



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2018-00245-00
RADICADO INTERNO:	19.207
DEMANDANTE:	BENJAMÍN CASTAÑEDA FORERO
DEMANDADO:	INDUMINAS TASAJERO LTDA., BERNANDO ROZO MORA, MARIA CAROLINA ROZO ARENAS, GLORIA ISABEL ARENAS DE ROZO Y BERNANDO JAVIER ROZO ARENAS.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por BENJAMÍN CASTAÑEDA FORERO contra INDUMINAS TASAJERO LTDA., BERNANDO ROZO MORA, MARIA CAROLINA ROZO ARENAS, GLORIA ISABEL ARENAS DE ROZO Y BERNANDO JAVIER ROZO ARENAS, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2018-00245-00, y Radicación interna N° 19.207 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 16 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 BENJAMÍN CASTAÑEDA FORERO, mediante apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra INDUMINAS TASAJERO LTDA. y sus accionistas y propietarios BERNANDO ROZO MORA, MARIA CAROLINA ROZO ARENAS, GLORIA ISABEL ARENAS DE ROZO Y BERNANDO JAVIER ROZO ARENAS. para que se declare:

- Que, es sujeto de especial protección constitucional por estabilidad laboral reforzada, por presentar calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 22% de origen profesional y por ende se declare infundada e ilegal la suspensión de su contrato de trabajo realizada por INDUMINAS TASAJERO LTDA. el 1 de agosto de 2016, ordenándose su reintegro a un cargo igual o mejor al desempeñado, acorde a las recomendaciones médicas.
- Que, se disponga el pago de los salarios dejados de percibir desde su suspensión, así como el de las prestaciones sociales causadas (cesantías, intereses a cesantías, primas de servicio, vacaciones), indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sanción moratoria por no consignación oportuna de cesantías y costas.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que el señor BENJAMÍN CASTAÑEDA FORERO labora en INDUMINAS TASAJERO S.A. desde el 1 de marzo de 2005, como operador de maquinaria pesada con un salario de \$1.602.000 y el 9 de septiembre de 2014, sufrió accidente de trabajo reportado a la A.R.L. POSITIVA, por el cual se generaron como patologías en su columna vertebral: TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATÍA, OTRAS DEGENERACIONES; LUMBAGO NO ESPECIFICADO, que fueron inicialmente calificados por la ARL mediante Dictamen No. 756023 del 9 de junio de 2015 con 0% de PCL y patologías de origen común, lo cual fue confirmado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, pero dispuso reiniciar el trámite de calificación.
- Que, la NUEVA E.P.S. adelantó estudio de puesto de trabajo con análisis de exposición a riesgos, el cual no fue realizado por el empleador, y el 10 de enero de 2017 la E.P.S dictaminó que las enfermedades eran de origen laboral, lo que fue confirmado por la Junta Regional tras apelación de la A.R.L. y tras la nueva calificación en la A.R.L. le asignaron una pérdida de capacidad laboral del 7.90%, que fue aumentado a 17.70% en la Junta Regional y luego a 22.70% en la Nacional.
- Que, el empleador inició proceso de autorización de despido ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito y el Ministerio del Trabajo, entidad que la negó en Resolución No. 118 de 2015, lo cual fue confirmada en reposición y apelación, así como fue negada en sentencia del 7 de diciembre de 2015, y el 26 de junio de 2016 se notificó la suspensión del contrato de trabajo argumentando que estaba limitado para trabajar, causal no prevista en el artículo 53 del C.S.T. y desconociendo su estabilidad laboral.
- Que, en dicha misiva le informan que recibirá un auxilio económico por mera liberalidad en cuantía de un salario mínimo, cuando no se le expida incapacidad laboral; por lo que adelantó acción de tutela, pero fue declarada improcedente y desde entonces se han vulnerado los derechos salariales y prestacionales del actor.

Los demandados confirieron poder a un solo apoderado, que contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones señalando:

- Que, el actor pretende engañar al juez para inducirlo a error al disfrazar la figura jurídica de suspensión del contrato de trabajo con la de despido injusto para hacer exigible el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; y dicha suspensión se ajustó a derecho y sus motivos aún se mantienen. Sobre los hechos contesta que la mayoría se trata de afirmaciones antitécnicas del abogado, que se contradicen y son manifestaciones subjetivas. Replica que INDUMINAS TASAJERO necesitaba un operador para el cargador (maquinaria pesada) y el actor presentó su hoja de vida con experiencia de 13 años, por lo que fue contratado mediante contrato a término fijo inferior a un año, que supuestamente sufrió un accidente de trabajo el 9 de septiembre de 2014 pero el 8 de enero de 2015 el médico laboral cerró su caso,
- Que, fue asignado como apoyo a la coordinadora de salud ocupacional desde el día siguiente, pero allí manifestó que le dolía la espalda y no podía trabajar, dejando de prestar servicios desde esa fecha; y en agosto de 2015 se procedió a la suspensión de su contrato, que a la

fecha sigue vigente y cuya presunción de legalidad no se ha desvirtuado.

- Que, el 16 de agosto de 2017 la empresa vendió su planta coquizadora a CARBOMAX DE COLOMBIA SAS y finalizó los contratos de trabajo de sus empleados, así como clausuró el establecimiento industrial. Propone como excepciones INEPTA DEMANDA, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, MALA FE DEL ACTOR, TENTATIVA DE FRAUDE PROCESAL, COMPENSACIÓN, BUENA FE DE LA DEMANDADA, COBRO DE LO NO DEBIDO, AUSENCIA DE CAUSA LEGAL 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 16 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: ORDENAR a los demandados, levantar la suspensión de contrato del demandante el señor Benjamín Castañeda Forero, de conformidad con las motivaciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a los demandados a reconocer y pagar a favor del demandante los salarios dejados de percibir a partir de la suspensión del contrato de trabajo y hasta su reactivación del mismo, teniendo en cuenta el salario que venía devengando el demandante a partir de su contrato de trabajo, ello en virtud a que el expediente no obra prueba de la nómina, donde se pueda establecer el salario que se le venía cancelando al demandante momento de la suspensión del contrato, así mismo reconocer y pagar las cesantías, primas de servicio y vacaciones, causados a partir de dicha suspensión, de conformidad con las motivaciones de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a los demandados a reconocer y pagar a título de sanción por no consignación de cesantías año a año causadas a partir de la suspensión del contrato del demandante, de conformidad a las motivaciones de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

QUINTO: ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENAR en costas a los demandados.

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 establecer y definir la existencia de la relación laboral, la legalidad de la suspensión y si se encontraba protegido por estabilidad laboral reforzada por la que ordenar el reintegro del trabajador a un puesto igual o mejor de categoría, así como al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

- Luego de realizado un recuento sobre las pruebas documentales anexas con la demanda y la contestación, señala, que no existe duda sobre la existencia de la relación laboral, siendo el hecho que da origen a la controversia, la suspensión del contrato de trabajo comunicada al actor el 1 de agosto de 2016 que se mantiene a la fecha.

- Que está demostrada la interposición de 2 acciones constitucionales que no fueron favorables al demandante y que en el mismo despacho cursó proceso iniciado por la demandada solicitando autorización para terminar el contrato del actor, igualmente, que el Ministerio del Trabajo negó la autorización para despedir al actor y se confirmó al resolver los respectivos recursos.

- Determina también, que está demostrado que el demandante venía de una incapacidad de manera indefinida luego de un accidente laboral, que si bien inicialmente fue calificado de origen laboral con 0% de PCL, en evaluaciones posteriores se reajustó hasta en 22.7%, y advierte que no tendrá en cuenta la última calificación que arrojó una PCL del 10.8%, dado que es posterior a los ejecutoriados y por lo tanto el actor con la de mayor valoración sí cuenta con una protección especial que los otros generan en el trabajador, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema y la Corte Constitucional.

- Respecto de la suspensión del contrato de trabajo, tras dar lectura íntegra a la comunicación, que notificó esta situación al trabajador, indica, que, si bien hubo fallos de tutela sobre este asunto, es el juez laboral quien debe resolver de fondo sobre la legalidad de esta situación y resalta que, por la inasistencia injustificada de los demandados a rendir interrogatorio de parte, dio como confesados los hechos susceptibles de este medio de prueba

- Conforme a los hechos demostrados concluye, que el demandante sufre de una pérdida de capacidad laboral que lo hace sujeto de protección especial, y que el demandado conocía de su estado, así como que venía adelantando el trámite de calificación y solicitó autorizaciones para terminar el contrato que le fueron negadas alegando que no tenía donde reubicarlo pese a ser una gran empresa explotadora de carbón de Norte de Santander, contando con infinidad de puestos administrativos donde acomodar al actor para ejecutar actividades; alegando ahora que suspendió el contrato de trabajo por la causal de fuerza mayor o caso fortuito que impide la ejecución del contrato, sin embargo el actor cuenta con estabilidad laboral reforzada, no se le ha reconocido pensión, no tiene indemnización alguna de la ARL e inclusive cuenta con recomendaciones médicas luego de unas incapacidades y se negó judicialmente también solicitud de terminación de contrato laboral, por lo que dispone el levantamiento de la suspensión, con el pago de los salarios dejados de percibir, dado que el auxilio indicado era de mera liberalidad.

- Sobre las demás pretensiones, niega la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al no haberse terminado el contrato de trabajo y accede a la moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por las cesantías dejadas de consignar.

3. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada interpone recurso de apelación para que se revoque la condena en su contra, fundado en los siguientes argumentos:

- Que se está frente a una gravísima violación de los derechos fundamentales de la parte demandada, pues la sentencia vulnera los artículos 4, 13, 29 y 230 de la Constitución Política, especialmente este

último sobre el sistema de fuentes, pues los jueces deben cumplir el ordenamiento legal y en este caso, se desbordaron las facultades legales concedidas, dado que el juez incurrió en una defectuosa valoración probatoria y fue víctima del fraude procesal por parte del apoderado del demandante; pues desde la presentación de la demanda se realizaron solamente acusaciones infundadas contra los demandados, distorsionando su imagen personal y desconociendo la realidad sobre la relación laboral.

- Que nunca existió contrato de trabajo entre las personas naturales demandadas con el actor, de manera que no podían ser condenadas en la forma que se hizo y ello implica un ejercicio abusivo del derecho, siendo INDUMINAS TASAJERO LTDA. la única empleadora.

- Que se realizó una aplicación indebida del artículo 26 de la ley 361 de 1997 para analizar la suspensión del contrato de trabajo y también se desconocieron las acciones de tutela que negaron los derechos reclamados, siendo un abuso y desborde que el juez no las tuviera en cuenta afirmándose como el juez natural, pues las mismas están ejecutoriadas y en firme, aportadas debidamente al proceso donde se evidencia que no hubo vulneración de derechos y ahora se acude indebidamente a este proceso ordinario laboral, sumando a las personas naturales, para desconocer esas decisiones que ya habían resuelto la situación jurídica y hacen tránsito a cosa juzgada.

- Que, nunca se declaró la confesión ficta alegada por el juez en su providencia respecto de las personas naturales, y en todo caso no se cumplieron los fundamentos jurídicos para suscitar esta figura jurídica, que no está sujeta a la voluntad del juzgador y requiere un procedimiento previo; sin que se hubiera evaluado por parte del Juez cuáles eran los hechos susceptibles de confesión, para lo cual existe una etapa ineludible en las audiencias consagradas en los artículos 77 y 80 del C.P.T.Y.S.S. Agregando que la justificación concedida era un hecho notorio, dado que los periódicos regionales evidencian los secuestros y ataques que tienen como víctimas a los propietarios de minas.

- Que, no es cierto la conclusión del conocimiento sobre que la empresa conocía del estado de discapacidad y la calificación en curso del trabajador, cuando el mismo documento que leyó en su integridad evidencia que para entonces estaban en firme los dictámenes que no conferían esta protección para agosto de 2016, siendo evidente que las calificaciones que aumentaron la PCL son posteriores (hasta de 2018) y para la fecha de la suspensión esa situación era desconocida; sin que en todo caso la estabilidad laboral de la Ley 361 de 1997 aplique para suspensiones del contrato de trabajo, figura jurídica aplicada debidamente y que da lugar a una condena exagerada, pues han transcurrido más de 2 años sin providencia de primera instancia y con ello ante la orden de reintegro, se genera el incremento de la condena.

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 solicita confirmar la sentencia de primera instancia, así como condenar en costas a la demandada; advirtiéndole que el apoderado de la contraparte le ha interpuesto denuncia y queja disciplinaria en contra, alegando faltas graves por su desempeño en el proceso, pero por ahora le han absuelto en la disciplinaria en primera instancia. Respecto los yerros

endilgados por el apelante, señala que existe plena legitimación en la causa de la demandada y sus socios accionistas, como se desprende del certificado de existencia y representación legal de la empresa, por lo que también deben ser considerados empleadores del demandante, incurriendo en maniobras fraudulentas como cambiar la razón social de la empresa de Ltda. a S.A.S., así como conocían todas las actuaciones desplegadas y pese a ello no asistieron a los interrogatorios de parte para defenderse.

Indica que en el proceso quedó probado que el Ministerio del Trabajo negó la solicitud de despido justificado solicitada por el actor, así como la Jurisdicción Ordinaria en proceso previo a este y esto evidencia que la intención del demandado siempre ha sido despedir al actor por su estado de salud, el cual siempre ha estado en conocimiento de sus padecimientos pese a que no hubiera sido proferida la calificación y la decisión de suspender el contrato de trabajo se da por la imposibilidad de despedir, alegando una fuerza mayor que no está configurada y tampoco autorizada por autoridad legal. Que el despido fue un hecho sobreviniente que no fue aceptado para ser incorporado en este proceso, pero que confirma los hechos discriminatorios.

• PARTE DEMANDADA:

El apoderado de la parte demandada solicita que se revoque la decisión de primera instancia por los yerros y excesos judiciales en que se incurrió, para en su lugar absolver a sus representados de las pretensiones en su contra y que se compulsen copias contra el apoderado del demandante, por las graves conductas antijurídicas en que ha incurrido. Advierte que el *a quo* condenó a las personas naturales pese a que no existió con ellos vínculo laboral, siendo consecuencia del fraude procesal orquestado por el apoderado del actor y sin que exista fundamento fáctico o jurídico para dicha condena. Que el juez desconoció la naturaleza de la sociedad por acciones simplificada, por la cual la empresa existe como una persona jurídica distinta y sin que los demandados personas naturales estén obligados a soportar el exceso judicial de la condena en su contra como supuestos empleadores.

Señala que en flagrante violación de la ley, se desconoció la legalidad de la suspensión de los contratos de trabajo reglado en el C.S.T. para aplicarle la Ley 361 de 1997; además, el *a quo* descartó la validez de los fallos de tutela caprichosamente, desconociendo sus efectos por los cuáles se encontró ausencia de vulneración de derechos y además se tuvo en cuenta un dictamen posterior al despido, que no fue conocido por la demandada y en esa medida, desconoce jurisprudencia aplicable al respecto.

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:

¿Resulta procedente ordenar el levantamiento de la suspensión del contrato de trabajo notificada por INDUMINAS TASAJERO LTDA. al trabajador BENJAMÍN CASTAÑEDA FORERO por desconocer la situación de discapacidad que alega existía y el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir? ¿O si por el contrario existe cosa juzgada

sobre esta pretensión respecto de las acciones de tutela resueltas anteriormente?

Si resulta favorable el primer problema jurídico, se establecerá si las personas naturales demandadas como accionistas de la empleadora deben responder por las condenas establecidas en igualdad de condiciones.

7. CONSIDERACIONES:

En este caso, procede la Sala a determinar la legalidad de la suspensión del contrato de trabajo notificada por INDUMINAS TASAJERO LTDA. al trabajador BENJAMÍN CASTAÑEDA FORERO, el 1 de agosto de 2016, oponiéndose el demandante, afirmando, que se desconoció su situación de protección especial por estabilidad laboral reforzada por discapacidad, derivada del accidente de trabajo, por lo que no da lugar al levantamiento de dicha medida, y como consecuencia pide se condene a los demandados al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir.

El juez *a quo* determinó, que al no existir controversia sobre la existencia de la relación laboral, estaba demostrada la suspensión de ese contrato por parte del empleador, por la causal de fuerza mayor por la incapacidad física para realizar labores y que luego de concederle un descanso remunerado no regresó a prestar servicios, situación que desconoce la demostrada estabilidad laboral reforzada del actor, que fue calificado en última instancia con 22.7% de PCL por la Junta Nacional y como el empleador conocía de su situación, dispuso acceder a las pretensiones de reintegro con pago de salarios desde el 1 de agosto de 2016 y la sanción moratoria por no consignación de cesantías.

Conclusiones a las que se opone la parte demandada, quien reclama que se desconoció la cosa juzgada derivada de las acciones de tutela previamente interpuestas por el apoderado del actor sobre la misma suspensión. Que se aplicó la Ley 361 de 1997 para resolver sobre una suspensión cuando solo protege despidos. Que se valoró una confesión ficta indebidamente declarada y se condena a las personas naturales en igualdad de condiciones que a la persona jurídica empleadora.

Significa lo anterior que, de conformidad con el principio de consonancia derivado del artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., carece esta Sala de Decisión de competencia sobre los asuntos que no fueron objeto de apelación por las partes, respecto del demandante sobre las pretensiones que fueron denegadas y del demandado, la condena por sanción moratoria que no se controvertió en su recurso, en caso de que se mantenga la pretensión principal.

Son hechos demostrados al proceso los siguientes:

- El señor BENJAMÍN CASTAÑEDA FORERO fue contratado como Conductor Cargador por INDUMINAS TASAJERO LTDA. mediante contrato a término fijo inferior a un año, el 16 de marzo de 2005, por un salario mensual de UN MILLÓN DE PESOS MCTE (\$1.000.000) para desempeñar labores en la Planta Coquizadora El Amparo; sin que se demostrara que este contrato tuviera interrupciones, preavisos o terminaciones desde entonces.
- INDUMINAS TASAJERO LTDA. reportó a A.R.L. POSITIVA, accidente de trabajo sucedido el 9 de septiembre de 2014 al trabajador BENJAMÍN CASTAÑEDA FORERO, durante el ejercicio de sus funciones y descrito así: "...El trabajador manifiesta que se encontraba cargando una volqueta, al momento de meter la pala para cargar

carbón, esta choca contra una piedra ocasionándole desgarro en espalda generándole dolor”.

- Mediante valoración médica del 6 de enero de 2015 se cierra el caso por medicina laboral y se ordena iniciar calificación de pérdida de capacidad laboral, ordenando laborar con recomendaciones.
- En oficio del 18 de febrero de 2015, Laura Vanessa Becerra Durán comunica a la gerencia de INDUMINAS TASAJERO LTDA., que no fue posible reubicar al señor CASTAÑEDA FORERO, pues las actividades laborales son incompatibles con las recomendaciones laborales y el trabajador manifestó que el dolor persistía al caminar incluso por terrenos planos.
- La Inspectora del Trabajo de la Dirección Territorial de Norte de Santander del Ministerio del Trabajo, mediante Resolución No. 0118 del 16 de julio de 2015, no accedió a solicitud de autorización para terminar contrato de trabajo del actor, al no demostrarse por la empresa haber agotado todas las posibilidades de reincorporación o reubicación laboral en los puestos existentes de la empresa; lo que fue confirmado en sede de reposición mediante Resolución No. 0014 del 22 de enero de 2016 y en apelación con Resolución No. 0056 del 3 de marzo de 2016. Igualmente, en proceso ordinario laboral No. 54001310500120150028200, se negó solicitud de terminación del contrato de trabajo, en fallos de primera y segunda instancia.
- Mediante Dictamen No. 756023 del 9 de junio de 2015, A.R.L. POSITIVA calificó las secuelas de accidente de trabajo del actor con 0% de P.C.L., con fecha de estructuración 5 de mayo de 2015, aclarando, que las patologías adicionales no se valoran al ser ajenas al origen laboral y solo se pronuncia por las contracturas musculares; lo que fue confirmado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander en Dictamen No. 406 del 31 de marzo de 2016, advirtiendo también, que no valora patologías ajenas al accidente laboral.
- A través de fallo de tutela del 26 de agosto de 2016, el Juzgado Noveno Penal Municipal de Cúcuta declaró improcedente las pretensiones de reintegro y reubicación del actor, por estar en curso proceso ordinario laboral de terminación de contrato y ser facultad de los jueces ordinarios laborales pronunciarse sobre estas pretensiones; lo que fue confirmado por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento en fallo de segunda instancia del 10 de octubre de 2016.
- A través de comunicación del 26 de julio de 2016, INDUMINAS TASAJERO LTDA informa al señor CASTAÑEDA FORERO suspensión temporal del contrato de trabajo a partir del 1 de agosto de 2016, indicando, que desde finales de enero de 2015 no ha vuelto a trabajar o prestar servicios alegando dolores en la espalda y siendo imposible una reubicación laboral por incompatibilidad con las recomendaciones laborales, lo que llevaría a extinguir la relación laboral pero se han negado los permisos para tal fin y por ello se constituye un motivo de fuerza mayor para suspender el contrato; que no está demostrado que el trabajador sea discapacitado y los dictámenes emitidos a la fecha arrojan 0% de PCL, por lo que la suspensión por término indefinido inicia el 1 de agosto de 2016 y mientras no reciba incapacidad se le pagará un auxilio por mera liberalidad en cuantía de salario mínimo; se le seguirán pagando prestaciones sociales, se pagarán aportes a pensión y salud sin descuentos.

- NUEVA E.P.S. emitió calificación de origen el 1 de febrero de 2017, determinando que las patologías TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADICULOPATÍA, OTRAS DEGENERACIONES ESPECIFICADAS DE DISCO INTERVERTEBRAL y LUMBAGO NO ESPECIFICADO, son de origen laboral; conclusión controvertida por A.R.L. POSITIVA y que una vez remitida a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander, emitió dictamen No. 7320 del 23 de marzo de 2017, confirmando el origen enfermedad laboral de estas patologías.
- A.R.L. POSITIVA procedió a calificar la pérdida de capacidad laboral de estas patologías, asignando en dictamen No. 1214598 del 20 de octubre de 2017 una PCL del 7.90% estructurada el 7 de septiembre de 2017; lo cual fue reajustado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander en 17.70% mediante dictamen No. 1434 del 28 de noviembre de 2017 y finalmente en 22.70% por dictamen No. 91360851-6123 del 25 de abril de 2018 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
- Con fundamento en estas nuevas calificaciones, el actor interpuso otra acción de tutela solicitando su reintegro; el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cúcuta en fallo del 1 de junio de 2018 negó las pretensiones incoadas justificado en que la suspensión no equivalía a terminación del contrato, que la misma se ajusta a disposiciones legales y no viola derechos fundamentales pues el vínculo laboral continúa vigente, advirtiendo que esa decisión no limitaba al actor para que acudiera a la jurisdicción ordinaria para que como juez natural adopte la decisión correspondiente, confirmado por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cúcuta en providencia del 16 de julio de 2018.

Establecida la situación fáctica en el proceso; procede la Sala a resolver sobre las inconformidades de la parte demandada.

Respecto de la alegada confesión ficta generada por la inasistencia del representante legal de la demandada al interrogatorio de parte; asiste razón al apelante cuando señala, que no se agotó el trámite adecuado para su configuración, por lo que no se tendrá como constituida en el proceso.

Cabe recordar, como lo hace la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL7472 de 2016, que inclusive no es suficiente que el juez deje constancia de la inasistencia de la demandada y que va a aplicar confesión ficta, pues desde 2002 la postura pacífica de la Sala es que para que esta figura surta plenos efectos “...es necesario que el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos”, pues la ausencia de precisión sobre los hechos que van a tenerse como ciertos en la oportunidad debida no puede ser suplida o interpretada posteriormente por el juzgador.

Pasando a resolver sobre el argumento del apelante destinado a reclamar la existencia de la cosa juzgada constitucional, y partiendo de las situaciones fácticas probadas; estima la Sala, que en caso de probarse la misma, haría improcedente revisar de fondo ese problema jurídico y de no acceder a su declaración, si se analizaría sobre la legalidad de la suspensión del contrato de trabajo.

Si bien no se propuso expresamente la cosa juzgada como medio exceptivo, el artículo 282 del C.G.P., aplicable por expresa remisión del artículo 145 del C.P.L., confiere al juez el deber de reconocer oficiosamente los hechos que

constituyan una excepción cuando se halle probada, excepto en los casos de prescripción, compensación y nulidad relativa; por lo cual, se abstendrá de examinar las restantes excepciones, cuando encuentre acreditada una que conduzca a rechazar tanto las pretensiones del demandante como las demás excepciones de la parte demandada.

Al respecto, el demandado al contestar la demanda informó, que previamente las pretensiones de levantar la suspensión y acceder al reintegro fueron objeto de debate ante jueces constitucionales de tutela, que avalaron la legalidad de esta medida; advirtiéndolo el juez *a quo* en sus consideraciones, que estos pronunciamientos no eran impositivos para el juez natural de la jurisdicción ordinaria laboral, quien debía decidir de fondo sobre el asunto. Conclusión, que controvierte el apelante, por estimar que desconoce el principio *non bis in ídem* y el ordenamiento jurídico.

Al respecto, vemos que el artículo 303 del Código General del Proceso prevé la existencia de la cosa juzgada así *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.”*

Así las cosas, para que exista cosa juzgada debe presentarse las reglas de las tres identidades, esto es, coincidencia de objeto, causa y sujetos, ya que tal institución se funda en el principio del non bis in ídem, que se erige para darle fuerza vinculante a las determinaciones adoptadas por los juzgadores, bajo la certeza de que aquellas se vuelven definitivas e inmutables y, por tanto, impide que los litigios se reabran, so pena de lesionar gravemente el orden social y la seguridad jurídica, al no poderse concretar las situaciones de derecho (SL2166 -2018).

