichos de cada parte en su beneficio no constituyen credibilidad alguna porque nadie puede crear su propia prueba, señalando la Sala de Casación Laboral en providencia SL1914 de 2021 que *“para que un interrogatorio de parte se constituya en confesión, debe incorporar la aceptación de hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante y, se resalta, favorezcan a la parte contraria, pues de no ser así, constituye únicamente declaración de parte”*; y en este caso, lo manifestado por el señor MANZANO BAYONA solo sostiene su narrativa expuesta desde la demanda y nada de lo relatado está llamado a constituir confesión. En el caso de la señora CABRALES DE LA ROSA, aunque acepta que el actor prestaba servicios en su establecimiento, lo condiciona a que era a cuenta propia y sin cobrarle arriendo ni pagarle tampoco nada porque los arreglos de la garantía se los entregaba completo y no recibía nada de sus reparaciones a particulares. Siendo también su relato concordante con la narrativa de su contestación.

En esa medida, las únicas pruebas restantes son los testimonios de las señoras ASTRID LUNA y EDY CECILIA AMAYA; ambas actuaron en diferentes períodos de tiempo como secretarias o empleadas de la señora ANA FELISA CABRALES en el establecimiento de comercio DISMOTOS. La señora LUNA afirma que a él y los otros mecánicos, la actora les dio un espacio para que ejercieran su mano de obra reparando motos y que esto podía ser como parte de las garantías de YAMAHA (caso en el cual le pagaban ellas luego de realizar el trámite ante INCOLMOTOS) o de clientes particulares (caso en el que afirma cobraba directamente el actor), situación que desde su entendimiento

desmiente que hubiera una relación laboral; sin embargo, diferentes situaciones expuestas derivan en actos de subordinación, como que era el almacén el que asignaba a los mecánicos las motos que debían atender, que la señora ANA FELISA les compraba y entregaba los uniformes, así como que pagaba los traslados a las capacitaciones, que las herramientas que usaban los mecánicos también eran propiedad de la demandada y que solo se podían arreglar motos en el horario del establecimiento, el cual afirma era incumplido por el actor.

Por otra parte, la señora EDY CECILIA AMAYA concuerda en que desde su perspectiva el señor MANZANO era libre para desarrollar las actividades de reparación que quisiera en las instalaciones y no cumplía siempre los horarios; sin embargo, no sabe como ingresó al almacén porque en 2002 que llegó ya estaba allí e igualmente reseña diferentes situaciones indicativas de subordinación: el uso de uniformes para promocionar la marca YAMAHA comprados por ANA FELISA, que las motos para reparar por garantía eran designadas por las secretarías y el pago de esto lo tramitaba el establecimiento pues incluso tenían un formato para controlar esta facturación con los mecánicos, que tanto el taller como las herramientas usadas eran propiedad de la demandada y era quien costaba los viajes a las capacitaciones.

De lo anterior se desprende, que pese al convencimiento con que los testigos exponen que el actor no podía ser trabajador de la demandada pues solo ejercía labores a propia cuenta y riesgo como mecánico en el establecimiento de comercio DISMOTOS; un análisis integral de sus declaraciones permite evidenciar que no podía ser a propia cuenta, pues tanto las instalaciones como las herramientas, horarios, motocicletas, uniformes y capacitaciones provenían de la señora CABRALES DE LA ROSA. Igualmente, acorde con la documental ya expuesta, era la demandada quien se beneficiaba de la actividad del actor pues estaba obligada legalmente por INCOLMOTOS YAMAHA a tener un área de atención técnica debidamente acoplada y capacitada.

Todo esto permite evidenciar que no asiste razón a la demandada en su defensa al negar la existencia de una relación laboral con el actor, dado que la realidad permite evidenciar diferentes actos de subordinación que descartan la posibilidad de que se hubiera ejercido un vínculo diferente; vale resaltar lo expuesto por la Sala de Casación Laboral en SL1684 de 2021, al indicar que *“la aquiescencia del actor para acudir a una forma de contratación distinta a la laboral cuando en realidad se trata de un verdadero contrato de trabajo, no es razón para dar por no acreditada su existencia; ello, en razón de que el trabajador es la parte débil de la relación, y que en muchas ocasiones se ve compelido por la necesidad de obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor rigen en el mundo del trabajo”*. Lo que sucedió en este caso, donde el actor aceptó las condiciones de pago diferenciado entre motos de garantía y particulares que le ofreció la actora, sin reclamar íntegramente sus derechos laborales por la necesidad de mantener esa fuente de ingresos.

Respecto de la libre formación del convencimiento, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en proveído SL1261 de 2021 reitera lo explicado en SL2833 de 2017 sobre que *“los sentenciadores de instancia gozan de la «potestad legal de apreciar libremente la prueba» en los términos previstos en el citado artículo 61 del C.P. del T. y de la S.S., para, con ello,*

*formar su convencimiento con base en el principio de la sana crítica, acerca de los hechos discutidos. Esto, con base en aquellos elementos de prueba que más los induzcan a hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias del juzgador sean lógicas y aceptables, por lo cual quedan abrigadas por la presunción de legalidad. De suerte que los jueces de instancia, conforme a esa potestad legal, pueden válidamente fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que les merezcan mayor persuasión o credibilidad, ya sea en forma prevalente o excluyente de lo que surja entre una u otra prueba, sin que esa escogencia razonada configure un yerro”.*

Se debe tener en cuenta, que toda decisión judicial debe estar debidamente fundada a través de la inescindible relación entre los elementos fácticos con el material probatorio que genere la suficiente persuasión de credibilidad para que se configuren y resulten aplicables los presupuestos normativos que persiguen las partes. De manera que, probada la prestación del servicio, a la demandada le correspondía acreditar más allá de sus propias manifestaciones que la misma no se trataba de una relación laboral y lo evidenciado solo permite corroborar la existencia permanente de actos de subordinación.

En consecuencia, se confirmará lo resuelto en primera instancia sobre la existencia de un contrato de trabajo realidad entre ANCÍZAR MANZANO BAYONA como trabajador y ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA como empleadora; respecto de los extremos, estos no fueron objeto de la apelación, así que se tiene como fecha inicial el 15 de noviembre de 2001 y final el día del cierre de la matrícula mercantil, el 27 de marzo de 2019.

Resuelto el primer problema, corresponde entonces a la Sala establecer si se demostró la ocurrencia de una sustitución patronal respecto de las labores desempeñadas por el actor como trabajador de ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA y que se alega siguió desempeñando para ESPERANZA VERJEL PÉREZ, cuando adquirió el establecimiento de comercio DISMOTOS entre marzo y abril de 2019.

Al respecto, el artículo 67 del C.S.T. establece que:

*“Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.”, agregando el artículo 68 que “La sola sustitución de patronos no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes”.*

Sobre este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado como criterio jurisprudencial, recientemente en Sentencia SL-1943 del 17 de febrero de 2016, M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ que:

*“(…) la institución de la sustitución patronal tiene por fin amparar al trabajador contra una imprevista e intempestiva extinción del contrato producida por el cambio de un patrono por otro, cualquiera que sea la causa, ya se trate de mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte), enajenación del goce (arrendamiento, alquiler, etc.), alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier*

*otra causa. Por consiguiente, cuando existe o media la sustitución patronal, los contratos de trabajo no se extinguen, son los mismos y deben continuar con el nuevo patrono.”*

Agregando el Tribunal de Cierre de esta Jurisdicción que “...para que se produzca el fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan tres condiciones, a saber: a) el cambio de un patrono por otro; b) la continuidad de la empresa y c) la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo”.