Conforme las normas en cita, el juez laboral estaba debidamente facultado para declarar de manera oficiosa la existencia de la cosa juzgada; pero es del caso revisar si esta se puede configurar respecto de un fallo dictado en sede de tutela y si sus efectos son equiparables a los que se generan de una sentencia dictada por el Juez Laboral.

Atendiendo a los parámetros establecidos en el Decreto-Ley 2591 de 1991, los artículos sexto y octavo determinan que la acción de tutela es admisible como mecanismo definitivo tanto como transitorio; el primero se presenta ante la inexistencia de medios de defensa judiciales eficaces y concretos frente a las circunstancias del solicitante respecto de la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales objetivos y particulares expuestos por el actor.

El mecanismo transitorio se presenta cuando a pesar de tener disponible un recurso judicial ordinario suficiente y eficaz, se requiere ante la inmediatez de un perjuicio irremediable un amparo constitucional que evite su configuración; de manera que se establece una orden temporal mientras se pone en conocimiento el asunto de la autoridad judicial competente.

En relación con los efectos de cosa juzgada de las sentencias dictadas dentro de las acciones constitucionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL15882 del 20 de septiembre de 2017, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, explicó que:

“(...)la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, se sujeta a las siguientes reglas: i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; ii) procede

la tutela como mecanismo definitivo: cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia [...].

En estos términos, el recurrente no tiene razón en su argumento, pues también existe la posibilidad de conceder un amparo de manera definitiva, lo cual debe ser objeto de análisis por el juez de tutela en cada caso. Ahora bien, el juicio de procedibilidad que se esboce al respecto, es un «elemento constitutivo e inescindible del fallo» (SU-1219-2001) que, por tanto, hace tránsito a cosa juzgada. Dicho de otro modo: la decisión de amparar un derecho de manera transitoria o definitiva, corresponde al juez constitucional y, tal determinación, es un aspecto que se elucida en la sentencia de tutela.»

De acuerdo con la posición planteada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es procedente que sobre una sentencia de tutela se configuren los efectos de cosa juzgada, si el amparo de los derechos que cobijó se dio de forma definitiva, de modo que cualquier discusión que se pretenda realizar en otro ámbito judicial sobre el mismo asunto entre las mismas partes está vedada.

Por el contrario, cuando expresamente se disponga en una sentencia de tutela que la misma tiene efectos transitorios, conforme los lineamientos de los artículos 6°, numeral 1° y 8° del Decreto-Ley 2591 de 1991, esta tiene una vigencia temporal, lo cual implica que no es inmutable ni definitiva, y únicamente tiene efectos mientras el juez competente resuelva de fondo la controversia, o si vencido el término de cuatro (4) consagrado en la Ley, no se promuevan las acciones correspondientes.

No obstante, de la lectura juiciosa de la sentencia citada es pertinente concluir que para efectos de determinar si una sentencia de tutela surte los efectos de cosa juzgada, no únicamente se debe analizar si está se concedió de forma transitoria o definitiva; por cuanto, además de ello, fue enfática al indicar que el juicio de procedibilidad que se realice en la sentencia de tutela, es un elemento inescindible y constitutivo del fallo que válida la existencia o el tránsito a cosa juzgada.

A juicio de esta Sala de Decisión, el hecho de que en el fallo de tutela se haya realizado el examen de procedibilidad resulta necesario para validar los efectos de la cosa juzgada del mismo, dado que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando existan otros mecanismos de defensa (num. 1 art. 6 Decreto 2591 de 1991), y para que proceda de manera definitiva debe encontrarse plenamente acreditado que el **“medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia.”**

En ese mismo sentido, debe precisarse que la plena identificación de la procedibilidad de la acción de tutela, permite establecer la competencia del juez constitucional para conocer de la vulneración de los derechos fundamentales que se estén invocando como vulnerados o amenazados, y es un requisito indispensable para que en virtud del principio de la subsidiariedad de la acción, se pronuncie sobre temáticas que por virtud de los factores de jurisdicción y competencia consagrados en la Ley, le corresponden a otros jueces.

Por lo anterior, no pueden predicarse los efectos de cosa juzgada de una sentencia de tutela como absolutos, si se observa que al momento de dictar la decisión el juez constitucional no cumplió con la obligación de realizar el juicio de procedibilidad de la acción como mecanismo subsidiario ni éste se encuentre debidamente justificado.

Al respecto, es preciso indicar que la Corte Constitucional en sentencia T-218 de 2012, refiriéndose a la procedencia de la acción de tutela contra tutela, explicó que la cosa juzgada no debe ser considerada como un bien valor absoluto, que prime sobre cualquier otro valor o principio que rigen en nuestro Estado Social Derecho, sin importar circunstancia alguna, debido a que el fin esencial de la administración de justicia es alcanzar la justicia material y no meramente formal.

“Ahora bien, en un Estado Social de Derecho como el colombiano, fundado en valores como el respeto a la dignidad humana y la prevalencia del interés general, donde el establecimiento de un orden social justo está contemplado como un fin esencial del Estado, la cosa juzgada no puede ser comprendida como un bien de valor absoluto, que doblegue a cualquier otro con que entre en tensión sin importar las circunstancias. (...)

*En este orden de ideas, otros principios que cuestionan la cosa juzgada – sin pretender abarcarlos todos en esta providencia – son la lealtad procesal, la buena fe y la cláusula rebus sic stantibus. Los dos primeros se relacionan con un tema central para resolver el asunto objeto de estudio: el principio de *fraus omnia corrumpit*. Como se verá más adelante, el legislador previó términos para que pudieran ser ejercidos recursos como el de revisión que permite cuestionar la cosa juzgada ante la aparición de nuevos hechos, medios probatorios, delitos, o la constatación de un cohecho u otra maniobra fraudulenta conforme al artículo 379 y siguientes del CPC.*

*Con todo, lo mejor sería que tales tensiones fueran resueltas antes de ser proferida la sentencia revestida de la calidad de cosa juzgada. Así, por ejemplo, en la sentencia C-252 de 2001, se indicó que el recurso extraordinario de casación en materia penal tiene por objeto reparar las violaciones cometidas dentro del proceso. Por lo mismo, en tal providencia se expuso que “(...) **Una sentencia que no ha sido dictada conforme a la ley sino contrariándola, jamás podrá tenerse como válidamente expedida y, mucho menos, puede ejecutarse. Si el objeto de la casación es corregir errores judiciales, plasmados en la sentencia de última instancia, lo que resulta ajustado a la Carta es que esa corrección se haga antes de que la decisión viciada se cumpla**”. (...)*

*Por lo demás, cuando una sentencia está revestida de la calidad de cosa juzgada, debe reconocerse que la parte vencedora puede elevar la exceptio res judicata, mientras que el Estado, siguiendo el principio de non bis in idem, debe abstenerse de volver a juzgar el asunto, pues el derecho de acción se ha agotado. **A pesar de lo anterior, no toda sentencia tiene como consecuencia el efecto procesal de la cosa juzgada, pues existen diferentes tipos, como la formal y la material. Por último, si bien la existencia de esta institución resulta trascendental para la vida en sociedad, no se trata de un valor absoluto, pues en excepcionales circunstancias, conforme a los recursos definidos por el legislador y a la procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, puede ceder ante otros bienes como la justicia material, la buena fe y la lealtad procesal.**”*

Aunado a lo anterior, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral en la sentencia referida indicó que si bien el reconocimiento de los efectos de cosa juzgada de las sentencias de tutela, responde al principio de la seguridad jurídica, y por tanto, pese a que las sentencias que se dicten en el ámbito constitucional y ordinario pertenecen a jurisdicciones diferentes, están hacen parte de la misma dimensión de la administración de justicia, sobre la cual debe existir coherencia y congruencia. No obstante, ello no implica que la jurisdicción ordinaria deba compartir obligatoriamente los criterios expuestos por los jueces constitucionales, debido a que es la Corte Suprema de Justicia, quien tiene plena autonomía e independencia para definir la jurisprudencia laboral.

“Finalmente, no está por demás señalar que la circunstancia de que la Corte Suprema de Justicia sea respetuosa del instituto de la cosa juzgada constitucional y de las sentencias dictadas por otras jurisdicciones, no significa, de suyo, que en todos los casos, esta comparta los planteamientos jurídicos de los jueces de tutela. En su calidad de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 CP), esta Corporación tiene autonomía e independencia en la construcción de la doctrina laboral y la interpretación con autoridad, de las normas que componen el Derecho del Trabajo.”

Así las cosas, previamente a definir a través de la existencia de los elementos de identidad de causa, objeto y partes que caracterizan la figura de la cosa juzgada, si una sentencia de tutela surte dichos efectos, debe precisarse si se cumplió con la obligación por parte del juez constitucional de estructurar un «elemento constitutivo e inescindible del fallo», como lo es el requisito de procedibilidad, atendiendo el carácter subsidiario de la acción; debido a que de lo contrario, no se consideraría válida para resolver en forma definitiva la controversia, dado que desbordaría la competencia de juez constitucional.

Ahora bien, lo anterior permitiría de forma excepcional y especial que el juez natural se pronuncie sobre un aspecto que fue aparentemente decidido a través de la acción de tutela, pero en realidad resulta contrario a derecho si no se acreditaron los requisitos de procedibilidad como mecanismo subsidiario, razón por la cual no tendría los efectos de cosa juzgada ni constituiría una violación al principio de la seguridad jurídica.

En el caso estudiado, se observa que las tutelas adelantadas en el año 2016, declararon improcedente el amparo reclamado por estimar precisamente que el actor contaba con los medios judiciales ordinarios ante la jurisdicción ordinaria laboral y por lo tanto, no se desprende de ellos efecto alguno de cosa juzgada.

Respecto de las tutelas del año 2018, posteriores a la calificación de pérdida de capacidad laboral del actor por las enfermedades profesionales, el juez de tutela analizó de fondo la pretensión y concluyó, que la suspensión era legal, no se equiparaba con el despido y contaba con condiciones garantistas para el trabajador; sin embargo, el juez constitucional no analizó si la acción de tutela allegada a su conocimiento, cumplía con los requisitos inherentes al test de procedibilidad, como lo es la subsidiariedad; sino que, por el contrario, de entrada planteó el problema jurídico alrededor de si la suspensión del contrato de trabajo vulneraba los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital, vida digna y estabilidad laboral reforzada; sin observar que se cumpliera con los presupuestos de subsidiariedad para decidir de fondo, dado que en ningún momento explicó las razones por las cuales consideró que el procedimiento ante la justicia ordinaria no era idóneo y eficaz para resolver la controversia planteada, el cual es esencial para decidir en forma definitiva la sentencia de tutela.

En cambio, se abrogó inmediatamente la competencia y de plano empezó a analizar la conveniencia constitucional de la suspensión, dejando inclusive constancia al finalizar sus consideraciones que estas no eran definitivas por estar sujetas al juez natural; por ello, a juicio de esta Sala de Decisión no se configura el fenómeno de cosa juzgada respecto a lo decidido en la acción de tutela y lo reclamado en este proceso, debido a que el juez constitucional omitió pronunciarse sobre un elemento indispensable, inescindible y constitutivo del fallo que válida la existencia o el tránsito a cosa juzgada, el cual corresponde al juicio de procedibilidad que ameritara un pronunciamiento subsidiario del juez constitucional; y esta razón basta para no darle validez a la referida sentencia, dado que como se ha establecido por la misma Corte Constitucional, no es posible darle valor absoluto de cosa

juzgada a una providencia judicial si se advierte que en las circunstancias en las que se produce vulnera otros valores y principios constitucionales, lo cual conlleva a que no se alcance el ideal de justicia material y no meramente formal.

Descartada así la existencia de cosa juzgada constitucional, se procederá a analizar de fondo la legalidad de la suspensión del contrato de trabajo notificada por INDUMINAS TASAJERO LTDA. al trabajador BENJAMÍN CASTAÑEDA FORERO el 1 de agosto de 2016 y si por desconocer su calidad de sujeto de especial protección constitucional por estabilidad laboral reforzada hay lugar a ordenar su reintegro.

La parte demandante pretende el levantamiento de la suspensión y reintegro por haber sido suspendido encontrándose en situación de discapacidad derivada de un accidente de trabajo y con enfermedades laborales pendientes de calificar, habiéndose negado judicial y administrativamente el permiso para despedir de la autoridad correspondiente. Invoca como fundamento de derecho el art. 26 de la Ley 361 de 1997; razón por la cual nos remitimos a ésta norma, la cual dispone “**ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación**, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”, y en el inciso segundo señala que si se despide a una persona sin el cumplimiento de este requisito, se debe reconocer “una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar (...)”.

La normatividad reseñada (Ley 361 de 1997, artículo 26), consagra el principio de la estabilidad laboral reforzada para las personas con limitación física, en virtud del cual estas no pueden ser despedidas por razones de su limitación, salvo que la terminación del contrato sea autorizada por el Ministerio del Trabajo; y a su vez integra la sanción a la que tiene derecho el trabajador, cuando el empleador haya obviado la aludida autorización.

Ahora bien, reclama el apoderado apelante que erró el juez *a quo* al acceder al reintegro con fundamento en esta normativa, dado que el actor no fue despedido, sino que su contrato de trabajo se encuentra suspendido desde el 1 de agosto de 2016, sin que la norma invocada cobije esta figura jurídica.

Al respecto, estima la Sala que efectivamente incurrió en un error el juzgador al analizar la legalidad de la suspensión bajo la óptica de la estabilidad laboral reforzada derivada del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dado que dicha norma determina es la ineficacia del despido sin autorización del Ministerio del Trabajo y efectivamente no se dispuso que esta protección normativa se extendiera a otras instituciones jurídicas propias del derecho laboral, como es la suspensión del contrato de trabajo contenida en el artículo 51 del C.S.T.

No obstante, esta conclusión no conlleva necesariamente a la revocatoria de la decisión de primera instancia y la absolución de las pretensiones al empleador demandado; dado que lo debatido es la legalidad de la suspensión del contrato de trabajo en razón al estado de salud del actor, por lo que se hace indispensable proceder con esta revisión para determinar si efectivamente la justificación dada por el empleador al actor cumple con las exigencias normativas para convalidar la suspensión. Situación que no desconoce el principio de consonancia y congruencia, dado que es el Juzgador quien está llamado a calificar legalmente los asuntos en litigio, con base en los hechos invocados y no necesariamente por las normas citadas por los interesados.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en diferentes pronunciamientos ha aclarado este aspecto de la labor judicial; en providencia SL5636 de 2019, se explica:

*“Sobre el tema, la Sala de Casación Civil ha reiterado que el demandante debe acreditar los hechos de los que deriva la obligación indemnizatoria, **sin que se haga necesaria la determinación puntual de la fuente normativa que la sustenta, ni la calificación jurídica.** Así lo ilustra el pronunciamiento contenido entre otras en la CSJ- SC13630-2015, en la que se consignó:*

*Tradicionalmente se ha sostenido que **el actor delimita el alcance de su demanda cuando formula sus pretensiones**, de suerte que el tipo de acción por él escogida determinará el curso de la controversia y la solución de la misma, a tal punto que **una decisión que se salga de esos lineamientos podría vulnerar el principio dispositivo que rige el proceso civil.***

*Tal limitación, sin embargo, no es irrestricta, porque sólo se refiere a la imposibilidad del juzgador de variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio, dado que en virtud del principio **iura novit curia**, las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario. En razón de este postulado, los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al citar o invocar el derecho aplicable al caso deben ser suplidos o corregidos por el juez, quien no se encuentra vinculado por tales falencias.*

*En razón del postulado “da mihi factum et dabo tibi ius” **los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor**, porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial.*

En ese sentido, sólo los hechos sobre los que se fundan las pretensiones constituyen la causa petendi, pero no el nomen iuris o título que se aduzca en el libelo, el cual podrá ser variado por el juzgador sin ninguna restricción.”

Igualmente, en proveído SL3209 de 2020 se reitera lo planteado en SL17741 de 2015 sobre la aplicación del principio *iura novit curia*, respecto del cual Al juez le corresponde fallar con la norma que gobierna el caso controvertido, sin que para ello deba someterse a la calificación jurídica de los hechos que hagan las partes o a las disposiciones que éstas invoquen; es decir tiene el deber de realizar un juicio de adecuación normativa, fundamentado así:

“[...] bien cabe recordar que la congruencia de la sentencia judicial hace referencia a la relación que debe mediar entre la providencia y los sujetos, el objeto y la causa del proceso, pues en últimas, el juez debe fallar entre los límites de lo pedido y lo controvertido, y excepcionalmente, sobre materias que importan al interés general y social por constituir bienes superiores como los son el trabajo, la familia, las relaciones de equidad, etc.

No empece, tal directriz normativa no puede sopesarse desde una perspectiva meramente literal, pues si bien es cierto que a ella llega el legislador desde la aplicación a los procesos nacidos a instancia de parte --como los procesos del trabajo-- del llamado ‘principio dispositivo’, el cual impone al demandante promover la correspondiente acción judicial y aportar los materiales sobre los que debe versar la decisión, esto es, el tema a decidir, los hechos y las pruebas que los acrediten, elementos con los cuales el juez queda supeditado a la voluntad de las partes a través de

lo que la doctrina denomina ‘disponibilidad del derecho material’, que permite a éstas ejercer fórmulas procesales tendientes a su creación, modificación o extinción, con las salvedades propias de ciertas materias como lo es la atinente a derechos ciertos e indiscutibles en el campo laboral, por ejemplo, también lo es que ello no se traduce en el desconocimiento del principio universal que rige la estructura dialéctica del proceso y que reza: ‘Venite ad factum. Iura novit curiae’, o lo que es tanto como decir, que la vinculación del juez lo es a los hechos del proceso, que son del resorte de las partes, en tanto que de su cargo es la determinación del derecho que gobierna el caso, aún con prescindencia del invocado por las partes, por ser el llamado a subsumir o adecuar los hechos acreditados en el proceso a los supuestos de hecho de la norma que los prevé para de esa manera resolver el conflicto. (...)

*la calificación jurídica contenida en el petitum de la demanda, si bien puede ser relevante para la delimitación de la acción intentada, no desconoce el deber del juzgador de resolver la controversia con base, además del examen de las pruebas, en «los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen», tal cual lo ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que es tanto como decir que **al juez compete resolver la controversia en conformidad con las normas que la regulan, a pesar de que no hayan sido citadas o acertadamente alegadas por las partes, por no estar el juzgador atado a éstas, sino, se repite, sólo a sus alegaciones fácticas.**»*

En consecuencia, si bien erraron el demandante y el juez de primera instancia al analizar la legalidad de la suspensión del contrato de trabajo del actor con fundamento al artículo 26 de la ley 361 de 1997; es deber de esta Sala de Decisión ejercer el juicio de adecuación normativa y resolver el litigio planteado aplicando la normativa correcta aplicable a los hechos debatidos, para garantizar una sentencia acorde al principio de legalidad y justicia material.

Es un hecho aceptado por las partes, que en el curso de la relación laboral iniciada en marzo de 2005 entre BENJAMÍN CASTAÑEDA FORERO e INDUMINAS TASAJERO LTDA., el actor sufrió un accidente de trabajo en septiembre de 2014 desde el cual no volvió a prestar sus servicios en normalidad pues comenzó con una serie de incapacidades temporales que finalizaron con el alta médica y orden de reubicación con recomendaciones, a las cuáles alega el empleador nunca pudo adaptarse el actor y por ello, al no lograr judicial ni administrativamente permiso para despedirlo, dispuso en oficio del 26 de julio de 2016 proceder a declarar la suspensión del contrato de trabajo por motivos de fuerza mayor a partir del 1 de agosto de 2016 y de manera indefinida, situación que se mantiene a la fecha.

Al respecto, la norma aplicable es entonces exclusivamente el numeral primero del artículo 51 del C.S.T., que reza:

“ARTICULO 51. SUSPENSION. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo se suspende:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.”

Al respecto de la legalidad de las suspensiones del contrato de trabajo, en providencia SL3238 de 2020 señala la Sala de Casación Laboral que “En cuanto a la suspensión del contrato de trabajo, conviene precisar que existen

*normas de orden público que contienen un mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores, contra las cuales **no es posible realizar pactos o acuerdos en contrario tendientes a cercenar los derechos mínimos de aquéllos, ya que, en caso de presentarse esa situación, el acto se reputa ineficaz***"; lo que implica que, en caso de utilizarse esta figura para desconocer derechos laborales al no configurarse realmente un motivo de fuerza mayor, la misma deviene en ineficaz.

Para resolver adecuadamente el problema jurídico, lo correspondiente es analizar si efectivamente el motivo alegado por el empleador encuadra en el concepto de situación de fuerza mayor o caso fortuito para predicar eficacia de la suspensión; situación que se deriva de los hechos alegados por ambas partes en sus oportunidades procesales y respecto de lo cual giró el debate probatorio, por lo que no es ajeno a la situación fáctica que limita esta actuación.

En la misiva que comunica la suspensión del contrato de trabajo, se justifica la causal invocada de la siguiente manera:

“4.1 Debido a las condiciones particulares del caso y al comportamiento del señor BENJAMÍN, mi representada INDUMINAS TASAJERO LTDA. concluye que él no desea seguir prestando su servicio laboral para ella.

4.2 Dada la naturaleza de la actividad económica de INDUMINAS TASAJERO LTDA. que está catalogada como ALTO RIESGO, dadas las condiciones topográficas del terreno rural de la planta coquizadora ubicada en la finca EL AMPARO, vereda paso de los ríos corregimiento de San Faustino de la ciudad de Cúcuta, dado que la REALIDAD MENTAL del señor BENJAMÍN lo ubica como una persona discapacitada aun cuando no lo es y dado el perjuicio económico que se le está causando a ella, mi defendida invoca la figura jurídica denominada SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO consagrada en el numeral 1° del artículo 51 del código sustantivo del trabajo –CST para suspender en forma temporal los efectos jurídicos de ese contrato de trabajo.”

De este acápite, y el contexto general de la misiva, se desprende que el empleador alega la existencia de una situación de fuerza mayor de la imposibilidad jurídica de despedir al trabajador porque este alega encontrarse enfermo y no poder trabajar pese a lo cual no demuestra ninguna discapacidad calificada pero no se le concedió permiso especial de despedirlo; así mismo por el fallido intento de reubicarlo en un cargo administrativo donde alegó sufrir dolores de espalda y tras lo cual el actor no volvió a prestar servicios, y finalmente que las condiciones topográficas donde se ubica la empresa supone exponer al trabajador a un riesgo permanente que finalmente puede causarle perjuicios injustos e irresistibles a la empresa.

En diferentes providencias, como la citada SL3238 de 2020 y SL11919 de 2017, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señala que para valorar la existencia de fuerza mayor o caso fortuito para avalar suspensión de contrato, debe seguirse el siguiente parámetro:

““En primer término importa aclarar que el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1°, así:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

“Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura,

como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor **el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible** e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que **es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho**. (ver Sentencia de nov 20 de 1989 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2435 Pág. 83).

*“Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es **que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho**. Es decir que la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor. (ver Sentencia de noviembre 13 de 1962 Sala de Casación Civil C.S.J. Gaceta Judicial 2261, 2262, 2263 y 2264 Págs. 163 y ss.)”*

Aplicando estos parámetros al caso concreto, resulta evidente que no se ajusta el motivo alegado al concepto jurídico de fuerza mayor y que la figura de suspensión de contrato fue indebidamente utilizada por el empleador para desprenderse de sus obligaciones legales. Esto por cuanto, el ordenamiento jurídico laboral y de seguridad social protege a los trabajadores que se recuperan de complicaciones de salud (independiente de su origen) para evitar que sean objeto de discriminación por parte de los empleadores y puedan lograr una rehabilitación integral, ajustando el ejercicio de sus funciones a las recomendaciones médico laborales.

Desde el Decreto 614 de 1984 se consagró la obligación de los empleadores de adoptar programas de salud ocupacional, y desde la resolución No. 1016 de 1989 se impuso la necesidad de realizar evaluaciones médicas ocupacionales como parte de las actividades de los subprogramas de medicina preventiva y del trabajo; obligaciones reiteradas en la Resolución 2346 de 2007 del Ministerio de Protección Social.

De otra parte, el artículo 4° de la Ley 776 de 2002 señala que *“Al terminar el período de incapacidad temporal, los empleadores están obligados, si el trabajador recupera su capacidad de trabajo, a ubicarlo en el cargo que desempeñaba, o a reubicarlo en cualquier otro para el cual esté capacitado, de la misma categoría”*; más adelante, el artículo 8° dice: *“Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios”*.

El Decreto 1443 de 2014 consagra la implementación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) para la conservación de la salud de los trabajadores y la prevención de factores de riesgo que la puedan alterar, incluyendo el programa de reintegro laboral. El artículo 8° de esta norma, establece como obligaciones del empleador: *“Definir, firmar y divulgar la política de Seguridad y Salud en el Trabajo a través de documento escrito, el empleador debe suscribir la política de seguridad y salud en el trabajo de la empresa, la cual deberá proporcionar un marco de referencia para establecer y revisar los objetivos de seguridad y salud en el trabajo”, “Debe diseñar y desarrollar un plan de trabajo anual para alcanzar cada uno de los objetivos propuestos en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST), el cual debe identificar claramente metas, responsabilidades, recursos y*

cronograma de actividades, en concordancia con los estándares mínimos del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad del Sistema General de Riesgos Laborales". Los artículos 22 y 31, determinan que como parte de este sistema y plan constan los programas de rehabilitación de la salud de los trabajadores.

Al respecto del procedimiento para rehabilitación y reincorporación ocupacional en el sistema general de riesgos profesionales; el Ministerio del Trabajo y la Protección Social periódicamente recopila las normas y trámites legalmente aplicables para ello; destacando que estos programas constan generalmente de 4 etapas: I) Identificación de casos para ingresar en el programa de rehabilitación, II) Evaluación del caso (Confirmar diagnóstico, pronóstico funcional y plan de rehabilitación, III) Manejo de rehabilitación (Manejo de incapacidades, rehabilitación funcional, profesional y reincorporación laboral, con seguimiento) y IV) Información y retroalimentación del SGRP.¹

Todas estas normativas, cuentan con respaldo constitucional pues en reiteradas decisiones de tutela, como en T-203 de 2017, la Corte Constitucional ha señalado que *"el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede entenderse únicamente como la limitación que existe para retirar al trabajador que ha sufrido una disminución en su estado de salud, sino también como la posibilidad que tiene ese trabajador de ser reubicado en un puesto que pueda desempeñar conforme a sus condiciones de salud"*.

Conforme a este marco jurídico, mal podría el empleador afirmar que se encuentra frente a un hecho imprevisible e irresistible cuando no demuestra haber cumplido íntegramente sus obligaciones frente al Sistema de Riesgos Profesionales y el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo para agotar las posibilidades de reubicar al trabajador en un cargo acorde a su situación física.

Si el empleador hubiera cumplido fielmente sus deberes legales y agotado el procedimiento legalmente consagrado para la reubicación laboral, habría contado con documentación que evidenciara cómo el actor tras el alta médica con recomendaciones fue sujeto de evaluación por parte del Comité de Salud Ocupacional y sus planes de rehabilitación, agotando una revisión exhaustiva de los puestos de trabajo existentes para identificar cuál se acoplaba a las condiciones físicas del trabajador y en caso de no existir, certificar esta imposibilidad.

Ahora bien, si la situación imprevista fuera que el trabajador pese a ser reubicado mantenía dificultades físicas para ejercer labores, no bastaba con acreditar que la Coordinadora SST informó que de esta situación, pues conforme a la Resolución 2346 de 2007 estaba obligado a realizar evaluaciones médicas por cambios de ocupación y valoraciones complementarias, para evidenciar que sí agotó todas las posibilidades legales.

En consecuencia, la justificación de la fuerza mayor carece de respaldo fáctico y jurídico, pues la empresa empleadora no demostró haber agotado todas las etapas y procedimientos legales para reubicar al actor en un puesto acorde a su situación de salud; tampoco demostró en manera alguna que careciera de un cargo al que pudiera adaptarse o que existiera abandono del cargo por parte del trabajador, agotando el proceso disciplinario correspondiente.

¹ MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL (2010). Manual de procedimientos para la rehabilitación y reincorporación ocupacional de los trabajadores en el sistema general de riesgos profesionales. Ver en: <https://www.libertycolombia.com.co/sites/default/files/2019-07/Manual%20para%20rehabilitacion%202012.pdf>

Inclusive, se resalta que al momento de solicitar autorización para despido, el Inspector del Trabajo concluyó que la empresa no demostró haber agotado todas las posibilidades de reincorporación o reubicación laboral en los puestos existentes de la empresa; advertencia que no fue atendida por la demandante, quien optó por la suspensión para evadir el despido sin justa causa por el riesgo de demostrarse una eventual discapacidad.

Al no demostrarse entonces la configuración de la causa alegada para suspensión, la misma deviene en ineficaz y por ende, se confirmará la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de declarar la ineficacia de la suspensión y ordenar su reintegro con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; aunque por las razones aquí expuestas.

En síntesis, descartada la posible configuración de cosa juzgada derivada de las acciones de tutela incoadas previamente, la Sala encontró que la normativa aplicada en primera instancia para abordar las pretensiones era equivocada porque se debió analizar exclusivamente si la suspensión estuvo del contrato de trabajo se justificó en un evento de fuerza mayor o caso fortuito y no si el actor estaba cobijado por estabilidad laboral reforzada por no haberse presentado un despido injusto. No existiendo respaldo para la configuración de fuerza mayor o caso fortuito, la suspensión del contrato de trabajo deviene en ilegal y se dejará sin efecto, dado que el empleador no demostró haber garantizado al actor la protección integral para que trabajadores con disminución de su capacidad física logren una reubicación acorde a su funcionalidad y no podía acudir indebidamente a la figura de la suspensión, para desconocer los derechos laborales del actor.

Es necesario advertir, que el artículo 283 del Código General del Proceso impone el deber de imponer la condena en concreto, a lo que se abstuvo el Juez advirtiendo que no obraba prueba del valor del salario para el momento de la suspensión. Sin embargo, el contrato de trabajo a término fijo vigente desde 2005 señala como salario pactado la suma de UN MILLÓN DE PESOS MCTE (\$1.000.000) - Folio 188 anexo contestación y en el formato de informe de accidente de trabajo se reporta a la ARL la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL PESOS MCTE (\$1.431.000) – Folio 189 anexo contestación, por lo que sí era posible proceder a cumplir el deber de condenar en concreto y conforme a la norma en cita, se procederá a liquidar el mismo para adicionarlo a la decisión de primera instancia.

Teniendo como referencia el salario demostrado al momento del accidente de trabajo (\$1.431.000) y sin que exista el deber de reajustarlo anualmente, por tratarse de trabajador particular y en ausencia de norma legal o convencional que imponga esta obligación, desde el 1 de agosto de 2016 a la fecha de esta providencia se adeudan los siguientes salarios y prestaciones, advirtiendo que no se demostró que el empleador cumpliera con los acápites de la misiva de suspensión donde afirmaba que continuaría pagando las prestaciones sociales y sin que se demostrara el despido señalado en los alegatos de conclusión, pero aclarando que de haberse suscitado una terminación del vínculo laboral, el pago de salarios y prestaciones se hará efectivo hasta esa fecha, sin perjuicio de la liquidación que a continuación se realiza para materializar el deber de condena en concreto.

1. Salarios dejados de percibir

De agosto de 2016 a septiembre de 2021, han transcurrido 62 meses, lo que equivale a un total de \$88.722.000 por concepto de salarios dejados de percibir.

2. Prestaciones causadas

Conforme a la siguiente liquidación, se adeuda un total de \$6.320.250 por concepto de cesantías y \$716.693 por intereses a cesantías de 2016 a 2020, dado que las de 2021 no se han causado. Un valor de \$7.035.750 por prima de servicios causadas del segundo semestre de 2016 al primer semestre de 2021 y un total de \$3.160.125 por vacaciones de 2016 a 2020, que son las causadas; sin perjuicio de los que se sigan causando hasta la fecha de reintegro efectivo.

Año	Salario	Días laborados	Cesantía	Intereses	Prima	Vacaciones
2016	\$1.431.000	150	\$596.250	\$29.813	\$596.250	\$298.125
2017	\$1.431.000	360	\$1.431.000	\$171.720	\$1.431.000	\$715.500
2018	\$1.431.000	360	\$1.431.000	\$171.720	\$1.431.000	\$715.500
2019	\$1.431.000	360	\$1.431.000	\$171.720	\$1.431.000	\$715.500
2020	\$1.431.000	360	\$1.431.000	\$171.720	\$1.431.000	\$715.500
2021	\$1.431.000	180			\$715.500	
			\$6.320.250	\$716.693	\$7.035.750	\$3.160.125

3. Sanción moratoria por no consignación oportuna de cesantías

Al no demostrarse la consignación anual de cesantías por parte del empleador pese a que en la carta de suspensión comunicó que las pagaría, se causó un día de salario por cada día que se dejó de cumplir esta obligación y esta se sigue causando a la fecha al no haber finalizado la relación laboral. La causación de esta sanción no fue objeto de apelación, y conforme al siguiente cuadro a la fecha se ha causado un total de \$80.970.150; sin perjuicio de los que se sigan causando hasta la fecha de reintegro efectivo.

Período	Salario	Diario	No. Días	Sanción
15/02/2017-14/02/2018	\$1.433.100,00	\$47.770,00	360	\$17.197.200,00
15/02/2018-14/02/2019	\$1.433.100,00	\$47.770,00	360	\$17.197.200,00
15/02/2019-14/02/2020	\$1.433.100,00	\$47.770,00	360	\$17.197.200,00
15/02/2010-14/02/2021	\$1.433.100,00	\$47.770,00	360	\$17.197.200,00
15/02/2021-30/09/2021	\$1.433.100,00	\$47.770,00	255	\$12.181.350,00
				\$80.970.150,00

Finalmente, queda por resolver la inconformidad del apelante con la decisión de primera instancia de condenar en igualdad de condiciones a la empresa empleadora y a sus socios accionistas, pese a que está demostrada que la relación laboral del señor CASTAÑEDA FORERO era exclusivamente con INDUMINAS TASAJERO LTDA.

Al respecto, asiste razón al apelante cuando señala que erró el *a quo* al no discriminar entre la persona jurídica que es la empleadora reconocida del actor y las personas naturales que fueron convocadas como propietarias de la misma, en calidad de socios accionistas. Situación que está regulada por el artículo 36 del C.S.T., que dice:

“Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.”

Conforme al certificado de existencia y representación legal, INDUMINAS TASAJERO es una sociedad de responsabilidad limitada y sobre estas, el artículo 353 del Código de Comercio establece que “los socios responderán hasta el monto de sus aportes”, no demostrándose en ningún momento que se materializara el cambio a sociedad por acciones simplificada enunciada en

los alegatos de conclusión, el cual requiere ser protocolizado; norma que es interpretada en providencia SL4385 de 2018, así:

“Conforme a la norma en cita, en las sociedades limitadas, las cuales según la jurisprudencia participan de la condición de ser sociedades de personas, la condena que cabe a cada uno de los socios la limita la ley a la responsabilidad societaria, que corresponde al monto de su capital o cuota social; por ello, no procede condenar a una obligación sin límites en los créditos laborales, como lo sugiere el recurrente, dado que el sujeto de los derechos y obligaciones es el ente social, pero no los socios.

En tales condiciones es dable colegir, que la interpretación del Tribunal no fue equivocada, pues es precisamente el artículo en cita el que permite limitar la responsabilidad de los socios de una sociedad de personas, en los créditos laborales hasta el monto de sus aportes. Así las cosas, no puede el operador judicial, bajo ningún pretexto extender la responsabilidad pecuniaria fijada en una norma de manera ilimitada, ni desconocer las directrices legales en ella consagrada, para aplicarla de manera diferente o en situaciones disímiles a las textualmente reguladas, por no ser ello, resorte de sus competencias.”

Implica lo anterior, que se debe revocar parcialmente lo resuelto por el juez y en su lugar aclarar que la condena recae sobre INDUMINAS TASAJERO LTDA. como empleador y los demandados BERNANDO ROZO MORA, MARIA CAROLINA ROZO ARENAS, GLORIA ISABEL ARENAS DE ROZO Y BERNANDO JAVIER ROZO ARENAS son responsables solidarios hasta el límite del monto de sus aportes, acorde a los artículos 36 del C.S.T. y 353 del C. Co.

Finalmente, como prosperó solo parcialmente el recurso de apelación de la demandada y se mantuvieron las condenas en su contra, se le condenará en costas de segunda instancia. Fijense como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por todos los demandados, a favor del demandante.

8. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el numeral primero la sentencia impugnada de fecha sentencia del 16 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la providencia apelada, en el sentido de condenar a INDUMINAS TASAJERO LTDA. como responsable principal por su calidad de empleador y a los demandados BERNANDO ROZO MORA, MARIA CAROLINA ROZO ARENAS, GLORIA ISABEL ARENAS DE ROZO Y BERNANDO JAVIER ROZO ARENAS son responsables solidarios hasta el límite del monto de sus aportes, acorde a los artículos 36 del C.S.T. y 353 del C. CO.

TERCERO: ADICIONAR a los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia, que la condena en concreto impuesta liquidada a la fecha de esta decisión con el salario a la fecha del accidente (\$1.431.000), asciende a las siguientes sumas:

- \$88.722.000 por salarios dejados de percibir de agosto de 2016 a septiembre de 2021.
- \$6.320.250 por concepto de cesantías de 2016 a 2020
- \$716.693 por intereses a cesantías de 2016 a 2020
- \$7.035.750 por primas de servicio del segundo semestre de 2016 al primer semestre de 2021.
- \$3.160.125 por vacaciones de 2016 a 2020.
- \$80.970.150 por Sanción moratoria por no consignación oportuna de cesantías de 2016 a 2020 del 15 de febrero de 2017 a la fecha.

Lo anterior, sin perjuicio de los que se sigan causando hasta la fecha de reintegro efectivo o de que hubiere terminado el vínculo laboral en fecha anterior a esta sentencia, hasta cuando se entenderán causadas las prestaciones.

CUARTO: CONFIRMAR los demás aspectos de la providencia impugnada.

QUINTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho de segunda instancia a favor del demandante el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por todos los demandados

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. 100, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.

[Firma]

Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-001-2018-00362-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19092
JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: MIGUEL ANGEL MEZA RODRÍGUEZ
ACCIONADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS
TEMA: NULIDAD DE TRASLADO-PENSION DE VEJEZ
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

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

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes, demandante y demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA de fecha 01 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral bajo radicado No. 54-001-31-05-001-2018-00362-00 y Partida de este Tribunal No.19092 promovido por el señor MIGUEL ANGEL MEZA RODRÍGUEZ contra COLPENSIONES y COLFONDOS.

I. ANTECEDENTES

La parte actora actuando por intermedio de apoderado judicial, demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD del traslado efectuada del RPMPD al RAIS con COLFONDOS S.A., en consecuencia, que COLFONDOS transfiera

a COLPENSIONES el ahorro de la cuenta individual con solidaridad, incluidos los intereses y rendimientos financieros que se acreditara en términos de semanas cotizadas de acuerdo al SBC; que se declare que al ser beneficiario del régimen de transición, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez por aportes prevista en la Ley 71 de 1988, condenar a COLPENSIONES al pago de la pensión, los intereses moratorios y condena en costas procesales.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: que inicio cotizaciones a pensiones como servidor público desde: **(i)** 13 de enero de 1975 al 31 de marzo de 1992 con diferentes cajas de previsión social, luego **(ii)** desde el 1º de octubre de 1997 a 28 de febrero de 1998; 1 de mayo de 1998 a 31 de diciembre de 1998; 1 de enero de 1999 a 31 de enero del 2003; y, del 1 de marzo del 2003 a 31 de marzo de 2016. **(iii)** El periodo comprendido entre 1º de marzo de 1995 y el 30 de septiembre de 1997 estuvo afiliado al RAIS a través del Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS, S.A.

Que la afiliación registrada durante el ciclo del 1º de marzo de 1995 y 30 de septiembre de 1997, los aportes no fueron pagados por el municipio de Chinácota, razón por la cual, mediante comunicación del 26 de abril de 2019, Colfondos requiere a dicho empleador moroso para que cancele la obligación pensional.

Que mediante resolución GNR 108006 del 18 de abril de 2016 COLPENSIONES negó la pensión de vejez, aduciendo que había perdido el régimen de transición porque se había trasladado al RAIS y exige las semanas previstas en el art. 9º de la Ley 797 de 2003. En igual sentido, mediante resolución 146531 del 19 de mayo de 2016 la administradora confirma la anterior, argumentando que no demostró los requisitos de rentabilidad y los 15 años de cotización antes del 1º de abril de 1994 para efectos de conservar el régimen de transición y concluye que solo tiene 1126 semanas y no alcanza para pensionarse con la Ley 100 de 1993 modificada con la Ley 797 de 2003.

Que, respecto a la mora del Municipio de Chinácota, COLPENSIONES el 13 de mayo de 2016 solicitó el trámite para el bono pensional, sin embargo, para el periodo de la deuda, esto es, 1º de marzo de 1995 y 30 de septiembre de 1997, estaba afiliado a COLFONDOS, y el valor aumentaba a \$25.585.304.00

Que el 01 de marzo de 1995 la asesora comercial de COLFONDOS le dio información errada sin ningún tipo de asesoría profesional para que autorizara el traslado de régimen, que el ISS se acabaría, que cuando falleciera los dineros ahorrados harían parte de la herencia, pero no informó en que clase de

modalidades de pensión, nunca le informaron cómo se calculaba la mesada pensional.

Que para el momento del traslado (1º de marzo de 1995), era beneficiario del régimen de transición al contar con 40 años al 1º de abril de 1994 y para el momento, nunca conoció los riesgos que le implicaba el traslado porque la información no fue la adecuada.

III. NOTIFICACIÓN A LOS DEMANDADOS

COLPENSIONES, a través de su apoderada judicial, aceptó parcialmente los hechos, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, manifestando que no es posible la nulidad del traslado de régimen, porque el trámite se realizó de forma voluntaria, además, se encuentra dentro del rango de los últimos diez (10) años de edad para jubilarse, ubicándolo en el rango de edad que establece el art. 2 de la Ley 797 de 2003, además, no cumple con las reglas desarrolladas en las sentencias C-789/2002, C1024/14 y SU062/10. Que el demandante no es beneficiario del régimen de transición. Propuso como excepciones de mérito la inexistencia de la obligación pretendida, la buena fe, la prescripción, la innominada.

COLFONDOS a través de su apoderada judicial se opuso a todas las pretensiones de la demanda, manifestando que el demandante se trasladó de forma libre, espontánea y voluntaria desde el RPDPM a RAIS, que su decisión estuvo exenta de cualquier engaño o erros por parte de los asesores de COLFONDOS debidamente capacitados para dar toda la información respecto RAIS. Que la administradora trasladó a COLPENSIONES la totalidad de los aportes y cotizaciones efectuadas a favor del demandante en la cuenta de ahorro individual. Propuso como excepciones de fondo, el cumplimiento de las obligaciones propias del objeto y de la naturaleza jurídica de COLFONDOS, la validez de la afiliación al RAIS, falta de legitimación en la causa por pasiva, la no viabilidad de traslado al RPMPD, la inexistencia de la obligación reclamada, la falta de configuración de los requisitos para la nulidad, la falta de título y causa, el cobro de lo no debido, la carencia de objeto, la prescripción, la buena fe y la innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 1º de octubre de 2020:

Decretó la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual del día

5 de febrero de 1995.

Condenó a Colfondos S.A, a devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del señor Miguel Ángel Rodríguez, 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 automático al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones.

Ordenó a Colpensiones que una vez Colfondos s.a., de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda aceptar el traslado del demandante del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, y proceda a la actualización de su historia laboral, ingreso base de liquidación y por ende el reconocimiento y pago de su pensión.

Condenó a la administradora de fondos de pensiones Colpensiones, reconocer y pagar a favor del demandante las mesadas causadas y no canceladas a partir de diciembre 22 del año 2015, sin reconocer intereses de mora.

Condenó a Colfondos 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 financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubieren incurrido, los cuales serán asumidos de su propio patrimonio siguiendo las reglas del art. 963 C.C.

Declaró no prosperas las excepciones propuestas por parte de las demandadas, y las Condenó al pago de costas procesales.

Para fundamentar lo anterior, sostuvo que, las características del sistema General de Pensiones, y el deber de información que les asiste a las entidades que administran los ahorros en pensión como instituciones financieras, surge el principio fundamental del consentimiento libre e informado.

Que conforme con las pruebas aportadas, COLFONDOS al momento de autorizar el traslado del RPMPD, no cumplió con el deber de información, ya que solo existe un formulario visto a folio 2 del expediente, que informa el traslado se efectuó el 5 de febrero de 1995, siendo procedente, acceder a la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS. Que efectivamente el actor es beneficiario del régimen de transición, porque al 1º de abril de 1994 cumplía la condición de los 40 años de edad, siendo aplicable lo dispuesto en la Ley 71 de 1988 para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, causada desde el 10 de diciembre de 2012 cumplió los 60 años y mas de 1000 semanas de cotización. Que no opera el fenómeno prescriptivo de la acción, porque la solicitud fue presentada el 22 de diciembre de 2015 y la demandada el 13 de noviembre de 2018, luego entonces,

las mesadas deberán ser reconocidas desde el 22 de diciembre de 2015 y no proceden los intereses moratorios porque la ley 71 de 1988 no lo establece.

V. ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES argumentó el recurso de apelación bajo el fundamento de que, el traslado realizado por el actor fue voluntario, sin vicios del consentimiento, tampoco demostró que COLFONDOS S.A. efectuó un error en la información. Que la decisión del Juez A quo respecto a la declaración de que el actor es beneficiario del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993 está en contravía de lo establecido en la Circular 08 de 2014 expedida por el ISS hoy COLPENSIONES, pues según fue verificada la historia laboral del demandante, el traslado al RAIS fue voluntario y regreso al régimen de prima media el día 1 de agosto de 2002, lo que significa que se encuentra vinculado a Colpensiones. Trae a colación lo señalado en la sentencia C-789 de 2002.

Que el demandante a los 15 años anteriores a la fecha entra en vigencia de la ley 100 de 1993, es decir el 4 de abril de 1994, contaba con 541,14 semanas cotizadas, por lo que no es procedente afirmar que se puede recuperar el régimen de transición.

Que el retroactivo deprecado se encuentra prescrito, de conformidad con el artículo 488 del Código Sustantivo Del Trabajo, en armonía con el artículo 141 del Código Procesal Laboral, que establece que en el transcurso del tiempo de 3 años hace que opera el fenómeno jurídico de la prescripción.

Que no es procedente la condena en costas procesales, porque Colpensiones, siempre ha actuado en cumplimiento de la normatividad aplicable, sin incurrir en maniobras engañosas.

La apoderada judicial de COLFONDOS, interpone recurso de apelación, alegando que, deberá declararse la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que COLFONDOS trasladó la totalidad del ahorro depositado en la cuenta del accionante, debido a que éste ya no está afiliado al RAIS y por tanto no es atribuible ordenar el traslado conforme al certificado aportado. Que la devolución del bono pensional carece de sustento jurídico, porque el actor se devolvió a COLPENSIONES el 19 de julio de 2002, tal como constan en la certificación expedida el 30 de julio de 2019-SIAF. Que Colfondos SA brindó la asesoría adecuada, clara y precisa al hoy demandante, **no obstante**, la **administradora se allana** a las pretensiones concernientes a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y a la devolución de cuotas de administración,

mas no, a las mermas en el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante, esto por cuanto las mermas no acontecieron en el presente caso.

Que no hay lugar a condenar a la administradora, a los prejuicios, teniendo en cuenta que, siempre actuó de buena fe y con la diligencia exigida legalmente a las AFP, administrando adecuadamente la cuenta de ahorro individual del demandante, reiterando que lo único que se generó fueron rendimientos. Por último, que la administradora siempre actuó de buena fe y ésta no fue desvirtuada.

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida de manera parcial, solicitando que se reliquide el monto de la pensión de vejez y el pago de los saldos y diferencias que le resulten favorables al demandante. Que es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 según la modificación de la postura de la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL1681 del 3 de junio de 2020, con ponencia de la magistrada, doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, máxime, que en este caso el demandante se encuentra amparado por el régimen de transición, e igualmente la sentencia S.L. 3130 de 2020, del 19 de agosto de 2020, radicado 66868 con ponencia del magistrado Jorge Luis Quirós Alemán, ratificó la posición de la corte de reconocer intereses moratorios para toda clase de pensiones y más aún extendió los intereses moratorios para los reajustes pensionales.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El apoderado judicial de COLFONDOS S.A., alega cumplir con la totalidad de las obligaciones que le asistían en virtud de la vinculación del señor MIGUEL ANGEL MEZA, quien decidió de manera voluntaria afiliarse para el año 1995 a la AFP, de conformidad con la libre elección de régimen y fondo pensional conferido por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Solicitó revocar la condena en mermas determinada por el fallador de instancia, considerando que no se generó ningún tipo de merma, ya que tal concepto hace alusión a una pérdida o disminución, lo que se torna contrario a la realidad, puesto que la cuenta de ahorro individual de la demandante ha venido generando rendimientos desde su traslado surtido para el año 1995, lo que es bien sabido, se trata de una prerrogativa propia y exclusiva del régimen de ahorro individual; dineros que conforme a lo dispuesto por el despacho, junto con los aportes y

demás sumas, deberán ser devueltas al Régimen de Prima Media, sin lugar a reconocer ninguna valor a COLFONDOS S.A. por su gestión.

Que, en cumplimiento de las disposiciones normativas, la AFP realizó una adecuada gestión de la cuenta de ahorro individual, entre otras, cumplió con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la Superintendencia Financiera, rentabilidades que en virtud de la ineficacia/nulidad de la afiliación al RAIS se ordena trasladar a Colpensiones, por lo que en la aplicación de las restituciones mutuas no es procedente ordenar a la AFP asumir el valor de comisión de administración.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de 100 de 1993, la comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales dirigidos a financiar las prestaciones económicas que puedan causarse al cumplimiento de los requisitos legales, sino como se reitera, a retribuir la gestión de las Administradoras de Pensiones, motivo por el cual es inválido imponer condena.

Que si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca COLFONDOS S.A., debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Que es dable traer a colación el Concepto emitido por la Superintendencia Financiera bajo el radicado No. 2018152669-003-000 del 17 de enero de 2020, donde se establece la no procedencia de la devolución de las sumas descontadas por cuotas de administración.

Que, pese al allanamiento a las pretensiones de la demanda, no puede desconocerse que el demandante libre y voluntariamente se afilió a COLFONDOS y que, en virtud de ello, disfrutó de las prerrogativas y características propias del RAIS, y que producto de esa administración y bajo el imperio de la ley, se encontraba facultado el fondo pensional a realizar los cobros por gastos de administración en su favor.

Que el Fondo siempre actuó de buena fe atendiendo y cumpliendo con todas y cada una de las disposiciones legales vigentes y aplicables a los fondos privados, motivo por el cual, y en virtud de lo antedicho se opone a la condena impuesta por el juzgador de instancia.