En esa medida, conforme al relato probatorio previo, la Sala encuentra configurados los primeros dos supuestos: pues si bien la señora ANA FELISA CABRERAS clausuró el 27 de marzo de 2019 su establecimiento de comercio DISMOTOS que venía activo desde 1989, el mismo día la señora ESPERANZA VERJEL inscribió un establecimiento de igual nombre, cuyo funcionamiento estaba fundado en el contrato de compraventa como distribuidora que INCOLMOTOS YAMAHA tenía con la señora CABRERA y que ella cedió a la señora VERJEL. Es decir, que en la realidad, la actividad de comercialización de motos y repuestos YAMAHA en el municipio de Ocaña, pasó de una demandada a la otra bajo el mismo contrato de distribución, igual nombre y por ende se configuran los supuestos de continuidad de empresa, y el de cambio de patrono se evidencia en la confesión de ESPERANZA VERJEL sobre que el único empleado que decidió mantener fue precisamente ANCÍZAR MANZANO.

Ahora bien, respecto del tercer elemento que es la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo, la Sala no acepta el razonamiento del juez a quo sobre que se encuentra demostrado por la afirmación del demandante en su interrogatorio de parte, de que siguió reparando motos de garantía en el tiempo que duró la remodelación entre abril y mayo de 2019. Por cuanto, como ya se explicó, los dichos de una parte en su propio beneficio no constituyen credibilidad alguna porque a nadie le está dado crear su propia prueba. De aceptarse esta valoración, debió también haberle dado validez a lo afirmado por la señora VERJEL sobre que era imposible hacer estas reparaciones porque el espacio de taller fue trasladado del primer al segundo piso del inmueble como parte de las reparaciones.

De esta manera, era al demandante a quien le correspondía acreditar por los medios probatorios adecuados, que el 27 de marzo de 2019 que se configuró el cambio de patrono con continuidad de empresa, él siguió prestando servicios bajo el mismo contrato de trabajo; sin embargo, esta carga probatoria no se cumplió, pues ningún elemento permite comprobar que entre abril y mayo de 2019 hubo labores de reparación a cargo del actor. Inclusive, como resalta la apoderada de la señora VERJEL, el actor confiesa en su interrogatorio que durante esos dos meses no recibió salario y también acepta que accedió a variar la modalidad de remuneración de comisiones por un salario mínimo más 30% de comisiones. Es decir, que en esencia el contrato de trabajo aceptado con la nueva propietaria no era el mismo que el ejecutado previamente.

Evidencia también la Sala, que el testigo EDWAR LEÓN JAIMES afirmó que el actor solo laboró hasta julio de 2019 por un mes y medio porque antes el almacén no había abierto; situación que tiene respaldo documental, pues

como enuncia la apelante, los primeros pedidos de motocicletas solo arribaron el 29 de mayo de 2019 y el historial de pago de reparaciones al actor para calcular sus comisiones solo refieren actividad en los meses de junio y julio de 2019.

Por lo expuesto, el interesado en demostrar íntegramente los tres elementos constitutivos de su pretensión no cumplió adecuadamente con la carga probatoria que le asistía, y, por ende, se le debe imponer la consecuencia desfavorable de no acceder al reconocimiento de la sustitución patronal. En consecuencia, se revocará el numeral primero de la sentencia de primera instancia que declaró una única relación laboral con sustitución patronal; en su lugar se declarará la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre ANCÍZAR MANZANO BAYONA como trabajador y ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA como empleadora del 15 de noviembre de 2001 al 27 de marzo de 2019 y un contrato de trabajo diferente a término indefinido entre ANCÍZAR MANZANO BAYONA como trabajador y ESPERANZA VERJEL PÉREZ como empleadora del 29 de mayo al 14 de julio de 2019.

En esa medida, como se evidenció que existieron realmente dos relaciones laborales diferentes se hace necesario entrar a revisar la causación de los derechos laborales por los que hubo condena en primera instancia y la aplicabilidad del término prescriptivo respecto de cada uno al no ser dable predicar solidaridad, en aras de determinar la condena que compete a cada demandada. Aclarando que al no apelar el demandante, solo se revisarán los conceptos por los que hubo condena.

**1. Contrato de trabajo con ANA FELISA CABRALES**

Respecto de la demandada ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA, se advierte que como se identificó el 27 de marzo de 2019 como extremo final y la demanda se radicó el 11 de octubre y fue notificada el 29 de octubre del mismo año, no opera prescripción alguna que afecte la integralidad de las cesantías que se causan con la terminación de la relación laboral. Mientras las demás prestaciones se entenderán afectadas por prescripción cuando se hayan causado antes del 11 de octubre de 2016.

Como no se demostró el valor de lo devengado mensualmente por el actor y que se evidenció era al menos el resultado de lo cancelado por reparaciones de garantías, se presumirá que devengaba el salario mínimo mensual legal vigente y realizado el cálculo correspondiente, el valor adeudado asciende a la suma de \$9.092.042,03 por cesantías, \$270.813,39 por intereses a cesantías, \$2.063.814,53 por prima de servicios y \$1.526.446,02 por vacaciones. Discriminado de la siguiente manera:

| Año  | Salario      | Días laborados | Cesantías    | Intereses | Prima de servicios | Vacaciones |
|------|--------------|----------------|--------------|-----------|--------------------|------------|
| 2001 | \$286.000,00 | 45             | \$35.750,00  |           |                    |            |
| 2002 | \$309.000,00 | 360            | \$309.000,00 |           |                    |            |
| 2003 | \$332.000,00 | 360            | \$332.000,00 |           |                    |            |
| 2004 | \$358.000,00 | 360            | \$358.000,00 |           |                    |            |
| 2005 | \$381.500,00 | 360            | \$381.500,00 |           |                    |            |
| 2006 | \$408.000,00 | 360            | \$408.000,00 |           |                    |            |
| 2007 | \$433.700,00 | 360            | \$433.700,00 |           |                    |            |
| 2008 | \$461.500,00 | 360            | \$461.500,00 |           |                    |            |

|        |              |     |                |              |                |                |
|--------|--------------|-----|----------------|--------------|----------------|----------------|
| 2009   | \$496.900,00 | 360 | \$496.900,00   |              |                |                |
| 2010   | \$515.000,00 | 360 | \$515.000,00   |              |                |                |
| 2011   | \$535.600,00 | 360 | \$535.600,00   |              |                |                |
| 2012   | \$566.700,00 | 360 | \$566.700,00   |              |                |                |
| 2013   | \$589.500,00 | 360 | \$589.500,00   |              |                |                |
| 2014   | \$616.000,00 | 360 | \$616.000,00   |              |                |                |
| 2015   | \$644.350,00 | 360 | \$644.350,00   |              |                | \$322.175,00   |
| 2016   | \$689.455,00 | 360 | \$689.455,00   | \$82.734,60  | \$344.727,50   | \$344.727,50   |
| 2017   | \$737.717,00 | 360 | \$737.717,00   | \$88.526,04  | \$737.717,00   | \$368.858,50   |
| 2018   | \$781.242,00 | 360 | \$781.242,00   | \$93.749,04  | \$781.242,00   | \$390.621,00   |
| 2019   | \$828.116,00 | 87  | \$200.128,03   | \$ 5.803,71  | \$200.128,03   | \$100.064,02   |
| TOTAL: |              |     | \$9.092.042,03 | \$270.813,39 | \$2.063.814,53 | \$1.526.446,02 |

Respecto de los aportes a pensiones, esta prestación es de carácter imprescriptible y se confirmará la condena solo modificándola para que se cubra por su parte el periodo declarado.

**2. Contrato de trabajo con ESPERANZA VERJEL**

Respecto de la demandada ESPERANZA VERJEL PÉREZ, se tiene que el demandante solo trabajó del 29 de mayo al 14 de julio de 2019, esto es 46 días; sobre el valor del salario, como en esta sentencia se modificó la duración de la relación, esto conlleva a variar el promedio calculado en primera instancia.