COLPENSIONES se ratifica en lo dicho en el recurso de apelación, considerando que, no es procedente aceptar el traslado del demandante el señor MIGUEL ANGEL MEZA RODRIGUEZ, teniendo en cuenta que la administradora ha actuado conforme a las normas legales vigentes y reiterando que el demandante, realizó su traslado de régimen de manera voluntaria y autónoma desde la libertad que le otorga la ley, sin que en dicho acto jurídico haya intervenido COLPENSIONES al suministrar información, así mismo es de manifestar el demandante no verifico ante el ISS hoy COLPENSIONES, que la información que le suministro el asesor de COLFONDOS fuera cierta.

Que, al hablar de la total validez del traslado efectuado, la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, se cobija bajo el derecho a la libre elección de régimen que le asiste a la parte demandante y que se encuentra consagrado en el artículo 13, literal b de la ley 100 de 1993, puesto que se debe probar que el traslado se efectuó, bajo algún vicio del consentimiento del demandante, situación que no se presentó en el presente proceso.

Que le corresponde a la administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A., probar que la información que brindó al actor al momento de afiliarlo y del cambio de régimen fue idónea y la suficiente para que la decisión de traslado fuera libre de vicios.

Que el demandante se trasladó al RAIS y regreso al régimen de prima media el día 01 de agosto de 2002, lo que significa que se encuentra vinculado a COLPENSIONES, la cual ya se emitió resolución de conformidad con la ley 100 de 1993, además, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002, no cumple con los 15 años (772 semanas) anteriores a la entrada en vigencia la ley 100 de 1993, es decir el 04 de abril de 1994, solo logra acreditar un total de 541.14 semanas cotizadas, por lo cual no es procedente afirmar que puede recuperar el régimen de transición.

Que el retroactivo se encuentra prescrito de conformidad con el artículo 488 del código sustantivo del trabajo, en armonía con el artículo 151 del código procesal laboral.

Por último, no está conforme con la condena en costas, asegurando que la administradora ha actuado siempre con la creencia de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la

convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones, sin incurrir en abusos de su parte o maniobras engañosas.

Surtida la etapa de alegaciones, la Sala procederá a resolver el asunto, previo a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

Previo a formular los problemas jurídicos, se hace importante recalcar que, el demandante Miguel Ángel Meza Rodríguez estuvo afiliado por primera vez al sistema pensional del RPMPD, luego se trasladó al RAIS y posteriormente retornó a COLPENSIONES, cotizando hasta el 30 de junio de 2018, por lo que, el conflicto principal se centra en determinar si, con los mencionados traslados el afiliado perdió el beneficio del régimen de transición para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez con las normas anteriores a la Ley 100 de 1993, disposiciones más favorables respecto al monto de la mesada pensional.

La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, así como lo dispuesto en la sentencia C-968 de 2003, y surtir el grado jurisdiccional de consulta, por cuya razón se procederá a plantear **los siguientes problemas jurídicos**:

1. Establecer si la AFP COLFONDOS brindó la información exigida en la normatividad aplicable y jurisprudencia vigente, que permita dar validez al traslado de régimen del RPMPD efectuado por el demandante MIGUEL ANGEL MEZA RODRIGUEZ en el año 1995, en especial, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, caso en el cual, no perdería dicho beneficio.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, determinar cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encuentra afiliado actualmente.
3. Determinar si COLPENSIONES es la obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez ante el cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 71 de 1988 por parte del afiliado como lo determinó la Juez A quo, o de lo contrario, el actor perdió el régimen de transición y deberá cumplir con lo reglado en la Ley 797 de 2003.

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

Análisis probatorio

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

Solución del primer problema jurídico.

Dado que lo pretendido por el demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia del RPMPD al RAIS se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP COLFONDOS no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, **en especial, la posibilidad de perder el régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993,** es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento del señor MIGUEL ANGEL MEZA RODRIGUEZ para realizar el cambio advertido.

Respecto al tema de la procedencia o no, de la NULIDAD del traslado efectuado del RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la apoderada judicial recurrente de COLFONDOS alega que no es procedente devolver sumas correspondiente a los gastos de administración y demás dineros recibidos por la administradora durante el lapso que permaneció vigente la afiliación de la demandante, según lo ha señalado la Superfinanciera en concepto de radicado 20 19 152 169 003 del primero de enero del 2020, ante la ausencia de mala fe y la comprobada adecuada y legal administración de los dineros.

Por otra parte, COLPENSIONES solicita revocar la sentencia de primera instancia en su totalidad, alegando que el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, del RPMPD hacia el RAIS desde el 5º de febrero de 1995, acto jurídico que goza de validez por exentos de vicios en el consentimiento, además, que el

actor perdió el régimen de transición al trasladarse al RAIS, por no reunir los 15 años de cotizaciones antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Obligación de información de las administradoras de fondos de pensiones.

En reiterados pronunciamientos, esta Sala siguiendo la regla jurisprudencial identificable de las sentencias de la CSJ SL31989-2008, SL31314-2008, SL33083-2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4989-2018, se ha señalado que, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Bajo estas condiciones, se tiene que el demandante sostiene que el asesor de COLFONDOS no le brindó la explicación de lo que representaba pasar del RPM al RAIS; en qué consistía el régimen de transición que lo cobijaba por tener más de 40 años de edad al 1º de abril de 1994 y qué significaba perderlo, siendo que era al fondo al que le correspondía probar que brindó la información completa.

Recuperación del Régimen de Transición.

Cabe recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incorporó tres segmentos protegidos por la reseñada transición, todos ellos basados, de manera general, en la edad y tiempo de servicios a su entrada en vigencia. Así dispuso que los hombres mayores de 40 años de edad, las mujeres con 35 años de edad, y las personas que contaran 15 años o más de servicio se les respetarían las

regulaciones anteriores, no obstante, también contempló que dicha protección transicional no sería aplicable en los eventos en los que las personas, de manera libre y voluntaria, se acogieran al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarían plenamente a sus reglas. (Ver sentencia SL12136 del 03 de septiembre de 2014 M.P. Doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón).

Ahora bien, resulta pertinente precisar que acorde con lo establecido en el inciso 4° de la Ley 100 de 1993, y en concordancia con el alcance que a este precepto le dio la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, el régimen de transición se pierde cuando sus beneficiarios voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, en cuyo caso se sujetarán a las condiciones allí previstas; no obstante, en dicha providencia también se previó la recuperación de esa prerrogativa, para los asegurados que decidan retornar al RPM, siempre y cuando a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones tuvieran 15 o más años de servicios o su equivalente en cotizaciones.

En este orden de ideas, el pilar de existencia de libertad es fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir, determinando aspectos relevantes como la pérdida de la transición y la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, por lo que, a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, el operador judicial deberá determinar si hubo eficacia del traslado, máxime cuando se ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa. De manera tal que, al identificar los presupuestos del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino, además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

Al respecto, se trae a colación lo dispuesto en la sentencia de radicado No.46292 SL12136 del 03 de septiembre de 2014 M.P. Doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, que en lo pertinente señaló:

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación.

Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

Caso en concreto

Bajo el amparo de lo expuesto en líneas anteriores, se tiene que el demandante MIGUEL ANGEL MEZA RODRIGUEZ como servidor público, inició sus aportes a las cajas de previsión social desde el 13 de enero de 1975 al 31 de marzo de 1992 (541.14 semanas de tiempos de servicios), luego, al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de octubre de 1997 a 28 de febrero de 1998; 1 de mayo de 1998 a 31 de diciembre de 1998; 1 de enero de 1999 a 31 de enero del 2003; y, del 1 de marzo del 2003 a 31 de marzo de 2016 y desde el 1° de septiembre de 2017 hasta el 30 de junio de 2018. El periodo comprendido entre **1° de marzo de 1995 y el 30 de septiembre de 1997** estuvo afiliado al RAIS a través del Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS, S.A.

Para identificar si el traslado del RPMPD al RAIS es eficaz y válido conforme a los presupuestos antes analizado, se tiene que del formato visto a folios 2 del expediente, se deduce que: las partes aceptan que fue suscrito por el demandante, en el que se dejó plasmado que su traslado entre régimen se dio de manera voluntaria, esto es, que “*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*”, calidades de la decisión que no se encuentran demostradas con el acervo probatorio, toda vez que la información que debe ser suministrada al posible afiliado, como se dijo en líneas anteriores, no debe ser una simple expresión genérica como se consignó en el formulario de afiliación, y en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de COLFONDOS, se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con

la intención de acreditar que en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

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

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

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

Segundo Problema Jurídico.

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que COLFONDOS AFP incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por el demandante MIGUEL ANGEL MEZA RODRÍGUEZ. para el año 1995, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que, se retrotraen todas las cosas al estado en que se encontraban es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la demandante nunca perdió el régimen de transición (sentencias, SL17595-2017, SL4989-2018 donde se ratifica lo dicho en la sentencia de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral).

Frente a la segunda inconformidad del fondo de pensiones privado, relativa a la devolución de “...los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del señor MIGUEL ANGEL RODRIGUEZ, 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 automático al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones”, debe precisar la Sala que, al declararse la ineficacia del traslado que tuvo lugar en un principio, desde el ISS hoy COLPENSIONES hacia COLFONDOS, las cosas deben retrotraerse para, hasta donde sea posible, hacer como si dicho traslado no hubiera tenido lugar, siendo entonces procedente la devolución de esta hacia aquella, de manera completa, de todas las prestaciones que el afiliado hubiera recibido, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de representación, y los demás valores dictados en la sentencia apelada y consultada, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, siguiendo lo adoctrinado por la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencias con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019 y Rad. 31989 del 8 de septiembre, debiéndose entonces CONFIRMAR en este sentido la sentencia apelada y consultada, quedando resuelto el segundo problema jurídico a favor del demandante.

Tercer Problema Jurídico-Pensión de Vejez.

Ahora bien, como consecuencia de la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, se tiene que el señor Miguel Ángel Mesa Rodríguez nunca estuvo afiliado al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A, lo que significa, que siempre estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, lo que indica, que no perdió los beneficios

de la transición previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 40 años de edad (fecha de nacimiento: 10 de diciembre de 1952) al 30 de junio de 1995 (servidor público) y bajo las reglas del art. 7º de la Ley 71 de 1988, alcanzó la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, según las pruebas documentales aportadas.

El derecho a la luz del artículo 7 de la Ley 71 de 1988 dispone:

A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencia, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

No se discute que el actor contaba con 60 años de edad al 10 de diciembre de 2012, cumpliendo así con la primera condición establecida en la norma. Por otra parte, en lo que respecta a la exigencia de los 20 años de servicios, que equivalen a 1028 semanas, se encontró probado que:

(1º) Desde el 13 de enero de 1975 al 31 de marzo de 1992, aportó a las Cajas de Previsión 541.14 en tiempos de servicios.

(2º) Al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1º de octubre de 1997 a 28 de febrero de 1998; 1 de mayo de 1998 a 31 de diciembre de 1998; 1 de enero de 1999 a 31 de enero del 2003; y, del 1 de marzo del 2009 a 31 de marzo de 2016 y desde el 1º de septiembre de 2017 hasta el 30 de junio de 2018 un total de 634.71 semanas cotizadas.

(3º) Y en el periodo comprendido entre 1º de marzo de 1995 y el 30 de septiembre de 1997 con afiliación no válida al RAIS a través del Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS, S.A. un total de 132.85 semanas.

Entonces, la historia laboral actualizada al 30 de enero de 2019, el demandante cotizó al sistema pensional para el momento en que cumplió los 60 años, esto es, el 10 de diciembre de 2012, un total de 1100.87 semanas, cumpliendo con los presupuestos previstos en el art. 7º de la Ley 71 de 1988 para acceder al reconocimiento pensional.

Cumple reiterar que el demandante era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 como se encontró probado a lo largo del proceso. Además, acreditó un total de 934.34 semanas al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, a saber, el 25 de julio del mismo año, supuesto que le permitía mantener su beneficio pensional hasta el año de 2014, o hasta que cumpliera con los requisitos mínimos exigidos en virtud del artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

Liquidación de la mesada pensional.

Ahora, respecto a la reliquidación solicitada por el demandante, se tiene que, al solicitar por primera vez la pensión de vejez el 22 de diciembre de 2015, fue negada por ausencia de semanas con fundamento en la Ley 797 de 2003, momento para el cual, se encontraba cotizando al sistema con la Personería Municipal hasta el 31 de marzo de 2016, luego con afiliación independiente desde el 1º de septiembre de 2017 hasta el 30 de junio de 2018.

Se hace importante señalar que, en calidad de servidor público, la desafiliación del sistema es indispensable para el disfrute de la pensión de vejez, razón por la cual, la mesada pensional no podría ser efectiva antes del 31 de marzo de 2016, error que cometió el Juez A quo al declarar el derecho desde el 2015, condena que se modificará.

Por otro lado, dentro de las pruebas aportadas a folios 227-231, COLPENSIONES profirió resolución DPE 14339 del 10 de diciembre de 2019, reconociendo la mesada pensional desde el 29 de junio de 2018 y para el año 2019 en la suma de \$2´065. 318.00, pagando el siguiente retroactivo:

LIQUIDACIÓN DEL RETROACTIVO	
CONCEPTO	VALOR
Mesadas	\$36.927.250.00
Mesadas Adicionales	\$4.066.983.00
Descuento en Salud	\$4.432.100.00
Total	\$36.562.133.00

Para calcular el valor de la mesada pensional, COLPENSIONES argumentó que la pensión de vejez fue reconocida con fundamento en las 1305 semanas de cotización y 66 años de edad, es decir, que al perder el beneficio pensional por haberse trasladado al RAIS y nuevamente retornar al RPMPD el 1º de agosto de 2002, había cumplido con los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, esto es, 1300 semanas y 62 años cumplidos o más de edad.

Además, para obtener el IBL, Colpensiones aplicó el art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, calculó el promedio de los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión y lo multiplicó por una tasa de reemplazo del 63.48% según lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 797 de 2003, pagando un total de \$36'562.133.00 como se dijo en renglones anteriores.

No obstante, el demandante solicita la reliquidación, argumentando que la pensión había sido reconocida con una mesada inferior, razones que son atendibles, con fundamento en la nulidad del traslado y la liquidación con base en la prerrogativa del régimen de transición dispuesta en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, obteniendo como resultado, la aplicación de la Ley 71 de 1988.

De esta manera, no existe duda que la última cotización al sistema pensional fue el 28 de junio de 2018, ya que el actor continuó en calidad de independiente, realizando cotizaciones en forma voluntaria, por lo que, en este asunto opera la regla general de la desafiliación, porque nada impide que, por voluntad propia, el trabajador decida seguir cotizando para aumentar su mesada pensional, lo que ocurrió con el actor, razón por la cual, se tomará hasta la última semana de cotización, para realizar la respectiva liquidación.

De acuerdo con lo consagrado por el artículo 8 del Decreto 2709 de 1994, al demandante le correspondería una tasa de reemplazo equivalente al 75% del ingreso base de liquidación IBL previsto en el art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es:

IBL: \$3'153.221.00 por la tasa de reemplazo 75%: Mesada pensional de **\$2'364.915.75 a partir del 29 de junio de 2018, con un retroactivo pensional hasta la fecha de la sentencia de **\$104'523.223,35** correspondiente a 13 mesadas**

anuales según lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, valor que deberá ser indexado a la fecha del pago total.

Se Autorizará a COLPENSIONES a realizar la compensación de la suma pagada, esto es, descontar los \$36’562.133.00, así como también, a realizar el ajuste por concepto de las cotizaciones en salud a la EPS en el que se encuentra afiliado.

De igual forma, la mesada pensional para el 2021 será de \$2’573.623.43, ordenándose realizar el reajuste anual previsto en el art. 14 de la Ley 100 de 1993.

DESDE		HASTA		IPC Inicial	IPC Final	Incremento	MESADAS
Año	Mes	Año	Mes		105.48	Pensional Art. 14 L100	
2018	06	2021	09	96.92	105.48		\$157,661.05
2018	07	2021	09	96.92	105.48		\$2,364,915.75
2018	08	2021	09	96.92	105.48		\$2,364,915.75
2018	09	2021	09	96.92	105.48		\$2,364,915.75
2018	10	2021	09	96.92	105.48		\$2,364,915.75
2018	11	2021	09	96.92	105.48		\$2,364,915.75
2018	12	2021	09	96.92	105.48	3.18%	\$2,364,915.75
2018	M14	2021	09	96.92	105.48		\$2,364,915.75
2019	01	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2019	02	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2019	03	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2019	04	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2019	05	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2019	06	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2019	07	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2019	08	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2019	09	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2019	10	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2019	11	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2019	12	2021	09	100.00	105.48	3.80%	\$2,440,120.07
2019	M14	2021	09	100.00	105.48		\$2,440,120.07
2020	01	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2020	02	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2020	03	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2020	04	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2020	05	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2020	06	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2020	07	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2020	08	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2020	09	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2020	10	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2020	11	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2020	12	2021	09	103.80	105.48	1.61%	\$2,532,844.63
2020	M14	2021	09	103.80	105.48		\$2,532,844.63
2021	01	2021	09	105.48	105.48		\$2,573,623.43
2021	02	2021	09	105.48	105.48		\$2,573,623.43
2021	03	2021	09	105.48	105.48		\$2,573,623.43
2021	04	2021	09	105.48	105.48		\$2,573,623.43
2021	05	2021	09	105.48	105.48		\$2,573,623.43
2021	06	2021	09	105.48	105.48		\$2,573,623.43
2021	07	2021	09	105.48	105.48		\$2,573,623.43

2021	08	2021	09	105.48	105.48		\$2,573,623.43
2021	09	2021	09	105.48	105.48		\$2,573,623.43
Total Mesadas							
\$104,523,223.35							

Prescripción.

En este asunto no opero el fenómeno prescriptivo de la acción judicial porque la mesada pensional deberá pagarse desde el 29 de junio de 2018 y la demanda se presentó el 13 de noviembre de 2018 (fl.69).

Ahora, en lo atinente a la inconformidad de la parte actora relacionada con la absolución **por los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe** precisarse que los mismos no resultan procedentes, en tanto que la mora en el pago no obedeció a la negligencia, tardanza o demora en el pago de las mesadas por parte de Colpensiones, sino a que al estar afiliado el accionante a la AFP COLFONDOS S.A. durante un periodo donde se declaró la ineficacia de la afiliación, y solo ahora en virtud de lo ordenado en las sentencias, es que surge en cabeza de la primera de las nombradas dicha obligación; por lo tanto, no le cabe responsabilidad en la falta de cancelación de las mesadas, razones estas por las que también se confirma el fallo de primer grado sobre este aspecto.

Por último, tampoco prospera la impugnación en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlas de dicho rubro.

VIII. DECISIÓN DE LA SALA

Por las motivaciones expuestas en esta providencia quedan resueltos los problemas jurídicos planteados, y dadas las resultas del estudio realizado, se MODIFICARÁ el ordinal CUARTO de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 01 de octubre de 2020, en el sentido de CONDENAR A COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme al art. 7º de la Ley 71 de 1988, con retroactivo desde el 29 de junio de 2018 hasta el 30 de agosto de 2021 en la suma de

\$104'523.223,35 correspondiente a 13 mesadas anuales según lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, valor que deberá ser indexado a la fecha del pago total, al no ser procedentes los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Se Autorizará a COLPENSIONES a realizar la compensación de la suma pagada, esto es, descontar los \$36'562.133.00, así como también, a realizar el ajuste por concepto de las cotizaciones en salud a la EPS en el que se encuentra afiliado.

De igual forma, la mesada pensional para el 2021 será de \$2'573.623.43, ordenándose realizar el reajuste anual previsto en el art. 14 de la Ley 100 de 1993.

Se confirmará en todo lo demás la sentencia.

Se condenará en costas de segunda instancia a LA AFP COLFONDOS y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada, fijando como agencias en derecho a su cargo, la suma de \$400.000.00 para cada una y a favor del demandante MIGUEL ANGEL MEZA RODRÍGUEZ, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

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

IX. R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 01 de octubre de 2020, en el sentido de CONDENAR A COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme al art. 7º de la Ley 71 de 1988, con retroactivo desde el 1 de julio de 2018 hasta el 30 de agosto de 2021 en la suma de **\$104'523.223,35** correspondiente a 13 mesadas anuales según lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, valor que deberá ser indexado a la fecha del pago total.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar la compensación de la suma pagada, esto es, descontar los \$36'562.133.00, así como también, a realizar el ajuste por concepto de las cotizaciones en salud a la EPS en el que se encuentra afiliado.

De igual forma, la mesada pensional para el 2021 será de \$2'573.623.43, ordenándose realizar el reajuste anual previsto en el art. 14 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia LA AFP COLFONDOS y a COLPENSIONES por no haberles prosperado el recurso de alzada y fijar como agencias en derecho a su cargo, la suma de \$400.000.00 a cada una y a favor de la demandante MIGUEL ANGEL MEZA RODRÍGUEZ, de conformidad con el art. 365 del C.G. del P. y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 emanado del CSJ Sala Administrativa.

NOTIFÍQUESE.



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-001-2019-00271- 01

REF: ORDINARIO

P.T. No. 19461

DEMANDANTE: ADRIAN GAMEZ PEÑALOZA

DEMANDADO: CONSTRUCCIONES VIUR S.A.S y FÉLIX ANDRÉS TRUJILLO AMAYA

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por la activa contra la providencia del 06 de julio de la anualidad que avanza, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secltsuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVER NARANJO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-001-2019-00378- 01

REF: ORDINARIO

P.T. No. 19460

DEMANDANTE: ANDRES AVELINO AREVALO RAMÍREZ

DEMANDADO: INDUMAX DE COLOMBIA S.A.S.

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por la activa contra la providencia del 28 de junio de la anualidad que avanza, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltsuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVER NARANJO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2020-00088-00
RADICADO INTERNO:	19.341
DEMANDANTE:	JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ FONSECA
DEMANDADO:	PORVENIR Y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ FONSECA contra PORVENIR y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-001-2020-00088-00, y Radicación interna N° 19.341 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 12 de abril 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 JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ FONSECA interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y A.F.P. PORVENIR para que se declare la nulidad del traslado realizado en 1996 del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, por hacer incurrir en error al tomar una decisión con información restringida, errada y engañosa que hizo ineficaz la afiliación, por lo que se debe ordenar el traslado de todos los aportes, rendimientos y demás emolumentos que existan en su cuenta de ahorro hacia COLPENSIONES, declarando vigente la afiliación a esa entidad para que reciba los aportes y actualice su historia laboral.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que nació el 20 de enero de 1956, por lo que actualmente tiene 64 años de edad; que se afilió al I.S.S. el 5 de febrero de 1982 a través de su empleador EMPRESAS MUNICIPALES DE CÚCUTA, donde permaneció hasta noviembre de 1996 aportando un total de 773 semanas, lo que resulta fundamental pues para entonces no estaba vigente la Ley 797 de 2003 ni el acto legislativo de 2005, por lo que la expectativa pensional no recomendaba el cambio de régimen. Que la fuerza comercial de los promotores de A.F.P. HORIZONTE se acercó a las

instalaciones de la entidad donde trabajaba, INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD, ofreciendo el nuevo régimen de ahorro individual esgrimiendo beneficios sobre edad, monto de mesada, trámites expresos y que el seguro social iba a desaparecer, brindándole información errada e indebida sin sustentación ni advertir de las consecuencias negativas de esa decisión. Que el ingreso promedio del actor es de Cinco Millones mensuales, pero al solicitar una proyección pensional a PORVENIR S.A. arroja como resultado una pensión mínima, por lo que solicitó cambio de régimen que le fue negado por estar en el límite de edad, dado que revisada su historia laboral en COLPENSIONES tendría derecho a una mesada de \$3.593.003,76 por su total de 1900 semanas y el I.B.L. de los últimos 10 años, que ahora perdería por la falta de información suficiente al momento del traslado.

La demandada COLPENSIONES, se opone a las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado de régimen es un acto libre, consciente y voluntario del trabajador y se corresponde con una declaración de voluntad de una persona legalmente capaz, que debe demostrar la existencia de un vicio de consentimiento dado que se evidencia la firma del respectivo formulario, lo que perfeccionó el acto de traslado, para lo que debe valorarse tanto el límite para trasladarse, el comportamiento del afiliado, el perjuicio a la sostenibilidad económica y la prueba del error sobre la voluntad. Propone como excepciones BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD y GENÉRICA.

Por su parte AFP PORVENIR manifestó que los hechos deben probarse, pues no reposan pruebas que demuestren que la información brindada en 1996 no fuera real, veraz, oportuna y acorde a las exigencias legales de la época; 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 12 de abril 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 EL SEÑOR JOSE ANTONIO GUTIERREZ FONSECA HIZO A LA ADMINISTRADORAS DE FONDOS PORVENIR S.A., CONFORME A LAS MOTIVACIONES QUE ANTECEDEN.

SEGUNDO: CONDENAR A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR 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 LAS ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., DE CUMPLIMIENTO A LO AQUI ORDENADO PROCEDA A ACEPTAR EL TRASLADO DEL SEÑOR JOSE ANTONIO GUTIERREZ FONSECA DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA.

CUARTO: SE CONDENARA A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. Y 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 establecer la viabilidad de la eficacia del traslado realizado por el actor del régimen de prima media en 1996 a PORVENIR, y si hay lugar a declarar su nulidad, ordenar el traslado de los aportes obrantes en el régimen de ahorro individual a COLPENSIONES, por alegarse la existencia de vicios del consentimiento, incluyendo los descuentos realizados a la cuenta de ahorro del afiliado; 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, solicitando en todo caso la A.F.P. que se valoren las restituciones mutuas.