Teniendo en cuenta que las partes aceptaron que se pactó un sueldo equivalente al salario mínimo mensual legal vigente más un 30% por comisiones, se realizó la siguiente identificación de salarios generados y se adicionaron las comisiones demostradas con los anexos de la contestación:

| Concepto                    | Suma            |
|-----------------------------|-----------------|
| Dos días de mayo de 2019    | \$ 55.207,73    |
| Primera quincena junio 2019 | \$ 414.058,00   |
| Segunda quincena junio 2019 | \$ 414.058,00   |
| 14 días de julio 2019       | \$ 386.454,13   |
| Pago mano de obra 26/06/19  | \$ 65.000,00    |
| Pago mano de obra 26/06/19  | \$ 60.000,00    |
| Pago mano de obra 26/06/19  | \$ 110.000,00   |
| Pago mano de obra 29/06/19  | \$ 92.000,00    |
| Pago mano de obra 03/07/19  | \$ 86.000,00    |
|                             | \$ 1.627.570,13 |

Conforme a lo anterior se calculó el promedio de ingresos mensuales para liquidar las prestaciones en \$1.097.463,83; conforme a la siguiente operación:

|                  |                 |
|------------------|-----------------|
| Sueldo mayo      | \$ 55.207,73    |
| Sueldo junio     | \$ 1.155.116,00 |
| Sueldo julio     | \$ 472.454,13   |
| Total devengado  | \$ 1.682.777,87 |
| Promedio diario  | \$ 36.582,13    |
| Promedio mensual | \$ 1.097.463,83 |

Conforme a este promedio, por los 46 días laborados, se adeuda un total de \$140.231,49 por cesantías, \$2.150,22 por intereses a cesantías, \$140.231,49 por prima de servicios y \$70.115,74 por vacaciones.

No se demostró tampoco el pago de aportes a pensión, por lo que se confirmará la condena sobre esta prestación por el período declarado y teniendo en cuenta el IBC relacionado en el cuadro anterior para los meses de mayo a julio de 2019.

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

Al respecto, sobre la naturaleza de cualquier indemnización moratoria, se traerá a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-1091 de 2018 al indicar que esta condena: *“tiene un carácter eminentemente sancionatorio, pues se genera cuando quiera que el empleador se sustrae, sin justificación atendible, al pago de salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del vínculo laboral”*. Igualmente, ha sido agregado por la jurisprudencia *“que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe para exonerar al empleador; esta noción que rechaza la aplicación automática de la indemnización moratoria se extiende a la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, indicando la Sala de Casación Laboral en sentencia SL3492 de 2018, que “para su imposición el fallador debe analizar la conducta del empleador a efectos de establecer si la omisión en la consignación de las cesantías estuvo revestida de buena fe de parte aquel para, de esta manera, proceder a eximirlo de su pago”*.

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

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

Algunos elementos a tener en cuenta son la conducta del empleador, tanto en el desarrollo de la relación como con su finalización, esto es, *“en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder”*, recordando que en decisiones previas se dieron algunos parámetros como la necesidad de evaluar *“si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no*

*pagarlos”, también si “éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento”.*

En el presente caso, se tiene que respecto a la demandada ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA, desde la contestación afirmó que siempre obró de buena fe y bajo el entendimiento de que la relación con el actor no era laboral; sin embargo, en el curso del proceso se evidenció que en los 18 años que duró la relación siempre hubo actos de subordinación y dependencia total sobre la actividad desplegada, por lo cual no es admisible entender que se desconocieran abiertamente los derechos del trabajador cuando inclusive estaba contractualmente obligada con YAMAHA a tener un servicio de mecánica permanente y debidamente capacitado. No avizora así la Sala que existan razones serias y atendibles para exonerar por este asunto.

Respecto de la señora ESPERANZA VERJEL, en su apelación se indica que no se valoró que al terminar la relación por el descuadre de inventario causado por el actor, fue esta la razón por la que no se cancelaron las prestaciones ya que optó por no adelantar acciones legales en su contra y que inclusive canceló finalmente las mismas mediante depósito judicial a este proceso.

Sobre este aspecto, se advierte que legalmente no está consagrado para el empleador la facultad de retener la liquidación final de prestaciones del trabajador con la excepción de las cesantías, conforme al artículo 250 del C.S.T., cuando el trabajador haya cometido acto delictuoso condicionado a que se adelante el proceso correspondiente para que la justicia decida. En este caso, dicho proceso no se inició y aunque se alega que se hizo para evitar inconvenientes legales al actor, la norma señala que debe demostrarse la ocurrencia del acto delictuoso porque de lo contrario se presume la inocencia del mismo respecto de los hechos que le son imputados. Por lo que, tampoco se evidencia una razón legalmente fundada para abstenerse de cancelarle al trabajador sus prestaciones.

Por lo anterior, se confirmará la imposición de estas sanciones, pero al declararse la existencia de relaciones separadas se debe modificar lo correspondiente a su liquidación; además, se advierte que el juez *a quo* no tuvo en cuenta que la señora ESPERANZA VERJEL el 18 de diciembre de 2019 realizó consignación de \$900.000 para cubrir la liquidación final de prestaciones, lo que detiene la causación de la condena.

En cuanto a la señora ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA, se tiene que debe responder por la sanción moratoria por no consignación de las cesantías de 2016, 2017 y 2018 que no están afectadas por prescripción al causarse luego del 11 de octubre de 2016; las cuales liquidadas debidamente arrojan un total de \$18.245.844,2 discriminado así:

| Inicio     | Fin        | Diario      | Días | Total          |
|------------|------------|-------------|------|----------------|
| 15/02/2017 | 14/02/2018 | \$22.981,83 | 360  | \$8.273.460    |
| 15/02/2018 | 14/02/2019 | \$24.590,56 | 360  | \$8.852.604    |
| 15/02/2019 | 27/03/2019 | \$26.041,4  | 43   | \$1.119.780,2  |
|            |            |             |      | \$18.245.844,2 |

Respecto de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., se advierte que la misma debe liquidarse sobre el último salario, esto es \$26.041,4 diarios; sin embargo, sobre su causación deben hacerse algunas consideraciones en aras de evitar que se afecte el principio de la *non reformatio in pejus*, dado que el demandante no interpuso recurso de apelación.

De aplicar adecuadamente el parámetro normativo, esta sanción equivaldría a un día de salario a partir del 28 de marzo de 2019 y como se liquida sobre el salario mínimo, este valor se seguiría causando diariamente hasta la fecha de pago. Sin embargo, el *a quo* condenó a una moratoria única causada desde el 15 de julio de 2019 y por salario superior al mínimo, por lo que a partir del mes 25 solo se causarían intereses de mora sobre el valor adeudado de prestaciones. Lo que resulta menos oneroso y por lo tanto no es susceptible de ser modificado en perjuicio en segunda instancia.

En consecuencia, se condenará a la señora ANA FELISA CABRALES al pago de un día de salario diario, \$26.041,4, pero causado desde el 15 de julio de 2019 hasta el 14 de julio de 2021 y a partir del 15 de julio de 2021, se condenará al pago de intereses moratorios sobre el valor de prestaciones adeudadas (\$11.426.669,95); al no ser susceptibles de modificar los parámetros de fecha inicial y de intereses moratorios, para no incurrir en violación del precepto de *non reformatio in pejus*.

Respecto de la señora ESPERANZA VERJEL, no hay lugar a sanción moratoria por no consignación oportuna de cesantías dado que nunca hubo obligación de consignarlas; y respecto de la moratoria del artículo 65 del C.S.T., se advierte que este se causó por un salario diario, que conforme al salario de julio aquí demostrado equivale a \$33.746,72 dado que el salario de julio fue de \$472.454,13. Liquidados desde el 15 de julio de 2019 hasta el 18 de diciembre de ese año, fecha en que se consignó título judicial que alcanza a abarcar el valor de prestaciones adeudado. Esto es por un total de 154 días, para una moratoria por \$5.196.994,88. Para este caso, no hay afectación a la *non reformatio in pejus*, dado que se limita la sanción inicialmente impuesta al disminuirse el valor del salario y la fecha de terminación.