- Que está demostrado al plenario lo correspondiente a las peticiones de documentos y reclamaciones administrativas elevadas por el actor, con su correspondiente respuesta de las demandadas; así mismo prueba de la historia pensional, que tiene un bono pensional por 773 semanas cotizadas al RPM y en PORVENIR 1181, para un total de 1954 semanas.

- Que la demandante en su interrogatorio reiteró que al ser abordado por los asesores de la AFP se le dijo que el régimen privado era más favorable pues podría pensionarse a cualquier edad y con un 100% del último salario, lo que creyó y solo al observar como sus compañeros comenzaron a recibir pensión mínima se dispuso a revisar su situación pensional, percibiendo el detrimento de su posible mesada. Alegando los fondos privados que para la época solo se les exigía un formulario y una asesoría verbal, por lo que estima haber cumplido con sus deberes legales, lo que controvierte el actor con los fundamentos de derecho de su demanda.

- Explica que concordante con la normativa citada por el actor y coadyuvada por el Ministerio Público, es ampliamente conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre este tema, donde se ha reiterado que el deber de información radica en cabeza de las AFP al momento de promover afiliaciones y cambios de régimen, lo cual existe desde su misma creación y no basta con el mero formulario, teniendo la carga de la prueba de evidenciar que entregaron suficiente información para validar el cambio de régimen; prueba que no fue aportada a este asunto.

- Para contestar el argumento de COLPENSIONES sobre que el actor lleva más de 2 décadas en el régimen privado, hace referencia a la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Laboral del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del proceso 2015-00622, 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..

- 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 parte del entonces fondo HORIZONTE (hoy PORVENIR); 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, 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 PORVENIR

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

- Explica que para el año 1996 que se realiza el traslado, estaban vigentes 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 en decisiones posteriores que se impone un deber de actuación más estricto que resulta de imposible cumplimiento para los fondos de pensiones.

- Se opone a que tome como prueba la misma declaración rendida por el actor en su interrogatorio de parte, por lo que no está conforme con que se haya tenido en cuenta para acceder a las pretensiones.

- Solicita que se revise la prescripción, pues si bien existe jurisprudencia al respecto debe tenerse en cuenta que se ataca una decisión adoptada hace más de 20 años y lo que se busca en últimas es un mejoramiento pensional, lo que es ajeno a la naturaleza de esta pretensión.

- 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 por ser contrario al artículo 964 del código civil sobre la preservación de lo invertido para generar frutos y eso se identifica en los gastos de administración, por lo que se opone a la orden de devolución sobre los mismos y no es cierto que descontarlos afecte la integridad del capital pensional, porque estos generaron rendimientos que devienen del mercado de valores y suelen ser mayores a los del régimen público.

- Que 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.

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 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, momento en que inclusive tiene la edad pensional.

- Que a la fecha de traslado, el demandante estaba en plena facultad para trasladarse libre y voluntariamente entre regímenes pensionales bajo la libertad de elección consagrada en la Ley 100, 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, estando más de 24 años afiliado a PORVENIR y donde tenía sus expectativas pensionales. Por lo que debe analizarse la inoponibilidad de la ineficacia a COLPENSIONES como tercero en este asunto y con posible incidencia en la estabilidad financiera del sistema pensional.

- Que la Corte Constitucional en sentencia C-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.

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 del actor indica que pretende declarar la ineficacia del traslado del señor GUTIÉRREZ FONSECA del régimen de prima media al de ahorro individual, pues se cumplen los presupuestos fácticos de evidenciar la ausencia de información entregada al actor al momento del traslado, cuando solo se indicaron las supuestas ventajas del RAIS y no se determinó la conveniencia real para el afiliado; a lo que accedió el Juez por estimar que los fondos de pensiones si tenían esta responsabilidad desde su creación de entregar la información suficiente para validar el traslado, por lo que debe confirmarse esta decisión al no existir prueba en el expediente sobre el cumplimiento de este deber.

•PARTE DEMANDADA:

La apoderada de COLPENSIONES reitera lo expuesto desde la contestación, indicando que la entidad no está llamada a recibir el traslado del actor pues conforme a la norma vigente y aplicable, el traslado realizado al RAIS tiene plena validez, cumplió todos los requisitos y el actor se encuentra en el límite legal para impedir su retorno al RPM; que era deber de la demandada probar la información suministrada como suficiente, por lo que COLPENSIONES no tuvo ninguna intervención para esa decisión ante lo que es un tercero de buena fe a quien le resulta inoponible el efecto de la ineficacia. Que debe valorarse el efecto de estas decisiones sobre la sostenibilidad financiera y evitar la descapitalización del régimen común, así como que es el Estado el encargado de cancelar los bonos pensionales a que haya lugar y debe

verificarse que el caso no sea de esos exceptuados en que no es posible retrotraer los efectos de la afiliación.

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 JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ FONSECA del régimen de prima media a la administradora hacia el régimen de ahorro individual administrado por A.F.P. PORVENIR? 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 JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ FONSECA, 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, 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, omisión que 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 PORVENIR que cumplió la normativa vigente, que se opone a la condena para devolver íntegramente los conceptos de gastos de administración y demás descuentos legales, destacando ambos que debe revisarse la seguridad financiera y la prescripción.

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 suscribió el formulario por una información sesgada, 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 1996, donde alcanzó a cotizar 773 semanas como trabajador y mediante formulario de vinculación o traslado No. 483374 suscrito el 8 de octubre de 1996 se afilió a A.F.P. HORIZONTE y luego en formulario No. 0274191 del 11 de agosto de 1999 se trasladó a A.F.P. COLPATRIA (ambas conforman hoy A.F.P. PORVENIR), apreciando en el recuadro de cada documento junto a la firma del demandante, la manifestación preinsertada a cada 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, el señor GUTIÉRREZ FONSECA 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 y aunque efectivamente su interrogatorio de parte no constituye prueba en su favor, no era a quien le correspondía demostrar sus manifestaciones; 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 8 de octubre 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 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 JOSÉ ANTONIO GUTIÉRREZ FONSECA 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 y reclaman ambos apelantes, 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 PORVENIR S.A. incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la suscripción del formulario por la demandante en el mes de octubre de 1996, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...», 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 Protección 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. 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 RPM administrado hoy por Colpensiones.

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 el apoderado de PORVENIR S.A. referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, ya que 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.

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 12 de abril 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 12 de abril 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. 100, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-001-2021-00009- 01

REF: ORDINARIO

P.T. No. 19473

DEMANDANTE: JEFRAAN EDUARDO LOBO FLÓREZ

DEMANDADO: FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por la pasiva contra la sentencia del 09 de agosto de la anualidad que avanza, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltsuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVER NARANJO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario



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

Cúcuta, Veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	FUERO SINDICAL
RADICADO ÚNICO:	54-498-3105-001-2021-00078-01
RADICADO INTERNO:	19.359
DEMANDANTE:	WILSON TORRES HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	ECOPETROL S.A. Y CENIT S.A.S.

Magistrada Ponente:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada CENIT S.A.S. en contra del auto del veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021), mediante el cual se declaró no probada la excepción previa de falta de competencia por no agotar la reclamación administrativa y de inepta demanda; a continuación, se dicta el siguiente:

AUTO

1. Antecedentes

El señor WILSON TORRES HERNÁNDEZ presentó el 26 de abril de 2021, demanda especial de fuero sindical para reintegro contra ECOPETROL S.A. para que se ordenara el retorno y restitución a esa empresa, por haber dispuesto su sustitución patronal a CENIT S.A.S. y someterlo por ello a una desmejora de sus condiciones laborales, sin autorización del juez por su condición de director sindical del sindicato de industria y de primer grado denominado Sindicato de Trabajadores del Petróleo y Gas en sigla SINTRAPETGAS, donde ostenta el cargo de primer suplente de la Junta Directiva Principal. Solicitando en ese escrito la citación al proceso de la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, CENIT LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS S.A.S. y al sindicato SINTRAPETGAS.

Mediante providencia del 20 de mayo de 2021, se admitió la demanda interpuesta contra ECOPETROL y se ordenó correrle traslado de la misma, además se accedió a la solicitud de vincular al sindicato y a CENIT S.A.S.

Al contestar la demanda en audiencia del 28 de mayo de 2021, el apoderado de CENIT S.A.S., propuso las siguientes excepciones previas:

1. Falta de competencia por falta de reclamación administrativa, conforme al artículo 6 del C.P.T.Y.S.S. las acciones contra cualquier entidad de la administración pública solo pueden iniciarse luego de presentada reclamación administrativa y la misma no fue adelantada ante CENIT S.A. que es una sociedad comercial de economía mixta del orden nacional, adscrita al Ministerio de Minas y la Sala de Casación Laboral ha determinado en su jurisprudencia que esta se identifica

como un factor de competencia, por el que debe verificarse su agotamiento para avocar conocimiento y en caso de ser omitido por el juez, es posible su proposición como excepción previa, so pena de entenderse subsanada.

2. Ineptitud de demanda por falta de requisitos formales, al no haberse enviado copia de la demanda a la entidad como exige el artículo 6° del Decreto Legislativo 806 de 2020 y acreditar esta remisión, lo que no sucedió pues CENIT S.A. solo tuvo conocimiento de la misma cuando fue notificada del auto admisorio por parte del juzgado, no verificándose como anexo a la demanda este requisito.
3. Prescripción, conforme al artículo 188A del C.P.T.Y.S.S., se advierte que la desmejora alegada por el actor es la sustitución patronal ocurrida el 1 de febrero de 2021 y a partir de allí contaba con 2 meses para adelantar esta acción, sin que en ese término presentara la reclamación o demanda en su contra.

2. Actuación que se pretende recurrir

Durante el trámite de la audiencia del 21 de octubre de 2020, el juez *a quo* negó la prosperidad de las excepciones previas, argumentando lo siguiente:

- La prescripción opera sobre la existencia de un derecho, y en la medida que se está debatiendo sobre la existencia del derecho, al no estar aún establecido el mismo se analizará como excepción de fondo ya que no se puede establecer *prima facie* si se está en presencia de un fuero sindical que amerite el análisis de la prescripción.
- Sobre la falta de competencia y el envío simultáneo de la copia de la demanda, advierte que la demanda no se dirigió contra CENIT y por lo tanto no estaba obligado el demandante a tramitar dicha reclamación administrativa, ni menos enviar copia a quien no estaba demandando pues fue el Despacho en el auto admisorio fue quien convocó a CENIT al proceso y no era obligatorio entonces haber enviado demanda previa, sino hasta la notificación de la demanda como efectivamente se hizo.

3. Recurso de apelación

El apoderado de CENIT S.A.S., presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra la decisión de negar las excepciones previas de falta de reclamación administrativa e inepta demanda, señalando que revisada la demanda remitida por el Despacho, se logra evidenciar que en la dirección para notificaciones se relaciona a CENIT como una entidad a la cual se debe dirigir la notificación y también está mencionada en el encabezado del escrito de la demanda, de lo que se desprende que la acción también va dirigida contra CENIT y por ende, no se entiende que se le identifique como vinculado por el despacho al litisconsorcio necesario, pues es la demanda donde se le relaciona como demandado y evidencia que fue su iniciativa. Por ende, se debe reconsiderar lo resuelto, dado que bajo la calidad aducida entonces no hubo reclamación administrativa en su contra y por lo tanto no interrumpió la prescripción ni cumplió con el requisito de haber reclamado contra esa entidad que es una sociedad de economía mixta, contra la que debe agotarse para invocar competencia en su contra. Igual razonamiento debe revisarse para resolver la excepción de falta de requisitos de la demanda, al no cumplirse con la remisión previa de la demanda.

El juez *a quo* mantiene la decisión, explicando que en la demanda son las pretensiones las que determinan la calidad de parte y no la mera inclusión en otro acápite como el de notificaciones, pues son las solicitudes dirigidas

todas contra ECOPETROL es de donde surge la obligación de agotar tanto la reclamación administrativa como la remisión previa de la demanda y por eso el Despacho considera que no se estaba demandando a CENIT, respecto de quien no se invocaron solicitudes de condena o sanción, pues en dicho caso se hubieran invocado las decisiones de saneamiento correspondiente y ante ello, concedió el recurso de apelación.

4. Alegatos de conclusión

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

• **PARTE DEMANDANTE:** El apoderado del actor manifiesta que la empresa CENIT pretende desestimar el litigio alegando falta de competencia por falta de reclamación administrativa e inepta demanda por falta de requisitos formales; a lo cual replica que el actor reclama la materialización de una sustitución patronal de ECOPETROL S.A. a CENIT S.A., pese a su fuero sindical, cuando se encontraba bajo subordinación de la primera y es a esta a quien compete garantizar la garantía constitucional de fuero sindical, contra quien se dirigen las pretensiones y por ende a quien se demanda. Que se solicitó con la demanda vincular a CENIT S.A., así como al sindicato y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado; sin que ello imponga más allá de las notificaciones legales y por ende no debe accederse a declarar probadas las excepciones previas, pues es a ECOPETROL contra quien se dirigió la reclamación y se agotó esa etapa.

• **PARTE DEMANDADA:** El apoderado de CENIT S.A., indica que su inconformidad radica en que se declaró no probada la excepción previa de falta de competencia por falta de reclamación administrativa propuesta, desconociendo el artículo 6° del C.P.T.Y.S.S. y la naturaleza de esa entidad, alegando el Despacho que el proceso de fuero no se dirigía en su contra pero eso desconoce lo plasmado en el escrito de demanda donde se le convoca al proceso directamente y por ende su intención de demandarlo, invocaba la necesidad de agotar la reclamación administrativa. Agrega que sobre la inepta demanda, tampoco se garantizó su derecho de contradicción y defensa, al no remitírsele la demanda previamente como exige el Decreto 806 de 2020.

5. Consideraciones de la Sala.

Es preciso señalar, que conforme a lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 65 del C.P.T.S.S., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, es apelable el auto que resuelva las excepciones previas, por lo que esta Sala de Decisión es competente para pronunciarse sobre la impugnación presentada.

El problema jurídico que corresponde resolver en este caso, es si se configura la excepción previa de falta de competencia por falta de reclamación administrativa e inepta demanda, y si por ello, resulta procedente decretar la terminación del proceso ordinario laboral respecto de CENIT S.A.S., entidad que alega el no agotamiento del requisito de procedibilidad en su contra pese a tratarse de una sociedad de economía mixta y que tampoco se le remitió copia de la demanda antes de su interposición, incumpliendo el requisito contenido en el artículo 6° del Decreto 806 de 2020.

El juez *a quo* determinó que estas excepciones no estaban llamadas a prosperar, dado que CENIT S.A.S. fue vinculada al proceso como litisconsorcio necesario por pasiva en el auto admisorio y ante ello, no existía el deber de adelantar la reclamación administrativa ni la remisión previa de la demanda; lo que refuerza advirtiendo que las pretensiones no se dirigen

contra CENIT S.A.S. sino contra ECOPETROL. Conclusión que rechaza el apelante, quien resalta que la demanda en su acápite inicial y final se dirige en su contra, por lo que no es posible ignorar la aplicabilidad de las normas sobre requisito de procedibilidad y formalidades para admitir la demanda.

Pasará la Sala a resolver sobre la reclamación administrativa; en principio, debemos decir, que previo a la presentación de la demanda, para acudir ante la justicia laboral y llamar a juicio a las entidades públicas, cualquiera que sea su naturaleza, es un requisito de procedibilidad presentar de forma previa ante éstas la reclamación o agotamiento administrativo, conforme lo establece el artículo 6° del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, la cual tiene como objeto esencial otorgarle a la Administración la oportunidad de pronunciarse sobre la petición del asociado y como una garantía para éste de obtener una respuesta por parte de ésta sin que tenga que acudir a una instancia judicial.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la Sentencia de 13 de octubre de 1999, Radicación No. 12221, dispuso que:

*“... el anterior procedimiento gubernativo tiene por finalidad que las entidades de derecho público y social con antelación a cualquier controversia ante los juzgados laborales, tengan la oportunidad de establecer, previo el estudio fáctico y jurídico que sea del caso, **la procedencia o no del derecho que se pretende por el peticionario, y que de ajustarse a la ley la respectiva reclamación, la misma sea reconocida directamente por el ente obligado**, logrando así, sin la intervención del Juez Laboral, la solución de un conflicto en cierne.”*

“(...) a través del instituto de la vía gubernativa se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios jueces del trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquellas y puedan así corregir por sí mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial”.

Posteriormente, la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL1867 del 29 de mayo de 2018, Rad. 57.177 y M.P. CECILIA MARGARITA DURAN UJUETA, reiterando lo asentado en Sentencia SL8603 de 2015, ha señalado que la reclamación administrativa constituye un factor de competencia del juez del trabajo cuando la demandada sea la Nación, las entidades territoriales o cualquiera otra entidad de la administración pública, resaltando que:

“...la demanda contra una entidad oficial, para su habilitación procesal y prosperidad, ha de guardar coherencia con el escrito de agotamiento de la vía gubernativa, de suerte que las pretensiones del libelo y su causa no resulten diferentes a las planteadas en forma directa a la empleadora, porque de lo contrario se afectaría el legítimo derecho de contradicción y defensa e, incluso, se violaría el principio de lealtad procesal.

Significa lo anterior que mientras no se haya agotado dicho trámite, el juez del trabajo no adquiere competencia para conocer del asunto. La importancia de realizar la reclamación administrativa con anterioridad a iniciar la acción contenciosa radica en la posibilidad que la Ley le otorga a la administración pública de revisar sus propias actuaciones antes de que estas sean sometidas al conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, de modo que la falta de esta reclamación con anterioridad a la instauración de la demanda es insubsanable”

Conforme se observa, la Ley procesal Laboral consagró la reclamación administrativa como un factor de competencia determinante para los jueces laborales, en la medida en que éstos sólo podían asumir el conocimiento de los procesos una vez que se agotara la reclamación administrativa, la cual se sujetaba a las normas del régimen administrativo.

De acuerdo a lo anterior, es una obligación del juez de conocimiento verificar en el momento de la admisión de la demanda cuando se trate de entidades públicas, que se cumpla con el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 6° del C.P.T. y de la S.S, esto es, verificar si se presentó la reclamación administrativa sobre los derechos pretendidos en la demanda. Y en esta circunstancia pueden sobrevenir dos posibilidades: La primera de ellas que el juez de conocimiento advierta que no se cumplió con el referido requisito de procedibilidad, caso en el cual debe rechazar de plano la demanda por falta de competencia; y, la segunda, se estructuraría cuando el juez omita este deber procesal de vigilar el cumplimiento de esta etapa prejudicial y admita la demanda existiendo esta falencia, le corresponde a la parte demandada, proponer oportunamente la excepción previa de falta de competencia por la falta de agotamiento de la vía gubernativa o falta de agotamiento de la reclamación administrativa, conforme los artículos 32 del CPTSS y 97 del CPC.

Y si la parte demandada, no ejerce debidamente el derecho de defensa y no propone las excepciones correspondientes para poner en conocimiento del juez la omisión del requisito de procedibilidad de agotamiento de la vía gubernativa consagrado en el artículo 6° citado, éste vicio procesal se sana, debido a que los artículos 135 del C.G.P. y 143 del C.P.C., disponen que no pueden alegar la nulidad quien omitió alegarla como excepción, y los artículos 136 del C.G.P. y 144 del C.P.C., establecen que las causales de nulidad se sanan cuando la parte que podía alegarla actuó sin proponerla.

Entonces, para el presente casos se alega por parte de CENIT S.A.S. que en su contra debía agotarse reclamación administrativa porque la demanda siempre estuvo dirigida en su contra y al tratarse de una sociedad de economía mixta, esto constituye un requisito de procedibilidad que habilita la competencia del juez para pronunciarse sobre las pretensiones; argumentos desestimados por el juez *a quo* al entender que la demanda se dirigió contra ECOPETROL y la intervención de CENIT S.A. fue como vinculado.

Atendiendo al desarrollo jurisprudencial que se expuso, sobre la reclamación administrativa, su exigencia como requisito de procedibilidad no es una mera formalidad, sino que tiene la finalidad de entregar a la administración pública la oportunidad previa de conocer las pretensiones en su contra y evaluar la posibilidad de reconocerlas, evitando que la controversia alcance los estrados judiciales.

no obstante lo anterior, estima la Sala que le asiste razón al juez *a quo* cuando advirtió, que la exigencia de esta reclamación no puede entenderse como absoluta respecto de todas las partes vinculadas al proceso, sino que depende de la posición que cumplen en el mismo, y esta viene determinada por las pretensiones elevadas en su contra.

En ese sentido, se advierte inicialmente que lo invocado por el actor es una acción especial de fuero sindical para solicitar reintegro y por ello, la naturaleza de esta pretensión solo puede ser exigida ante el empleador que se afirma desconoció la garantía constitucional sin acudir al juez laboral para solicitar autorización. Situación que se refleja en la demanda interpuesta, cuyas pretensiones se dirigen exclusivamente contra ECOPETROL S.A., por estimar que como empleador desconoció el fuero

sindical y por ende, debe reintegrarlo en las mismas condiciones laborales en que se encontraba para el 29 de enero de 2021.

Respecto de la intervención de CENIT S.A.S., se advierte, que desde el encabezado de la demanda se identifica como demandado a ECOPETROL y de manera separada se solicita la convocatoria por tener interés en las resultados de la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, CENIT LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS S.A.S. y al Sindicato SINTRAPETGAS; situación que se refleja en el auto admisorio de la demanda, donde se identifica a la sociedad apelante como vinculado al proceso.

Cabe recordar, que el Código General del Proceso identifica la intervención de terceros en los procesos judiciales bajo diferentes figuras: litisconsorcio necesario, facultativo o cuasinecesario, intervención excluyente, llamamiento en garantía, etc. Aunque en la demanda y el auto admisorio no se llega a identificar cuál de estas se invocó, esta falta de técnica procesal no implica necesariamente que deba identificarse a CENIT S.A.S. como demandada, pues el juez como director del proceso es quien debe determinar las medidas procesales para que sea adelantado adecuadamente.

Sobre esto se pronunció la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL6621 del 2017, señalando que *“La Corte ha sostenido que los jueces del trabajo tienen el deber de interpretar la demanda para desentrañar la real aspiración del demandante”*. Así mismo, en sentencia SL5868-2014 recalcó:

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

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

Con tales fines, el legislador se ha valido de varios institutos procesales tendientes a delimitar el marco de la discusión y a desarrollar un proceso plenamente congruente y dotado de sentido.”

Siguiendo esta línea jurisprudencial, dadas las características del proceso especial de fuero sindical para reintegro se advierte que el papel de demandado lo ocupa el empleador de quien se predica vulneración de la garantía de aforado y, atendiendo a las particularidades de este asunto donde se indica que ECOPETROL sustituyó el contrato laboral del actor a CENIT S.A.S., resulta evidente que este tiene un interés legítimo en las resultados del proceso que hacen imprescindible su presencia en el mismo, para que el conflicto sobre el acto jurídico sea resuelto de manera uniforme; es decir, se identifica como un litisconsorte necesario por pasiva.

Ante ello, dado que el interés del actor es reclamar sobre la decisión de ECOPETROL de prescindir de sus servicios sin haber agotado el levantamiento de fuero sindical, resulta lógico concluir, que solo existía obligación de elevar reclamación administrativa en su contra; pues es esta la entidad que tendría el deber reclamado como incumplido y le asiste razón al actor, al reclamar la presencia de CENIT S.A.S. en el proceso, pero sin que ello implique el deber de agotar en su contra la reclamación administrativa, dado que su naturaleza implica la posibilidad de reconocer el derecho reclamado y como esta no era la empleadora que debía levantar el fuero sindical discutido, mal haría en exigirse un requisito inocuo.

Respecto de la excepción previa de inepta demanda, esta Sala recuerda que la ineptitud de la demanda es la representación de la ausencia del presupuesto procesal de formalidad mínima que debe tener una acción judicial para que el curso del proceso no conlleve a una sentencia inhibitoria y por ello, en caso de declararse probada se ordena devolver la demanda para que se subsane la irregularidad, de manera que el proceso pueda seguir su curso; en ese sentido, el requisito que se reclama incumplido es el adicionado por el Decreto Legislativo 806 de 2020 en el inciso cuarto del artículo sexto que reza:

*“En cualquier jurisdicción, incluido el proceso arbitral y las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado, el demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario o el funcionario que haga sus veces velará por el cumplimiento de este deber, **sin cuya acreditación la autoridad judicial inadmitirá la demanda.**”*

Se advierte que la intención de esta norma, es incorporar las ventajas de las tecnologías de la información y las comunicaciones para agilizar los procesos judiciales, por lo que se impuso a los demandantes remitir previamente copia de la demanda a los demandados y así posteriormente agilizar el trámite, al remitirles el auto admisorio.