Finalmente se declarará probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA SOLIDARIDAD propuesta por ESPERANZA VERJEL al no demostrarse la sustitución patronal y se confirmarán los demás aspectos al no haber sido impugnados; así mismo por no haber prosperado el recurso de la señora CABRALES DE LA ROSA y solo parcialmente el de ESPERANZA VERJEL, se les condenará en costas de segunda instancia. Fijando como agencias en derecho a favor de la actora, un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de ANA FELISA CABRALES y medio salario mínimo mensual legal vigente a cargo de ESPERANZA VERJEL.

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

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** los numerales primero y segundo de la Sentencia del 15 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, y en su lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre ANCÍZAR MANZANO BAYONA como trabajador y ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA como empleadora del 15 de noviembre de 2001 al 27 de marzo de 2019 y un contrato de trabajo diferente a término indefinido entre ANCÍZAR MANZANO BAYONA como trabajador y ESPERANZA VERJEL PÉREZ como empleadora del 29 de mayo al 14 de julio de 2019.

**SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN** de INEXISTENCIA DE LA SOLIDARIDAD propuesta por ESPERANZA VERJEL, al no demostrarse la existencia de sustitución patronal.

**TERCERO: CONDENAR** a la señora ANA FELISA CABRALES DE LA ROSA a reconocer y pagar al señor ANCÍZAR MANZANO BAYONA los siguientes conceptos:

- a. Cesantías: \$9.092.042,03
- b. Intereses a cesantías: \$270.813,39
- c. Prima de servicios: \$2.063.814,53
- d. Vacaciones: \$1.526.446,02
- e. Indemnización moratoria por no consignación de las cesantías: \$18.245.844,2
- f. Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. por un día de salario diario, \$26.041,4, causado desde el 15 de julio de 2019 hasta el 14 de julio de 2021 y a partir del 15 de julio de 2021, se condenará al pago de intereses moratorios sobre el valor de prestaciones adeudadas (\$11.426.669,95).
- g. Al pago de la suma correspondiente para cubrir las cotizaciones de los periodos comprendidos entre el 15 de noviembre de 2001 y el 27 de marzo de 2019, con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por la entidad a que esté afiliado o elija el trabajador, para lo cual se deberán tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento del actor, y el salario mínimo mensual legal vigente de cada período.

**CUARTO: CONDENAR** a la señora ESPERANZA VERJEL a reconocer y pagar al señor ANCÍZAR MANZANO BAYONA los siguientes conceptos:

- a. Cesantías: \$140.231,49
- b. Intereses a cesantías: \$2.150,22
- c. Prima de servicios: \$140.231,49
- d. Vacaciones: \$70.115,74
- e. Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. por un día de salario diario, \$33.746,72, causado desde el 15 de julio de 2019 hasta 18 de diciembre de 2019 por total de \$5.196.994,88.
- f. Al pago de la suma correspondiente para cubrir las cotizaciones de los periodos comprendidos entre el 29 de mayo al 14 de julio de 2019, con base en el cálculo actuarial elaborado y actualizado por la entidad a que esté afiliado o elija el trabajador, para lo cual se deberán tener en cuenta los términos del Decreto 1887 de 1994, la fecha de nacimiento del actor, y el salario mensual de \$55.207,73 para mayo, \$1.155.116 para junio y \$472.454,13 para julio de 2019.

**QUINTO: CONFIRMAR** en los demás aspectos la providencia, por lo expuesto en la parte motiva.

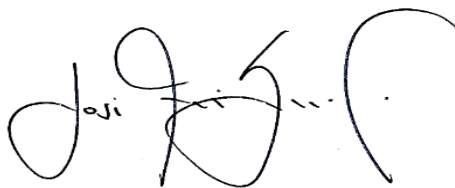
**SEXTO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho a favor de la actora, un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de ANA FELISA CABRALES y medio salario mínimo mensual legal vigente a cargo de ESPERANZA VERJEL.

Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



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



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



**ELVER NARANJO**

**Magistrado**

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 087, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 25 de agosto de 2021.



Secretario