Aunque efectivamente el juez no se percató de la ausencia de la remisión previa de la demanda a CENIT S.A.S., que pese a la calidad que se alegara debió haberse cumplido, para que fuera inadmitida; esta irregularidad quedó saneada cuando se notificó del auto admisorio a la entidad y se puso en su conocimiento la demanda y sus anexos. De manera que no puede retrotraerse la actuación para que se subsane una irregularidad que ya quedó saneada.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró no probadas las excepciones previas de falta de competencia por ausencia de reclamación administrativa e inepta demanda propuestas por CENIT LOGÍSTICA Y TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS S.A.S. Finalmente, se condenará en costas de segunda instancia al apelante por no prosperar su recurso, fijando como agencias en derecho la suma de \$250.000 a favor del actor.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto dictado en audiencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña que resolvió las excepciones previas, de acuerdo a lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

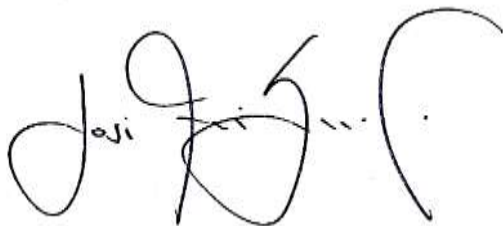
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia al apelante por no prosperar su recurso, fijando como agencias en derecho la suma de \$250.000 a favor del actor.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, 29 de septiembre de (2021)

RAD: 54-001-31-05-001-2021-00125-01

P.T. No. 19475

REF: PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL ACCIÓN REINTEGRO

DEMANDANTE: SERGIO ENRIQUE RODRIGUEZ PANTALEON

DEMANDADO: PERSONERIA MUNICIPAL DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA

El Despacho se dispone AVOCAR el conocimiento de la presente acción especial de fuero sindical. En su momento oportuno, se decidirá de plano lo pertinente conforme al artículo 117 del C. P. del T. y de la S.S., modificado por el artículo 47 de la Ley 712 de 2001.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-002-2019-00317- 01

REF: ORDINARIO

P.T. No. 19474

DEMANDANTE: ALEIXE RINCÓN CHINCHILLA

DEMANDADO: CRISILIA BADILLO GUTIERREZ y HERMES BADILLO GUTIERREZ

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por la pasiva contra la sentencia del 20 de agosto de la anualidad que avanza, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVER NARANJO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

Cúcuta, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO:	PROCESO ORDINARIO
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2012-00098-01 P.T. 14719 acumulado 14.999
DEMANDANTE:	JORGE ARTURO CHACÓN PÉREZ y OTROS.
DEMANDADO:	EMPRESA COLOMBIA DE PETROLEOS S.A. "ECOPETROL S.A."

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Obedézcase y cúmplase lo ordenado por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sala De Descongestión No. 3, en proveído SL786-2021 de fecha tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021), con ponencia de los Honorables Magistrados doctores JORGE PRADA SÁNCHEZ Y DONALD JOSÉ DIX PONEFFZ mediante la cual resuelve:

“**CASA** la sentencia proferida el 13 de agosto de 2013, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta,... en cuanto en los numerales tercero y cuarto confirmó la orden impartida por el juez de primera instancia, de reliquidar prestaciones sociales, pensión de jubilación y «*demás beneficios*», como consecuencia de la incidencia prestacional que otorgó a los pagos por subsidio de alimentación a José Arístides González Argel, y estímulo al ahorro a Alonso Martínez Rangel y Oswaldo Alberto Pineda Atencia. No casa en lo demás. En sede de instancia, resuelve:

Primero: Revocar parcialmente el numeral segundo de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2012 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, concretamente en los literales c), e) y f) de José Arístides González Argel; a), d) y e) de Alonso Martínez Rangel y b) d) y e) de Oswaldo Alberto Pineda Atencia, para en su lugar **ABSOLVER** a la **EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS S.A.-ECOPETROL S.A.** de la reliquidación de prestaciones sociales, pensión de jubilación y «*demás beneficios*» derivada del carácter salarial concedido a los pagos por estímulo al ahorro y subsidio de alimentación-.

Segundo: Se confirma en lo demás.

...”

Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen dejándose la constancia de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NIDIAM BELEN QUINTERO GELVEZ
MAGISTRADA



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO



ELVER NARANJO

MAGISTRADO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-003-2019 00327--01

P.T. No. 19470

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: CLAUDIA FABIOLA HIGUERA PETIT

DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por las pasivas contra la sentencia del 25 de agosto de la anualidad que avanza, proferida por el juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia y en consulta a favor de Colpensiones.

Ejecutoriado el auto que admite las apelaciones se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2019-00336-00
RADICADO INTERNO:	19.404
DEMANDANTE:	LETTY LUZ MORALES GUERRERO
DEMANDADO:	COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LETTY LUZ MORALES GUERRERO contra COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2019-00336-00, y Radicación interna N° 19.404 de este Tribunal Superior, a conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y del grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia del 08 de julio 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

La señora LETTY LUZ MORALES GUERRERO interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. para que se declare la ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual efectuado el 16 de marzo de 1998, 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 01 de mayo de 1962 y el 16 de marzo de 1998 se suscribió a COLFONDOS S.A., estando previamente afiliada al ISS hoy Colpensiones, como parte del régimen de prima media con prestación definida; que al momento de instaurar la demanda contaba con 57 años y 1.083 semanas de cotización; que en febrero del año 1998 fue abordada por MARIA FERNANDA MONCANUT PIZARRO, identificada con CC 31.297.234, asesora comercial de COLFONDOS S.A, quien la persuadió con información errada y sin asesoría profesional para que realizara el traslado del régimen pensional, manifestándole que tenía derecho a un bono pensional sin explicarle lo que era, que se podría pensionar a cualquier edad pero no le señaló montos y condiciones, que con el traslado de régimen al fallecer la pensión quedaría a sus herederos y que los dineros no disfrutados de la pensión harían parte de la herencia, pero no le informó las modalidades de pensión, así mismo, le infundió miedo al decirle que el Instituto de Seguros Sociales acabaría y los aportes a pensión se iban a perder, tampoco le informo como se calculaba la pensión y conociendo el

ingreso base de cotización le asevero que era conveniente el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que COLFONDOS S.A. no le informo sobre la restricción para el traslado de régimen al faltar 10 años o menos para cumplir la edad de pensión y que el 09 de abril de 2019 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional y le fue negado.

La demandada COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que se atenía a lo probado pues la accionante de manera voluntaria se afilió al RAIS y está incurso en lo establecido por el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el literal E modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años para pensionarse; aceptó los hechos objetivos como fechas de nacimiento y de traslados, pero estimó que los demás debían probarse.

Por su parte la A.F.P. COLFONDOS S.A. manifestó que el formulario de afiliación se ajusta a la ley; que a la demandante se le brindó una asesoría completa, con información clara, lo que la llevó de manera libre y voluntaria, sin coacción a trasladarse de fondo pensional el 16 de marzo de 1998; que la accionante no hizo uso del deber de auto información; que no puede solicitar la ineficacia de un acto jurídico que realizó con pleno conocimiento; que es poco creíble que después de 23 años de pertenecer al RAIS manifieste que fue engañada y viciado su consentimiento y por este motivo realizó su traslado de régimen pensional; que la solicitud de ineficacia y traslado de régimen pensional de la señora LETY LUZ MORALES no la asiste una indebida asesoría sino la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión al trasladarse de régimen pensional. Asimismo, manifestó no oponerse a la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado del RPM al RAIS, ni al traslado de aportes y rendimientos existentes en la cuenta de ahorro de la afiliada a COLPENSIONES, pero propuso como excepciones de fondo Cumplimiento de las Obligaciones Propias del Objeto y de la Naturaleza Jurídica de COLFONDOS S.A., Buena Fe, Inexistencia de la Obligación de Devolver el Seguro Previsional Cuando se Declara la Nulidad y/o Ineficacia de la Afiliación por Falta de Causa y Porque Afecta Derechos de Terceros de Buena Fe y la Innominada o 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 demandada contra la Sentencia del 08 de julio 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 de la señora LETY LUZ MORALES GUERRERO a COLFONDOS 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 Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS 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 de la demandante LETTY LUZ MORALES GUERRERO, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por a la Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho eventualmente la demandante.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

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

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el problema jurídico a resolver es si la señora LETTY LUZ MORALES GUERRERO tiene derecho a que se declare la nulidad del traslado que realizó el 16 de marzo de 1998 desde el RPM al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., debido a que se realizó con fundamento en información errada, engañosa e incompleta sobre las condiciones de los regímenes pensionales, como consecuencia de lo anterior, definir si hay lugar a ordenar el traslado a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás emolumentos que existan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como aquellas sumas descontadas por concepto de seguro previsional, fondo de garantía mínima que se dan en este régimen.

- Señala que en este caso está demostrada la afiliación al Régimen de Prima Media y el traslado de régimen el 16 de marzo de 1998, en la época para la cual prestaba sus servicios para el empleador Cruz Blanca S.A., conforme a documento de solicitud de afiliación que se encuentra en el proceso, constancia del SIAFP aportada por COLFONDOS S.A y confesión que realizó COLPENSIONES.

- Explica que el traslado de régimen pensional de la demandante se dio en el año 1998, que este ocurrió en la primera etapa de seguridad social como ha sido denominado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, etapa según lo dicho en la sentencia SL2970 de 2020, en la que se presentaron los criterios jurisprudenciales que se han asentado respecto a la nulidad o ineficacia del traslado indicando que el derecho a la elección libre y voluntaria del régimen pensional en el sistema de seguridad social incluyendo la decisión de trasladarse entre estos debe ser fruto del ejercicio de la libertad informada lo cual significa, que esta decisión debe estar precedida de información clara comprensible y suficiente, colocada a disposición del interesado sobre las consecuencias favorables y desfavorables que acarrea la misma, manifestación que no se considera demostrada con la simple suscripción del formulario.

- Precisa que en este caso la AFP COLFONDOS S.A. únicamente se limitó a allegar con la contestación, el formulario de afiliación de la demandante, pero no incorporó prueba alguna de la cual se pudiera extraer con certeza que se brindó la información clara, suficiente y oportuna, sobre las consecuencias negativas y positivas de su traslado, así como aquella información relativa al funcionamiento de ambos regímenes pensionales para

que esta escogiera aquel que más se adecuara a sus intereses, incumpliendo con lo establecido en el artículo 97 del estatuto tributario.

- Agrega que al no cumplir con la responsabilidad probatoria del artículo 167 del C. G. del P. la sanción que se impone a COLFONDOS S.A., es la declaratoria de la ineficacia del traslado de la demandada y que para todos los efectos legales siempre se mantuvo afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por Colpensiones y que sobre tal derecho no opera la excepción de prescripción por tratarse de un estado jurídico según lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1688 de 2019.

- En lo referente a las consecuencias de la ineficacia del traslado frente a los aportes que realizó la demandante en el RAIS, la misma implica la devolución de gastos de administración y descuentos por fondo de garantías mínimas, conforme explica la Corte en SL2877 de 2020; la devolución de todos los recursos debe ser plena y con efectos retroactivos; 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, asimismo, precisó que también deben restituirse los descuentos por seguros previsionales para que no se vean afectados el monto de sus aportes.

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 ha demostrado tener capacidad para celebrar actos jurídicos como lo es la afiliación de un régimen u otro de pensiones, no se observan vicios del consentimiento y respecto a la falta de información la actora como parte del acto jurídico de la afiliación adquirió unas obligaciones de buena diligencia y cuidado que no tuvo desde 1998 hasta la fecha, y hubiese podido probar que realizó actos tendientes a cambiar o mejorar su situación pensional intentando un traslado por el tiempo permitido en la ley, pero estos no reposan en el expediente.

- Que con el traslado de la demandante se genera una descapitalización del RPM, debido a que se genera un desequilibrio financiero al tener que soportar una carga como lo es el pago de mesadas pensionales que se reconocerían y pagarían a la demandante, que no alcanza a ser cubiertas con el ahorro individual que esta hizo en el RAIS al fondo privado.

3.2 De la parte demandada COLFONDOS S.A.

La apoderada de COLFONDOS S.A. interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que el allanamiento únicamente se trató respecto a la declaratoria de ineficacia y por ende se interpone recurso de apelación en contra de la condena en la devolución del seguro previsional conforme al artículo 66 de Código de Procedimiento Laboral y de conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993; que en los regímenes pensionales el 3% del IBC de los afiliados al Sistema General de Pensiones se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional, el cual se paga mes a mes a una aseguradora y en caso de que ocurra un siniestro por invalidez o

sobrevivencia dicha entidad pague la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia, riesgo que la administradora ha cubierto durante la vigencia de la afiliación, y si hubiere ocurrido un siniestro durante este tiempo la aseguradora quien es un tercero de buena fe debía cubrir.

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 manifestó que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en establecer que la carga de la prueba está en cabeza de los Fondos Privados de Pensiones y que el formulario de afiliación no es válido para demostrar que se cumplió con el deber de información.

Indicó que no se requiere tener un beneficio tradicional para que proceda la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, pues el deber de información aplica para todos.

Finalmente, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones no pudieron probar que hayan suministrado la información al momento del traslado de régimen de pensiones y tampoco antes de que su poderdante cumpliera los 47 años de edad. Señalando que se evidencia dentro del interrogatorio de parte que su poderdante fue engañada por los asesores de estas AFP, quienes utilizaron mentiras para que pudiera trasladarse y mantenerse en su sistema.

•PARTE DEMANDADA:

La apoderada de COLPENSIONES indica que la actora alega engaño y falta de información suficiente para acceder al traslado de régimen, pero legalmente se trata de un acto libre y autónomo de la voluntad, siendo un deber propio conocer de los riesgos de estas decisiones conforme al artículo 1495 C. C. y el artículo 4 del decreto 2241 de 2010; sin que demostrara cumplir con este deber. Que sobre la carga de la prueba, invertirla no implica estar exento de evidenciar las situaciones alegadas y no se probó el engaño inducido que se planteó, más cuando pasaron años afiliada a ese otro régimen y ello implica una falta de diligencia que no puede evadirse. Alega además, que la Superintendencia Financiera ha señalado que cuando ha transcurrido la fecha límite, no es posible aceptar afiliaciones retroactivas, menos cuando ha pasado la edad límite de traslado y que en todo caso existe falta de legitimación en la causa en su contra, al no participar en la asesoría que dio lugar al traslado.

El apoderado de COLFONDOS S.A. resaltó que al momento de la afiliación de la demandante cumplió con los requisitos exigidos por la normatividad, brindando información completa, correcta y veraz sobre los beneficios y desventajas de pertenecer al RAIS, y que no se probó cual fue la indebida asesoría.

Advirtió que su inconformidad radica en la condena referente a devolver las sumas por concepto de seguro previsional, teniendo en cuenta que hacen parte de un contrato distinto al acto de afiliación, donde intervino una aseguradora que no fue vinculada dentro del proceso y se efectúa una condena sobre la cual no puede responder debido a que son dineros para una destinación específica.

Así mismo, alegó que el seguro previsional es una figura autónoma regida por reglas propias y si esta relación sustancial no hizo parte del debate procesal, no es viable que se impongan condenas sobre el asunto, por ser situaciones jurídicas disimiles.

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 LETTY LUZ MORALES GUERRERO 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 LETTY LUZ MORALES GUERRERO, 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 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 la sola suscripción del 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 la actora tenía capacidad para decidir su traslado y no es posible imponer esta consecuencia porque se genera una descapitalización del RPM. Por otra parte, COLFONDOS S.A. advierte no estar de acuerdo con la condena en la devolución del seguro previsional porque este fue pagado a la aseguradora durante la vigencia de la afiliación para que cubriera los siniestros y en caso de que se presentaran pagara la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia, riesgo que se cubrió y que estaba cubierto por el tercero de buena fe.

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 COLFONDOS S.A.; pues argumenta la 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 la actora se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, para 1998, donde cotizaba a través de Cruz Blanca EPS y mediante formulario de vinculación o traslado No. 6774297 suscrito el 16 de marzo de 1998 se afilió a A.F.P. COLFONDOS 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 la demandante, es decir, la señora LETTY LUZ MORALES GUERRERO, 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 a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 16 de marzo de 1998 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 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 LETTY LUZ MORALES GUERRERO 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 de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que 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 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 marzo de 1998, 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 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 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.”

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 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 RPM administrado hoy por Colpensiones.

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 adocinado 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 la AFP demanda, le 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 los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, ya que 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.

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 1998 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 1998 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, al igual que procede contra COLFONDOS S.A. porque pese a manifestar no oponerse a la declaratoria de ineficacia o nulidad del traslado del RPM al RAIS, ni al traslado de aportes y rendimientos existentes en la cuenta de ahorro de la afiliada a COLPENSIONES, se pronunció argumentando en contra de los hechos y pretensiones señaladas por la demandante y se opuso a la devolución del seguro previsional que fue concedido en la sentencia de primera instancia.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por la Jueza Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 08 de julio 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 08 de julio 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 COLFONDOS S.A. 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. 100, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUTO INTERLOCUTORIO

MAGISTRADO PONENTE:
Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

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

PROCESO: EJECUTIVO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-003-2020-00022-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19401
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: ROSALBINA PINTO GOMEZ
DEMANDADOS: MARTINA PITRE COBO
TEMA: RECHAZO DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA POR EXTEMPORANEA
ASUNTO: APELACIÓN

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la ejecutada, contra el auto de fecha cinco (05) de marzo de dos mil veintiuno (2021), dentro del proceso seguido bajo radicado No. 54-001-31-05-003-2020-00022-00 y Partida del Tribunal No. 19401 el cual fue instaurado por la señora ROSALBINA PINTO GÓMEZ contra MARTINA PITRE COBO.

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

AUTO:

Desata la Sala el recurso de alzada propuesto por el apoderado judicial de la parte ejecutada, referente a la decisión de fecha ocho cinco (05) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferida por la señora Juez Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso de la referencia y en el cual dispuso DECLARAR EXTEMPORÁNEAS las excepciones que formuló MARTINA PITRE COBO.

II. ANTECEDENTES:

La doctora GLENYS LEONOR MARIN CARRILLO, actuando en nombre propio, promovió demanda ejecutiva de primera instancia, en contra de la señora MARTINA PITRE COBO, pretendiendo el pago de las siguientes sumas de dinero: \$13.449.716,00 por concepto del saldo de los honorarios pactados. Los intereses de mora sobre el monto antes relacionado a la tasa máxima legalmente autorizada, desde el día 27 de septiembre de 2.019, hasta la fecha. La suma de \$15,378.726,00 por concepto de costas de primera y segunda instancia y gastos procesales y las costas del proceso ejecutivo.

La Juez A quo mediante providencia de fecha **3 de marzo de 2020**, libró mandamiento de pago a favor de la señora GLENYS LEONOR MARIN CARRILLO, y en contra de la señora MARTINA PITRE COBO, salvo la condena en costas.

Al revisar el expediente digital No. 03 PDF, y de conformidad con lo previsto en el Decreto 806 de 2020, la anterior providencia fue enviada al correo martinapitre@hotmail.com, el día 24 de noviembre de 2020 a las 2:27 p.m.

Mediante correo electrónico fechado el día 12 de enero de 2021 y a través de la apoderada judicial, la señora MARTINA PITRE COBO se manifestó al correo del juzgado, jl03cuc@cendoj.ramajudicial.gov.co el miércoles 13 de enero de 2021 a las 10:48 a.m. (ver expediente digital No.15 y 16).

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto fechado el 05 de marzo de 2021, la Juez A quo decidió *“DECLARAR extemporáneas las excepciones que formuló la ejecutada*

MARTINA PITRE COBO...y ORDENAR seguir adelante la ejecución en contra de la señora MARTINA PITRE COBO, conforme al mandamiento de pago librado en su contra de fecha tres (03) de marzo de dos mil veintiuno (2.021) (sic)...". (PDF No.19), providencia fijada en estado el 8 de marzo de 2021.

III. ARGUMENTOS DEL RECURSO:

La apoderada judicial de la parte ejecutada interpuso recurso de apelación, argumentando que la Juez A quo se equivocó al declarar extemporánea la contestación, asegurando que fue el día **06 de diciembre del año 2020** que la señora Martina Pitre se enteró del auto que libro mandamiento de pago dentro del presente asunto, por lo que, consideró que los términos empezarían a correr a partir de esta fecha, que es la que se entera del aludido auto y se efectúa la correspondiente contestación dentro del término legal.

Trae a colación una cita presuntamente jurisprudencial respecto a la notificación electrónica, sin embargo, no se identifica la Corporación que la profiere y en el texto se hace mención a la consecuencia prevista en el art. 72 de la Ley 1437 de 2011 del CPACA.

De la misma forma, manifestó que solicitó ante el Juzgado de primera instancia, la trazabilidad de la notificación electrónica, donde se especifica el mensaje enviado con stampa de tiempo, acuse de recibido, el destinatario abrió la notificación y lectura del mensaje, para determinar que la misma fue debidamente notificado el 6 de diciembre de 2020, por lo que, solicitó tener por contestada la demanda en término.

IV. DECISIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

La Juez A quo mediante auto del 01 de julio de 2021, decidió no reponer el auto del 05 de marzo de 2021, argumentando que, la providencia que libró mandamiento de pago contra la ejecutada PITRE GÓMEZ fue notificada personalmente al correo electrónico **martinapitre@hotmail.com** el día 24 de noviembre de 2020, según se

observa en los documentos que se encuentran en el archivo PDF 03 del expediente digitalizado y según se constató, la parte demandada lo RECIBIÓ el mismo día, según se advierte en la CONFIRMACIÓN DE ENTREGA, *“la cual realiza automáticamente la plataforma de correo de Outlook, permite tener la certeza que el mensaje se entregó al servidor de correo electrónico del destinatario”*.

Que, según lo expuesto, la señora MARTINA PITRE COBO, recibió el 24 de noviembre de 2020 y no el 06 de diciembre de 2020, como es alegado en el recurso.

Que las actuaciones se efectuaron de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del decreto 806 de 2.020 y se ajustan al condicionamiento que impuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-420 de 2020, en la que se explicó que la notificación realizada a través de correo electrónico no se configura con el envío de este, sino a partir de la recepción del mensaje de datos.

Concluye que de conformidad con las pruebas, la comunicación de notificación personal en este asunto fue recibida en el correo electrónico de la demandada PITRE COBO, el día 24 de noviembre de 2.020, por lo que la misma se entiende surtida dentro de los dos días siguientes, esto es, el 25 y 26 de noviembre de 2020, luego entonces, el término para contestar la demanda ejecutiva se extendía desde el 27 de noviembre hasta el 11 de diciembre de 2020, y como quiera que la contestación que presentó la apoderada judicial de la parte demandada, fue recibida el 13 de enero de 2.021, tal como se ve reflejado dentro del expediente digital en los archivos PDF 15 y 16, dicha contestación es extemporánea; por lo que no hay lugar a reponer el auto del 05 de marzo de 2021, que ordenó seguir adelante la ejecución.

V. CONSIDERACIONES:

Competencia.

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

Problema jurídico.

El objeto de la Litis se reduce a establecer si la Juez A quo se equivocó al determinar extemporánea la contestación de la demanda donde se

formularon las excepciones contra el mandamiento de pago, o si por el contrario la aludida notificación fue recibida en fecha posterior al determinado en primera instancia.

Hechos.

De las pruebas aportadas al plenario se destaca que, mediante auto del 03 de marzo de 2020, la Juez A quo ordenó reponer el auto del 18 de febrero de 2020, y dispuso librar mandamiento de pago en contra de la señora MARTINA PITRE COBO y a favor de la Dra. GLENYS LEONOR MARÍN CARRILLO, por la suma de \$13.449.716 por concepto de honorarios, los intereses de mora causados desde el 27 de septiembre de 2019 hasta la fecha y las costas procesales por valor de \$15.378.726 (Archivo PDF 02).

Se aportó constancia donde se remite al correo electrónico martinapitre@hotmail.com el día 24 de noviembre de 2020, según se observa en los documentos que se encuentran en el archivo PDF 03 del expediente digitalizado.

Así mismo, se constata que se recibió por parte del servidor del correo la constancia que el mensaje fue entregado al destinatario, mediante la plataforma OUTLOOK donde se constata “EL MENSAJE SE ENTREGO A LOS SIGUIENTES ASIGNATARIOS”.

La apoderada judicial de la demandada, alega e insiste que el acuse de recibido, la notificación y lectura del mensaje, fue el 6 de diciembre de 2020, por lo que, para la fecha en que se presentaron las excepciones del auto que libró mandamiento de pago, esto es, el 13 de enero de 2021 (fl.15 expediente digital), la señora Martina Pitre Cobo estaba en término legal para la admisión de la contestación.

Normatividad Aplicable.

De los hechos expuestos, se hace importante señalar que, por causa de la declaratoria del estado de emergencia a causa de la pandemia por el virus SARS COVID 19, a través del Decreto 806 de 2020, se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia;

es así, como con posterioridad el máximo órgano constitucional realizó un estudio de la norma en cita, con el objetivo de validar si no era contraria a derecho, y de esta forma, garantizar el debido proceso y acceso a la justicia de todas las partes vinculadas a un juicio.

El art. 8º del mencionado Decreto dice:

“ARTÍCULO 8o. NOTIFICACIONES PERSONALES. Las notificaciones que deban hacerse personalmente también podrán efectuarse con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previa citación o aviso físico o virtual. Los anexos que deban entregarse para un traslado se enviarán por el mismo medio.

El interesado afirmará bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la petición, que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informará la forma como la obtuvo y allegará las evidencias correspondientes, particularmente las comunicaciones remitidas a la persona por notificar.

La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente al de la notificación.

Para los fines de esta norma se podrán implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos.

Cuando exista discrepancia sobre la forma en que se practicó la notificación, la parte que se considere afectada deberá manifestar bajo la gravedad del juramento, al solicitar la declaratoria de nulidad de lo actuado, que no se enteró de la providencia, además de cumplir con lo dispuesto en los artículos [132](#) a [138](#) del Código General del Proceso.” (Subrayas fuera: condicionalmente exequible).

La Sentencia C-420-2020 proferida por la Corte Constitucional, declaró la exequibilidad condicionada del inciso 3º del artículo 8º, y al respecto indicó:

[...] en el entendido de que el término de dos (02) días allí dispuesto empezará a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. A juicio de la Sala, este condicionamiento (i) elimina la interpretación de la medida que desconoce la garantía de publicidad, (ii) armoniza las disposiciones examinadas con la regulación existente en materia de notificaciones personales mediante correo electrónico prevista en los artículos 291 y 612 del CGP y, por último, (iii) orienta la aplicación del remedio de nulidad previsto en el artículo 8º, en tanto provee a los jueces mayores elementos de juicio para valorar su ocurrencia.

Así mismo, el Decreto 806 de 2020, en su artículo 8º, dispuso que las notificaciones personales **“podrán” efectuarse con el envío de la**

providencia a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, junto con la manifestación bajo la gravedad del juramento que la dirección electrónica o sitio suministrado corresponde al utilizado por la persona a notificar, informando la forma como la obtuvo y allegando las evidencias correspondientes.

Entonces, una vez emitida una providencia no es necesario enviar una citación o aviso físico o virtual a la parte o partes, intervinientes y/o afectados a los que se pretenda notificar dicha providencia, pues que el art. 8° del Decreto 806 de 2.020 permite que se envíe directamente la notificación a la dirección de correo electrónico del destinatario de la misma, que debe haber sido suministrada o por la contraparte o desde el comienzo mismo de la actuación, por los propios interesados; de hecho, según lo indicado en la norma, se pueden adjuntar a esa comunicación por correo electrónico, los anexos que deban entregarse para un eventual traslado.

De tal manera que, la Corte Constitucional declara la exequibilidad condicionada del inciso 3° del art. 8° del Decreto 806 de 2.020 (y, con ello, del parágrafo del art. 9° del mismo decreto, que no tiene incidencia en el presente asunto), entendiendo que (i.) no basta con la emisión del mensaje contentivo de la notificación, para que ya pueda entenderse surtida esta última; como que **(ii.) es menester que el destinatario del mensaje lo reciba o, en términos generales, haya estado en posibilidad de hacerlo.** Y para estos últimos efectos, aclara que el término de los 2 (dos) días para que se entienda surtida la notificación y, por tanto, comiencen a correr los términos pertinentes, se contarán (a.) desde el momento en que el iniciador (emisor) reciba acuse de recibido de parte del destinatario, o (b.) cuando se pueda constatar, por otro medio, que el destinatario efectivamente ha tenido acceso al mensaje. (ver sentencia STP6583-2021 Rad. No. 115393 del 8 de junio de 2021 M.P. Conjuez Carlos Mario Molina Arrubla).

En este orden de ideas, fácil concluir que, los dos días conque cuenta el destinatario para informarse del contenido del mensaje en aras de la notificación, tiende de dos presupuestos, uno, cuando el destinatario acusa recibido al emisor, y dos, **que por algún otro mecanismo (como la confirmación automática del recibo de mensajes, con los que cuentan algunos sistemas informáticos), el emisor tenga conocimiento de que el destinatario ha tenido acceso al mismo.**

En armonía con lo explicado, el inciso final del artículo 20 de la Ley 527 de 1999, *«por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones»*, consagra que *«Si el iniciador ha solicitado o acordado con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, y expresamente aquél ha indicado que los efectos del mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto que no se haya recepcionado el acuse de recibo»*.

A su turno, el canon 21 *ejusdem* dispone que *«Cuando el iniciador recepcione acuse recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos»*. Por su parte, el artículo décimo cuarto del Acuerdo PSAA06-3334 de 2006 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que reglamenta *«la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia»*, consagra que *«los mensajes de datos se entienden recibidos de la siguiente manera: a) Cuando el destinatario ha confirmado mediante acuse de recibo la recepción, o éste se ha generado automáticamente»; b) «el destinatario o su representante, realiza cualquier actuación que permita concluir que ha recibido el mensaje de datos»; c) «los actos de comunicación procesal emanados de la autoridad judicial, no han sido devueltos al sistema de información de la autoridad judicial, dentro de los tres (3) días calendario siguiente a su remisión»*.

Caso en concreto.

Descendiendo al caso, se tiene que, la decisión proferida por la Juez A quo al declarar en el auto fechado el 05 de marzo de 2021, “extemporáneas las excepciones formuladas por la ejecutada Martina Pitre Cobo...”, se ajusta a la normatividad vigente y la jurisprudencia aplicable, por las siguientes razones:

La apoderada judicial de la ejecutada alega que la notificación del auto que libra mandamiento de pago fue efectivamente recibida el 06 de

diciembre de 2020, fecha a partir de la cual, la señora Martina Pitre Cobo “se enteró del auto que libro mandamiento de pago dentro del presente asunto”; sin embargo, acepta que el correo electrónico martinapitre@hotmail.com pertenece a la demandada y omite las razones por las cuales, considera que el mensaje fue conocido por la misma el día 06 de diciembre y no el 24 de noviembre del 2020 como se demostró en la certificación vista a folio 3 del expediente digital.

Ahora bien, según lo explicado en renglones anteriores, el punto relevante no es “demostrar” que el correo fue “abierto” o el mensaje fue leído, sino que debía demostrar que el iniciador recepcionó acuse de recibido, como acertadamente lo allegó la Juez A quo en el mencionado folio 3 del expediente digital y ha sido pronunciamiento reiterado por las altas cortes. (CSJ STC690 de 2020, rad. 2019-02319-01).

En conclusión, “...la notificación se entiende surtida cuando es recibido el correo electrónico como instrumento de enteramiento, mas no en fecha posterior cuando el usuario abre su bandeja de entrada y da lectura a la comunicación, pues habilitar este proceder implicaría que la notificación quedaría al arbitrio de su receptor, no obstante que la administración de justicia o la parte contraria, según sea el caso, habrían cumplido con suficiencia la carga a estos impuesta en el surtimiento del del trámite de notificación...”. (sentencia rad.11001-02-03-000-2020-01025-00 03 de junio de 2020 M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

Es decir, en este caso, la respuesta del destinatario la señora Martina Pitre Cobo se dio efectivamente el 24 de noviembre de 2020, cuando fue entregado el mensaje a su correo electrónico, por lo que, se garantizó el principio de publicidad y debido proceso cuando en la bandeja de entrega llegó el mensaje respectivo, y no puede alegar que por omisión de su parte en la apertura del mismo, sea procedente extender los términos para la presentación de las excepciones y/o contestación de la demanda.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que los artículos 291 y 292 del Código General del Proceso, en concordancia con los preceptos 20 y 21 de la Ley 527 de 1999, prevén que «...se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo...», esto es, que la respuesta del destinatario indicando la recepción del mensaje de datos hará presumir que lo recibió.

De otro lado, también se hace importante recalcar, que el recibido del mensaje puede ser desvirtuado por otros medios probatorios que reúnan los presupuestos de conducencia, utilidad y pertinencia, sin embargo, en este caso, la ejecutada recurrente, no demostró que el mensaje no fue enviado a su correo electrónico el día 24 de noviembre de 2020, por el contrario, del mensaje ENTREGADO A LOS DESTINATARIOS martinapitre@hotmail.com, se deduce que, en desarrollo de los principios de buena fe y lealtad procesal con la parte contraria, dicha comunicación reviste importancia preponderante que afirma haber recibido un correo electrónico en esa fecha, independientemente del día en que presuntamente decidió abrirlo o leerlo.

Así las cosas, la Sala encuentra ajustada la decisión tomada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 05 de marzo de 2021, por lo que, se CONFIRMARÁ en todas sus partes, en el sentido de haberse DECLARADO extemporánea la presentación de las excepciones y/o la contestación de la demanda adecuándola al postulado previsto en el numeral 1º del art. 65 del CPT y SS.

Sin condena en costas en esta instancia.

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

VI. R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha cinco (05) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, conforme a lo explicado.

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

TERCERO: Sin condena en costas.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2020-00071-00
RADICADO INTERNO:	19.432
DEMANDANTE:	SILVIA MORENO CASADIEGO
DEMANDADOS:	PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SILVIA MORENO CASADIEGO contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2020-00071-00, y Radicación interna N° 19.432 de este Tribunal Superior, para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y del grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia del 03 de agosto 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

La señora SILVIA MORENO CASADIEGO interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenando el retorno al régimen de prima media con prestación definida con el traslado de todos los aportes pensionales provenientes de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones y sus rendimientos financieros, asimismo, se declare que por cumplir requisitos tiene derecho a que COLPENSIONES le reconozca la pensión de vejez.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que nació el 06 de abril de 1961; que durante el periodo del 28 de julio de 1988 al 06 de febrero de 1989 estuvo afiliada al RPMPD administrado por el ISS; que a partir del 30 de agosto de 1990 registró afiliación a la extinta CAJANAL; que el 23 de julio de 1996 se trasladó al RAIS con afiliación al fondo de pensiones y cesantías COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., ante la oferta que le efectuaron asesores de ese fondo convenciéndola al asegurarle que el monto de su pensión sería mucho más elevado y nunca se le advirtió de la pérdida de beneficios establecidos en el RPMPD, no conoció los riesgos que implicaba el traslado de régimen, por lo que este no fue una manifestación libre y voluntaria de su parte, pues no estuvo acompañada de información precisa sobre alcances positivos y negativos de la decisión y el acto mediante el cual operó el traslado entre regímenes constó de un formulario de vinculación

expedido por la AFP COLPATRIA S.A. y suscrito por la actora; que el 09 de noviembre de 1999 se trasladó a la AFP HORIZONTE S.A., entidad que se fusionó con porvenir S.A.; asimismo, señala que el 12 de septiembre de 2019 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de su pensión de vejez, el cual fue negado el día 16 del mismo mes y año.

La demandada AFP PORVENIR se opone a las pretensiones alegando que no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y que acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial; agregó también, que el formulario de vinculación evidencia la manifestación unilateral, libre, espontánea y sin presiones de la actora y con la suscripción del mismo se dejó constancia de una debida asesoría; advirtió que dicho formulario fue aprobado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, hoy SuperFinanciera, y su contenido lo fijó el Gobierno Nacional, vía decreto. Asimismo, señaló que la demandante dejó pasar todas las oportunidades que las disposiciones legales le ofrecían para retractarse de su elección o hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Por su parte COLPENSIONES manifestó:

- Que se atiene a lo probado. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que no le asiste derecho a la accionante por haberse afiliado de forma voluntaria y sin presión al RAIS y mantenerse en este hasta el presente, por lo cual, esta incursa en lo establecido por el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993; y, el literal ME) Modificado por la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años para pensionarse.

- Señaló que existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado y la única manera de desvirtuar la regla legal es demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento. También, declaró que la asesoría brindada por la AFP debe restringirse a informar al afiliado de todas y cada una de las características del RAIS frente al RPM, además de su solidez financiera, sin que dicha información pueda analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo, pues ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado, quien al gozar de capacidad de ejercicio y celebrar el contrato de afiliación, está en condiciones de entender las incidencias de la escogencia a partir de la información que ha recibido.

- Manifestó que la Corte Constitucional destacó que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales; que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

- Propuso las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación pretendida, buena fe, prescripción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 03 de agosto 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 demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora SILVIA MORENO CASADIEGO a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, la demandante 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 de la demandante SILVIA MORENO CASADIEGO, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho eventualmente la demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

SEXTO: DECLARAR probada de manera oficiosa la excepción de petición antes de tiempo, respecto a la pretensión de reconocimiento a la pensión de vejez.

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

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el problema jurídico a resolver es si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional realizado por la señora SILVIA MORENO CASADIEGO desde el RPMPD al RAIS administrado por COLPATRIA S.A. hoy PROVENIR S.A., y si como consecuencia de ello hay lugar a condenar a esta última entidad a trasladar a COLPENSIONES el ahorro de la cuenta individual, incluyendo los intereses, rendimientos financieros y bono pensional; asimismo, una vez se determine la ineficacia del traslado pretendida, definir si COLPENSIONES debe reconocer a la demandante la pensión de vejez consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y los intereses moratorios del artículo 141 ibídem.

- Estableció como hechos demostrados que la señora SILVIA MORENO CASADIEGO se trasladó del RPMPD al RAIS el 24 de julio de 1996, según

formulario de afiliación a COLPATRIA; que con formulario de afiliación N° 990043952 del 09 de noviembre de 1999, se extrae que la demandante se trasladó dentro del RAIS al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A., el cual se fusionó con la demandada PROVENIR S.A. y que en la historia laboral se constata que la demandante cotizó al RAIS un total de 960 semanas y al RPMPD 306 semanas, para un total de 1266 semanas. Igualmente, precisó que con certificado de información laboral para el bono pensional del Ministerio de Hacienda consta que la demandante cotizó en el RPMPD desde el 28 de julio de 1988 hasta el 31 de diciembre del mismo año y del 01 de enero de 1989 hasta el 06 de febrero de 1989.

- Explicó que para 24 de julio de 1996, momento en que la demandante realizó su traslado del RPMPD al RAIS, las administradoras de fondos de pensiones tenían el deber de información necesaria, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deber que se concreta en lo explicado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1688 de 2019, correspondiéndole a la AFP del RAIS en los casos en que se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado por falta de información, demostrar que actuó de forma diligente y cuidadosa, y correlativamente cumplió con la obligación de suministrar al afiliado la información clara, suficiente y precisa para que tomara libremente la determinación del cambio de régimen, debiendo concretarse la manifestación del derecho a libre elección en el verdadero conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su decisión y no con la simple suscripción de un formulario preexistente, pues esto no es prueba suficiente para acreditar la validez del traslado.

- Preciso que en el caso en concreto la demandante manifestó que no le brindaron la información suficiente al momento de realizar su traslado al RAIS, por lo que PROVENIR S.A. tenía la obligación de demostrar que al momento del traslado entre regímenes, suministro información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de la decisión, debiendo existir una certeza del afiliado sobre la incidencia de esta, sin embargo, la AFP demanda únicamente aporte el formulario de vinculación suscrito por la demandante, pero tal documento no es suficiente para demostrar la validez del traslado, por lo que no cumplió con el deber contemplado en el artículo 167 del C. G del P., lo que trae como consecuencia declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado.

- Declaró no probada la excepción de prescripción, al señalar que tal fenómeno no afecta la ineficacia del traslado debido a que este tiene el carácter de imprescriptible por corresponder a un estado jurídico de conformidad con lo explicado en la sentencia SL1688 de 2019.

- Estableció que como consecuencia de la ineficacia del traslado la AFP PROVENIR S.A. está obligada a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones recibidas de la demandante, así como las sumas percibidas por conceptos de gastos de administración, rendimientos financieros, comisiones, fondo de garantía a la pensión mínima y seguro previsional, con cargo a las propias utilidades de la AFP.

- Asimismo, que por efectos de la ineficacia del traslado le corresponde a COLPENSIONES tener a la demandante como afiliada al RPMPD y recibir e incorporar a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por PROVENIR S.A. para financiar aquellas prestaciones económicas a que tenga derecho la demandante como afiliada a este régimen.

- Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez señaló que según los soportes que reposan en el expediente la demandante no cumple con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para considerarse beneficiaria del régimen de transición, por lo que el derecho pensional reclamado se rige por lo establecido en el artículo 33 ibídem, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 1993, al no cumplir con el requisito de semanas exigido, por lo que se configura la excepción de petición antes de tiempo que se declara probada de forma oficiosa.

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 ha demostrado tener capacidad para celebrar actos jurídicos como lo es la firma de un formulario de afiliación a determinado régimen pensional, no se observan vicios del consentimiento y respecto a la falta de información la actora como parte del acto jurídico de la afiliación adquirió unas obligaciones de buena diligencia y cuidado que no tuvo por aproximadamente 20 años, y hubiese podido probar que realizó actos tendientes a cambiar o mejorar su situación pensional intentando un traslado por el tiempo permitido en la ley, pero estos no reposan en el expediente.

- Que con el traslado de la demandante se genera una descapitalización del RPM, debido a que se genera un desequilibrio financiero al tener que soportar una carga como lo es el pago de mesadas pensionales que se reconocerían y pagarían a la demandante, que no alcanza a ser cubiertas con el ahorro individual que esta hizo en el RAIS al fondo privado.

3.2 De la parte demandada PORVENIR S.A.

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

- Se opone a la condena elevada en su contra, alegando que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual ocurrió para el año 1996 y para esa fecha las normas vigentes eran el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 13 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1161 de 1994 artículo 1° y el artículo 11 del Decreto 692 del 94, las cuáles solo exigían a los fondos dar una asesoría de carácter verbal y consignar en un formulario que debía ser aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, la información que se exige por ese mismo decreto para que se considere válido el traslado; que en el expediente obra el formulario de afiliación manuscrito por la demandante que no ha sido tachado de falso y es prueba suficiente de que se dio la debida asesoría de acuerdo con las normas vigentes para el año 1996, por lo que es imposible cumplir con la carga establecida en la jurisprudencia de la Corte a partir del año 2008.

- Que la demandante permaneció en el RAIS desde 1996 lo que es en sí un acto de relacionamiento, en virtud del cual se debe tener por probada y entendido que la intención de la demandante era la de permanecer en este régimen y estaba conforme con el mismo, asimismo, que no se trasladó en las oportunidades que la ley 100 lo permitía.

- No está de acuerdo con la orden de restituir los gastos de administración, por considerar que dicha determinación resulta en contravía del inciso final del artículo 964 del Código Civil y de acuerdo con la Ley 100 de 1993 se deben reconocer a los fondos de pensiones por los servicios prestados en la obtención de los rendimientos.

4. 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 de conclusión.

• **PARTE DEMANDADA:**

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

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

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

La apoderada de COLPENSIONES indica que la actora alega engaño y falta de información suficiente para acceder al traslado de régimen, pero legalmente se trata de un acto libre y autónomo de la voluntad, siendo un deber propio conocer de los riesgos de estas decisiones conforme al artículo 1495 C. C. y el artículo 4 del decreto 2241 de 2010; sin que demostrara cumplir con este deber. Que sobre la carga de la prueba, invertirla no implica estar exento de evidenciar las situaciones alegadas y no se probó el engaño

inducido que se planteó, más cuando pasaron años afiliada a ese otro régimen y ello implica una falta de diligencia que no puede evadirse. Alega además, que la Superintendencia Financiera ha señalado que cuando ha transcurrido la fecha límite, no es posible aceptar afiliaciones retroactivas, menos cuando ha pasado la edad límite de traslado y que en todo caso existe falta de legitimación en la causa en su contra, al no participar en la asesoría que dio lugar al traslado.

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 SILVIA MORENO CASADIEGO del Régimen De Prima Media a la Administradora del Régimen de Ahorro Individual COLPATRIA S.A. hoy 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 de la señora SILVIA MORENO CASADIEGO, 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 COLPATRIA S.A. hoy 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 la sola suscripción del 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 la actora tenía capacidad para decidir su traslado y no es posible imponer esta consecuencia porque se genera una descapitalización del RPM, y PORVENIR S.A. alegando que ocurrió para el año 1996, momento en que se dio cumplimiento a las normas vigentes, que la intención de la demandante era la de permanecer en este régimen y no está de acuerdo con la orden de restituir los gastos de administración porque se deben reconocer a los fondos de pensiones los servicios prestados en la obtención de los rendimientos.

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 S.A.; pues argumenta la 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 la actora se encontraba afiliada a CAJANAL, para 1996, donde cotizaba a través del Instituto Nacional de Medicina Leal y Ciencias Forenses; que mediante formulario solicitud de afiliación y traslado de fecha 24 de julio de 1996 se afilió a COLPATRIA S.A., trasladándose de esta manera del RPMPD al RAIS y con formulario de afiliación N° 990043952 del 09 de noviembre de 1999, se trasladó dentro del RAIS al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A., el cual se fusionó con la demandada PORVENIR S.A.. En la historia laboral se constata que la demandante cotizó al RAIS un total de 960 semanas y al RPMPD 306 semanas, para un total de 1266 semanas. En el formulario con el cual se realizó el traslado inicial se aprecia junto a la firma de la demandante, la manifestación preinsertada al formulario de la voluntad libre y espontánea de su escogencia.

Lo primero a destacar, es que las administradoras de fondos de pensiones COLPATRIA S.A. y HORIZONTE S.A. conforman hoy la AFP PORVENIR S.A.¹; 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.

Sobre lo acontecido al momento del traslado por el cual se solicita la nulidad solo se aportó el formulario de solicitud de afiliación y no obran otras pruebas al respecto, siendo necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora SILVIA MORENO CASADIEGO, 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 COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es,

¹ Ver reportes en prensa:

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961>;

<https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/>

que para el año 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 COLPATRIA S.A. (hoy 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 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 SILVIA MORENO CASADIEGO 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 de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que 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.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sane la irregularidad que avala la pretensión.

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 COLPATRIA S.A. hoy 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 año 1996, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la

declaración incluyen que esta realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado 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.***”

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 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 RPM administrado hoy por Colpensiones.

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 la AFP demanda, le 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 el apoderado de PORVENIR S.A. referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, ya que 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.

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 1994 en esa entidad.

Respecto, a 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, al igual que procede contra PORVENIR S.A.

Finalmente, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 66-A del CPTSS, esta Sala no se pronunciará respecto a la pretensión de reconocimiento a la pensión de vejez por no ser materia objeto del recurso de apelación.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por la Jueza Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 03 de agosto de 2021. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas 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 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 03 de agosto 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. y 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

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. 100, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.

[Firma]

Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-003-2020-00132-00
RADICADO INTERNO:	19.413
DEMANDANTE:	MARIA YAMILE WALDO CACERES
DEMANDADOS:	PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARIA YAMILE WALDO CACERES contra PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-003-2020-00132-00, y Radicación interna N° 19.413 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 12 de julio 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

La señora MARIA YAMILE WALDO CACERES interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenando el retorno al régimen de prima media con prestación definida 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 septiembre de 1959; que empezó a cotizar en el ISS el 01 de diciembre de 1979; que fue convencida por un asesor del fondo privado de trasladarse al RAIS como lo prueba el formulario 0216661 y más adelante realizó otro traslado con formulario 125335; que el 17 de enero de 2020 mediante derecho de petición solicitó a PROTECCIÓN S.A. proyección de su pensión de vejez e historia laboral y al recibir la respuesta se enteró que no se encuentran actualizadas sus semanas cotizadas y que el valor de su mesada no corresponde a la expectativa planteada inicialmente cuando se afilió al fondo

privado; que en la misma fecha presentó ante la AFP solicitud de anulación del formulario de afiliación y el 20 de enero del mismo año presentó ante COLPENSIONES reclamación administrativa solicitando el traslado, pero estas solicitudes no fueron resueltas.

La demandada A.F.P. PROTECCIÓN S.A. manifestó que se opone a la nulidad del acto de traslado al RAIS porque esa entidad, previo a realizar cualquier tipo de afiliación, ofrece siempre una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia, que busca la satisfacción de los clientes, generando tranquilidad y confianza en la afiliación; que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige, solo el formulario de afiliación como única prueba solemne, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 en concordancia con el artículo 3 de esta norma; aunado a que el término para ejercer la nulidad se encuentra prescrito en los términos del artículo 2536 del Código Civil modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, norma aplicable por analogía al procedimiento laboral, porque la acción ordinaria de nulidad invocada prescribe en el término de 10 años. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada.

Por su parte COLPENSIONES aceptó los hechos objetivos como fechas de nacimiento y de traslados, pero estimó que los demás debían probarse. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que se evidencia la manifestación libre y voluntaria de la demandante de permanecer al RAIS y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad; que no existe fundamento que permita la declaratoria de ineficacia y/o nulidad del acto que dio origen al traslado de régimen pensional; que el traslado de los aportes realizados en la AFP a esa entidad la perjudica por generar una desfinanciación al sistema pensional que administra, trasgrediendo lo ordenado por la ley 100 de 1993 en su art. 13 y que por ser ajena al conflicto surgido por los actos jurídicos celebrados entre la parte demandante y las administradoras de fondos de pensiones del RAIS, no es procedente condenar en costas a esta entidad. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del 12 de julio 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 de la señora MARIA YAMILE WALDO CACERES a PROTECCIÓN S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que, para todos los efectos legales, la demandante 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 Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN 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 de la demandante MARIA YAMILE WALDO CACERES, reciba e incorpore a su historia laboral los aportes que le sean remitidos por a la Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., para financiar las prestaciones económicas a las que tenga derecho eventualmente la demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas.

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

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el problema jurídico a resolver es si el traslado que realizó la señora MARIA YAMILE WALDO CACERES a la AFP PROTECCIÓN S.A. que administra el RAIS proveniente del RPMPD, es ineficaz debido a que no se le dio información completa respecto a las consecuencias de su traslado, e igualmente definir si como consecuencia de la ineficacia del traslado se debe ordenar a la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. que traslade a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás emolumentos que existan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y por ende que se declare su afiliación a esa entidad sin solución de continuidad.

- Señala que según los documentos incorporados con la demanda y en contestación que presentó PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, en este caso se encuentra acreditado que la demandante se afilío al ISS el 14 de noviembre de 1984 y cotizó hasta el 30 de junio de 1991, igualmente que con solicitud de vinculación N° 0216661 la actora se trasladó desde CAJANAL que en su momento administraba también el RPMPD al RAIS con PROTECCIÓN S.A.; que en solicitud a DAVIVIR S.A. con N° 125335 del 24 de abril de 1995 consta que la demandante se trasladó dentro del RAIS proveniente de PROTECCION S.A., es decir se dio un traslado dentro del mismo régimen; y que en el RAIS la demandante ha cotizado un total de 652.29 semanas, encontrándose afiliada actualmente a PROTECCIÓN S.A.

- Explica que para el momento en que la demandante realizó su traslado a PROTECCION S.A., año 1994, esa entidad tenía el deber de información necesaria según fue explicado por la sentencia SL2970 de 2020 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en la que se presentaron los

criterios jurisprudenciales que se han asentado respecto a la nulidad o ineficacia del traslado, indicando que el derecho a la elección libre y voluntaria del régimen pensional en el sistema de seguridad social, incluyendo la decisión de trasladarse entre estos debe ser fruto del ejercicio de la libertad informada, lo cual significa, que esta decisión debe estar presidida de información clara, comprensible y suficiente, colocada a disposición del interesado sobre las consecuencias favorables y desfavorables que acarrea la misma, manifestación que no se considera demostrada con la simple suscripción del formulario.

- Manifiesta que en la sentencia SL4964 del 2018 se establece que cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones no cumplan con la carga de la prueba de demostrar que dieron información clara y suficiente a los afiliados sobre las consecuencias positivas y negativas del traslado, la ley las sanciona con severidad debido a que existe un incumplimiento íntegro de los deberes de información que las atañen, por lo que se entiende que este traslado es ineficaz y se tiene por tales efectos como si el afiliado nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció al RPMPD.

- Precisa que en este caso no se observó por parte de AFP PROTECCIÓN S.A. que se hubiere cumplido con la obligación que tenía en virtud de lo establecido en el artículo 97 del estatuto tributario, de suministrarle a la demandante la información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, es decir, que en este caso no existe ninguna prueba en los términos del artículo 167 del C. G. del P. que acredite que la demandante al momento de trasladarse de régimen pensional conocía la incidencia que tendría este sobre sus derechos prestacionales y esta era la prueba que se requería para determinar que existió verdaderamente un consentimiento informado, libre y voluntario, lo que conlleva la ineficacia en la forma solicitada.

- Respecto a la posición planteada por COLPENSIONES frente a los actos de relacionamiento, señala que esta teoría fue planteada por la Sala de Casación Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2752 del 15 de septiembre de 2020, de acuerdo con esta tesis se convalida el traslado de régimen pensional si un afiliado realizó traslados horizontales dentro del mismo RAIS, ya que se debe entender que son actos de relacionamiento que implica que tienen un conocimiento del funcionamiento del régimen pensional y que es su voluntad pertenecer al mismo, aunque la información recibida al momento del traslado inicial haya sido parcial y asimétrica. Pero el hecho probado de que la demandante se haya trasladó dentro del RAIS no valida el traslado original al RAIS, debido a que existen razones de suficiencia para apartarse de la postura que planteada en la Sala de Descongestión, en primer lugar el inciso 2° del párrafo 2° del artículo 2° de la Ley 1781 de 2016 y al tener en cuenta la línea jurisprudencial que ha planteado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, el traslado horizontal dentro del RAIS no convalida la ineficacia, por lo tanto, se declara ineficaz el traslado con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

- Declaró no probada la excepción de prescripción, al señalar que tal fenómeno no afecta la ineficacia del traslado debido a que este tiene el carácter de imprescriptible por corresponder a un estado jurídico de conformidad con lo explicado en la sentencia SL1688 de 2019.

- En cuanto a las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A., señalo que la Corte ha precisado que la ineficacia del traslado por el incumplimiento del deber de información necesaria, conlleva a que el fondo respectivo debe devolver todos los valores que hubiera recibido con los intereses y los rendimientos causados.

- Preciso respecto a la devolución de los gastos de administración y descuentos con el fondo de garantía mínima, lo que también se entiende que es el descuento por seguro previsional, que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en la sentencia SL2877 de 2020 señaló que la devolución de todos los recursos debe ser plena y con efectos retroactivos porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez en el RPMPD.

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 ha demostrado tener capacidad para realizar actos jurídicos como lo es la afiliación de un régimen u otro de pensiones, no se observan vicios del consentimiento y respecto a la falta de información la actora como parte del acto jurídico de la afiliación adquirió unas obligaciones de buena diligencia y cuidado que no tuvo por aproximadamente 20 años, y hubiese podido probar que realizó actos tendientes a cambiar o mejorar su situación pensional intentando un traslado por el tiempo permitido en la ley, pero estos no reposan en el expediente.

- Que con el traslado de la demandante se genera una descapitalización del RPM, debido a que se genera un desequilibrio financiero al tener que soportar una carga como lo es el pago de mesadas pensionales que se reconocerían y pagarían a la demandante, que no alcanza a ser cubiertas con el ahorro individual que esta hizo en el RAIS al fondo privado.

3.2 De la parte demandada PROTECCIÓN S.A.

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

- Considera que no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración por tratarse de prestaciones acaecidas, por lo que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a las buenas gestiones de la AFP, la cual a su vez cobro una comisión por dichos dineros, por lo que son conceptos excluyentes porque desconocería el trabajo que ha desplegado la administradora, el derecho a las restituciones mutuas con frutos y la relación contractual presidida de la buena fe.

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 de conclusión.

• **PARTE DEMANDADA:**

La apoderada de COLPENSIONES indica que la actora alega engaño y falta de información suficiente para acceder al traslado de régimen, pero legalmente se trata de un acto libre y autónomo de la voluntad, siendo un deber propio conocer de los riesgos de estas decisiones conforme al artículo 1495 C. C. y el artículo 4 del decreto 2241 de 2010; sin que demostrara cumplir con este deber. Que sobre la carga de la prueba, invertirla no implica estar exento de evidenciar las situaciones alegadas y no se probó el engaño inducido que se planteó, más cuando pasaron años afiliada a ese otro régimen y ello implica una falta de diligencia que no puede evadirse. Alega además, que la Superintendencia Financiera ha señalado que cuando ha transcurrido la fecha límite, no es posible aceptar afiliaciones retroactivas, menos cuando ha pasado la edad límite de traslado y que en todo caso existe falta de legitimación en la causa en su contra, al no participar en la asesoría que dio lugar al traslado.

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 MARIA YAMILE WALDO CACERES 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 MARIA YAMILE WALDO CACERES, 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 la sola suscripción del 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 la actora tenía capacidad para decidir su traslado y no es posible imponer esta consecuencia porque se genera una descapitalización del RPM. Por otra parte, PROTECCIÓN S.A. advierte no es procedente devolver conjuntamente los rendimientos y la comisión de administración por tratarse de prestaciones acaecidas y desconocería la relación contractual presidida de la buena fe.

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. PROTECCIÓN S.A.; pues argumenta la 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 la actora se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, desde 1980 hasta 1994, donde cotizó a través de varios

empleadores un total de 213,43 y mediante solicitud de vinculación N° 0216661 la actora se trasladó desde CAJANAL que en su momento administraba también el RPMPD al RAIS con POROTECIÓN 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. Posteriormente, con solicitud a DAVIVIR S.A. N° 125335 del 24 de abril de 1995, la demandante se trasladó dentro del RAIS proveniente de PROTECCION S.A., encontrándose afiliada actualmente a PROTECCIÓN S.A.

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. PROTECCIÓN¹; 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.

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 la demandante, es decir, la señora MARIA YAMILE WALDO CACERES, 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 año 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 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

¹ Ver reporte en prensa:

https://www.elcolombiano.com/historico/proteccion_prepara_cambio_de_imagen_tras_la_fusion_con_ing-FDec_223547

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 MARIA YAMILE WALDO CACERES 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 de la afiliada, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que 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.

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

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

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

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 RPM administrado hoy por Colpensiones.

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 la AFP demanda, le 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 el apoderado de PROTECCIÓN S.A. referente a que los descuentos se hicieron con fundamento jurídico, ya que 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.

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 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 1994 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, al igual que procede contra PROTECCIÓN S.A.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por la Jueza Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 12 de julio de 2021. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas 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 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 12 de julio 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 PROTECCIÓN S.A. 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. 100, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-004-2015-00762- 01

REF: ORDINARIO

P.T. No. 19469

DEMANDANTE: JOSÉ MARÍA ORTIZ ORTIZ

DEMANDADO: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S. A.

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por la pasiva contra el auto del 14 de mayo de la anualidad que avanza, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia.

Ejecutoriado el auto que admite la apelación, se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secltsuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVER NARANJO

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2018-00433-02
RADICADO INTERNO:	19.373
DEMANDANTE:	BELÉN YOLANDA LAGUADO
DEMANDADO:	PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

Magistrada Ponente:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala de Decisión Laboral a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra del auto del trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021), mediante el cual el despacho aprobó la liquidación de costas; a continuación se dicta el siguiente:

AUTO

1. Antecedentes

La señora BELÉN YOLANDA LAGUADO interpuso demanda ordinaria laboral contra PORVENIR y COLPENSIONES, para que se declarara la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y se ordenara a PORVENIR S.A a devolver a Colpensiones S.A y ésta a recibir, el total del monto del recaudo por aportes hechos por la parte demandante y su empleador, así como a COLPENSIONES a afiliarse y recibir estos aportes; agotado el trámite procesal, en audiencia del 20 de enero de 2020 se dictó sentencia de primera instancia donde se accedió plenamente a las pretensiones de la parte actora. Decisión que fue confirmada íntegramente en segunda instancia, mediante sentencia del 17 de septiembre de 2020, descartando los recursos de apelación de ambas demandadas y el grado de consulta en favor de Colpensiones.

Devuelto el expediente en enero de 2021, mediante auto del 15 de marzo de 2021 el Juzgado dispuso obedecer y cumplir lo resuelto, ordenando proceder con la liquidación de costas.

2. Decisión que se pretende recurrir

En actuación del 26 de marzo de 2021, la Secretaría dando cumplimiento al numeral quinto de la providencia de primera instancia y el numeral segundo de la de segunda instancia, estimó las costas en \$3.511.212 y \$877.803 respectivamente, para un total de \$4.389.015, lo que fue aprobado en auto del 13 de abril de 2021.

3. Recurso de apelación

El apoderado de la parte ejecutada presenta recurso de reposición y en subsidio de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que no comparte el valor fijado por resultar excesivo y no acomodarse con las directrices establecidas en el Acuerdo PSAA16- 10554 de 5 de agosto de 2016 del CS de la J., dado que si bien se trata de un proceso declarativo de doble instancia que carece de cuantía por el que pueden fijarse de 1 a 10 smlv, esto depende de la naturaleza del asunto, duración y calidad de la gestión, sin que se demuestre una extensiva labor de la parte demandante.
- Que el asunto aquí tratado se encuentra más que decantado jurisprudencialmente pues existe una línea jurisprudencial desde el año 2008 reiterada hasta la fecha, con lineamientos tales como que, se invierte la carga de la prueba, sin que sea necesario que el demandante despliegue mayor actividad probatoria, como efectivamente ocurrió en este caso. Adicional a esto, la duración del proceso no fue extensa, pues se resolvió con prontitud.
- Que sin perjuicio de la postura conciliatoria o no de PORVENIR, la negativa de COLPENSIONES a conciliar obligaba al trámite del proceso, siendo absuelto COLPENSIONES de costas, por lo tanto, resulta injusto que deba PORVENIR S.A asumir tan altas costas, si de todas formas se debía tramitar el proceso por la negativa a conciliar de COLPENSIONES

En decisión del 24 de mayo de 2021, el Despacho no accedió a reponer lo actuado, indicando que efectivamente en el Acuerdo PSAA-16-10554 numeral 5°, del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa se determina el rango para este caso entre 1 y 10 S.M.M.L.V., por lo que el monto establecido cumple con este límite y no excede la condena máxima, siendo adecuada conforme a los criterios de la sana lógica. Por lo anterior, concedió el recurso de apelación interpuesto.

4. Alegatos de conclusión

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.
- **PARTE DEMANDADA:**

El apoderado de PORVENIR solicita que se revoque el auto que liquidó las costas por ser excesivas las agencias en derecho, siendo un asunto con jurisprudencia pacífica desde el año 2008 y donde la carga de la prueba se invierte, no requiriendo del actor mayor carga probatoria. Así como que el proceso tuvo una duración nada extensa.

La apoderada de COLPENSIONES indica que el recurso no tiene repercusión en su contra y se atiene a lo que declare la Sala de Decisión.

5. Consideraciones del Despacho

Teniendo en cuenta los antecedentes, es preciso concluir, que la providencia apelada es susceptible de tal recurso, según lo dispuesto en el numeral 11° 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*”.

Le corresponde a la Sala de Decisión Laboral analizar si en el presente caso es procedente o no el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de

la parte demandante contra la providencia de fecha 13 de abril de 2021, mediante el cual el juez a quo ordenó la aprobación de la liquidación de las costas.

Pues bien, debe decirse que en relación con las costas, 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 son 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 PORVENIR 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, teniendo en cuenta que el proceso ordinario laboral inició en el año 2018, la norma aplicable es el Acuerdo No.

PSAA16-10554 del 5 de Agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, cuyo artículo 1° dice: *“El presente acuerdo regula las tarifas para efectos de la fijación de agencias en derecho y se aplica a los procesos que se tramiten en las especialidades civil, familia, **laboral** y penal de la jurisdicción ordinaria y a los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”*

Seguidamente, el artículo 2° señala que *“Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites.”*

La parte demandante, indica en el recurso de apelación, que la liquidación realizada por el juez a quo no tuvo en cuenta que el asunto sometido a su consideración no requirió mayor actividad procesal, era un tema con jurisprudencia sólida desde 2008, no hubo despliegue probatorio y además estuvo supeditado a la negativa de COLPENSIONES, no a la suya para conciliar.

En este caso, se observa que el secretario del juzgado en cumplimiento a lo ordenado por el Juez, practicó la liquidación de costas concentradas causadas en primera y segunda instancia fijándola así: TRES MILLONES QUINIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS DOCE PESOS MCTE (\$3.511.212) en primera instancia, conforme a los 4 salarios mínimos ordenados y OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS MCTE (\$877.803) de segunda instancia, conforme a lo ordenado por esta Sala de Decisión.

Como señalaron el juez *a quo* y el recurrente, el artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 determina que para los procesos de primera instancia, que por la naturaleza de su asunto carezca de cuantía o pretensiones pecuniarias, el rango en primera instancia corresponderá entre 1 y 10 salarios mínimos; lo que es aplicable en este caso, dado que la pretensión buscaba la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional y su consecuencia fue imponer a los vencidos en juicio, una obligación de hacer.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esos límites corresponden a los máximos permitidos por el acuerdo 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

En este caso, la parte demandante presentó la demanda ordinaria el 4 de octubre de 2018, fue admitida el 29 de mayo de 2019, luego de ser devuelta y se notificó a PORVENIR S.A. el 23 de julio de 2019, a COLPENSIONES el 11 de junio de 2019 y hubo intervención del procurador. En auto del 18 de noviembre de 2019 se admitieron las contestaciones y se fijó fecha para audiencia el 20 de enero de 2020, día en el que se adelantaron todas las etapas procesales hasta alegaciones y se dictó sentencia de primera instancia al día siguiente; es decir, entre la admisión y la fijación del litigio apenas transcurrieron 4 meses, donde la única actividad del actor fue notificar a las demandadas y luego en una sola fecha se agotó la totalidad de la actuación, incluyendo la recepción de pruebas y alegatos.

En el ejercicio procesal desatado se aprecia que no hubo un desgaste de actividad a cargo del actor, no se interpusieron recursos ni se ejercieron despliegues diferentes a la práctica de pruebas ejecutada el mismo día que todas las demás etapas; además el debate suscitado fue eminentemente

jurídico y como señala el apoderado de la demandada, debió tenerse en cuenta que existe jurisprudencia asentada sobre la materia desde 2008 y en ella se determinó que la carga de la prueba en este asunto recae sobre las administradoras de pensiones.

Así las cosas, al realizar un análisis de las circunstancias procesales descritas, se concluye que es procedente ajustar las agencias en derecho fijadas por el juez de primera instancia y disminuir el monto fijado para adecuarlo a una tasa que se corresponda con la duración y la gestión ejecutada por la parte vencedora en primera instancia; que por ser inferior a un año y no requerir siquiera un despliegue de carga probatoria activo, se estima deben ser equivalentes a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes, dado que sí se evidencia una actividad jurídica de la recurrente para evitar la prosperidad de las pretensiones.

Por lo anterior, se modificará la decisión del a quo contenida en la providencia de fecha 13 de abril de 2021, que aprobó la liquidación de las costas realizada el día 26 de marzo de 2021, para en su lugar, rehacer las mismas y fijar como agencias en derecho de primera instancia la suma de UN MILLÓN SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS MCTE (\$1'755.606), equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la actora. En consecuencia, al no controvertirse las agencias en derecho de segunda instancia fijadas en OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS MCTE (\$877.803) se dispone la Sala a APROBAR como liquidación de costas la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS NUEVE PESOS MCTE (\$2.633.409).

Teniendo en cuenta que resultó favorable a la parte demandada la decisión del recurso de apelación, no se condenará en costas y así mismo se dispone devolver el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previos las anotaciones del caso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el auto impugnado del trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021) proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva y en su lugar fijar como agencias en derecho de primera instancia la suma de UN MILLÓN SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS MCTE (\$1'755.606), equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la actora. En consecuencia, APROBAR como liquidación de costas la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS NUEVE PESOS MCTE (\$2.633.409).

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

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. 100, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL

RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-2018-00437-00

PARTIDA TRIBUNAL: 19168

JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

DEMANDANTE: LUIS ALFONSO ORTEGA CARRILLO Y OTROS.

ACCIONADAS: COAL NORTH ENERGY S.A.S. Y CI MINAS AURORA S.A.S

TEMA: AUTO-MEDIDAS CAUTELARES

ASUNTO: APELACIÓN

JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

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

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los demandantes contra el auto proferido por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA fechado el primero (1º) de diciembre de dos mil veinte (2020), dentro del proceso ordinario laboral bajo radicado No. 54-001-41-05-004-2018-00437-00 y Partida de este Tribunal No.19168 promovido por el señor LUIS ALFONSO ORTEGA CARRILLO en representación de sus hijos menores, la señora MAYRALIN AGUDELO MENDOZA (cónyuge) y MARISOL ORTEGA AGUDELO (hija mayor de edad) contra las sociedades COAL NORTH ENERGY S.A.S. y C.I. MINA LA AURORA S.A.S.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, una vez conocido el proyecto de decisión, se procede a deliberar sobre el mismo, teniendo en cuenta para el efecto los siguientes,

I. COMPETENCIA DE LA SALA

Por la competencia funcional asignada en el artículo 15 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el numeral 7, literal B del artículo 10 de la ley 712 de 2001, esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación reseñado.

II. ANTECEDENTES

El señor LUIS ALFONSO ORTEGA CARRILLO en representación de sus hijos menores, la señora MAYRALIN AGUDELO MENDOZA (cónyuge) y MARISOL ORTEGA AGUDELO (hija mayor de edad) por medio de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral (8 de octubre de 2018-fl.79), en contra de la contra las sociedades COAL NORTH ENERGY S.A.S. y C.I. MINA LA AURORA S.A.S., pretendiendo que se declaren que las demandadas son responsables por las enfermedades laborales y las graves lesiones sufridas por el señor LUIS ALFONSO ORTEGA CARRILLO en la modalidad de culpa patronal prevista en el art. 216 del CST y la solidaridad establecida en el art. 34 ibidem y el art. 5º del Decreto 1335 de 1987 como consecuencia del accidente de trabajo ocurrido el 12 de septiembre de 2012 y las enfermedades profesionales del 30 de abril y 09 de diciembre de 2016; al pago de los perjuicios morales, daño a la vida en relación, intereses moratorios, indexación, uso de las facultades extra y ultra petita y las costas procesales.

III. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

La demandada MINA LA AURORA S.A.S. a través de su apoderado judicial se opuso a todas las pretensiones incoadas en la demanda, alegando como excepciones de fondo, (i) la carencia de legitimación en la causa por pasiva porque no existe relación laboral con el demandante Luis Alfonso Ortega para la época del accidente en el 2009, (ii) la inexistencia de la obligación por ausencia de culpa -causa extraña-fuerza mayor, (iii) la falta de demostración de los perjuicios demandados, (iv) indebida tasación de perjuicios, (v) cobro

de lo no debido, (vi) enriquecimiento ilícito y mala fe del demandante, (vii) inducción al error al funcionario judicial, (viii) inexistencia del nexo causal.

La sociedad COAL NORTH S.A.S. a través de su apoderada judicial se opuso a todas las pretensiones de la demanda, alegando que no es responsable del accidente de trabajo ocurrido al demandante Ortega Carrillo, asegurando que el mismo fue consecuencia de la negligencia del trabajador; que la sociedad cumplió con todas las normas de seguridad en el trabajo y salud ocupacional; propuso como excepciones de fondo, la imprudencia exclusiva del trabajador como eximente de responsabilidad, ausencia de daño para reclamar, falta de causalidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la prescripción.

III. SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR ART. 85 A CPL y de la SS.

Mediante escrito entregado al Despacho del Juez de primera instancia el 24 de noviembre de 2020, el apoderado judicial del demandante, pretende que en consideración a que la demandada sociedad COAL NORTH S.A.S., *se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones*, **se IMPONGA CAUCION –póliza- del 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida cautelar**, para garantizar las resultas del proceso y se ordene el embargo y secuestro de las sumas de dinero que posea o llegare a poseer la sociedad COAL NORTH ENERGY S.A.S. en los bancos: BANCOLOMBIA S.A., BANCO DAVIVIENDA S.A., BANCO DE BOGOTÁ S.A., BBVA, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTINA S.A., BANCO DE SANTANDER, BANCO POPULAR S.A., BANCO OCCIDENTE S.A., BANCO AV VILLAS, BANCO SKOTIABNAK, BANCO COLPATRIA S.A., BANCO COLPATRIA; a lo anterior, aportó como pruebas documentales, la solicitud de liquidación ante la Superintendencia de Sociedades, el comunicado de la sociedad COAL NORTH ENERGY S.A.S. al actor y la citación del Ministerio de Trabajo al representante de la sociedad demandada.

IV. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE LITIGIO, SANEAMIENTO Y DECISIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR.

El día primero (01) de diciembre del dos mil veinte (2020) el funcionario de instancia, el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, fijación de litigio, saneamiento del proceso y decreto de pruebas, resolvió la medida cautelar solicitada por el demandante

Durante la audiencia, se le corrió traslado a la sociedad demandada, la cual, a través de su apoderado judicial, se opuso a la misma, alegando que a pesar de que la liquidación de la sociedad es un acto cierto y que no cuenta con el dinero para el pago de acreencias laborales, en el presente caso las acreencias laborales no se están discutiendo, porque lo que el objeto de la litis es un tema de culpa patronal.

Que la sociedad no debe salario alguno, por lo tanto “se desconoce si en la etapa de liquidación la liquidadora tiene una provisión para el pago de las condenas, eso no lo sabemos, no hay una prueba que demuestre si la empresa la tiene o no, simplemente se limita a decir que no hay dinero para el pago de otro concepto que no tiene nada que ver con el presente asunto, por eso como no soportó y no demostró que de verdad no hay dinero para el pago de las eventuales condenas judiciales, esta solicitud de medida cautelar es a todas luces improcedente en estos términos...”.

EL Juez A quo NEGÓ la solicitud de la medida cautelar, con base en las siguientes argumentaciones:

Que de las pruebas aportadas por los demandantes que soportan la petición de la medida cautelar, el objeto del pleito esta orientado al pago de perjuicios de acuerdo al art. 216 del CST, entonces cuando es para los fines de la culpa exclusiva del empleador, en este caso del accidente y de las enfermedades laborales que tiene el demandante, **es un tema diferente.**

Que a **pesar de que se acredita que la sociedad tiene problemas económicos** por lo cual, *“entró en proceso de liquidación, ello no quiere decir que vaya a incumplir obligaciones, porque depende de los bienes que tenga y para eso es la liquidación, entonces, cuando ya empieza la liquidación es porque las expectativas de la reorganización no se cumplieron y entonces se entra a liquidar la empresa...”*.

Que la situación actual de la sociedad no significa que sea insolvente, *liquidación que entre otras impiden los embargos, tan es así que los ejecutivos contra una empresa que entra en liquidación, el proceso ejecutivo y las medidas hay que levantarlas y mandar los procesos ejecutivos al liquidador porque él se encargará precisamente del pago de esas obligaciones el liquidador.*

En conclusión, determinó que la sociedad no está realizando actos para insolventarse, por el contrario, se ajusta el acreedor a la ley y al trámite legal para el efecto, para que en forma transparente en un proceso, en un trámite arreglado se definan los activos y los pasivos y se le dé solución a la situación, razón por la cual, consideró que, no se cumple el presupuesto para el efecto, que si bien es cierto, hay una situación de la empresa delicada, diferente es el probar los actos de insolvencia.

V. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, alegando que, con las pruebas aportadas, se demostró que la demandada COAL NORTH ENERGY SAS presenta problemas económicos para cumplir con las obligaciones, por lo que se infiere que en una eventual sentencia condenatoria no dará cumplimiento a las mismas.

Que el trabajador se encuentra reubicado en la casa desde el mes de diciembre del 2019 por orden del representante legal de COAL NORTH ENERGY SAS el señor JAIRO FALLA y no se le han cancelado los salarios, ni las prestaciones de ley que le corresponden, situación que el despacho puede corroborar, toda vez que el trabajador accidentado y en debilidad manifiesta, se encuentra presente en la audiencia.

En conclusión, considera que se cumplen con los presupuestos establecidos en el 85 A del CPTYSS, y solicita que se imponga caución póliza del 30% del valor de las prestaciones para garantizar las resultas del proceso y se ordene el embargo y retención de las sumas de dinero depositadas en las cuentas corrientes, de ahorros o a cualquier título bancario financiero que posea la SOCIEDAD COAL NORTH ENERGY SAS acuerdo al numeral 10º del artículo 593 del Código General del Proceso y en armonía con lo establecido en el artículo 1387 del Código de Comercio.

Para resolver,

VI. SE CONSIDERA

Problema Jurídico.

La controversia en el presente asunto se centra en determinar si el Juez A quo erró al negar la medida cautelar prevista en el art. 85 A del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, considerando que no se cumplen los presupuestos legales, auto por naturaleza apelable en atención a lo dispuesto en el No 7º del artículo 65 del CPL.

Normatividad Vigente aplicable.

Bajo estas condiciones, se hace importante rememorar, que el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en su artículo 85-A dispone que:

“Cuando el demandado, en proceso ordinario, efectúe actos que el juez estime tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, o cuando el juez considere que el demandado **se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones**, podrá imponerle caución para garantizar las resultas del proceso, la cual oscilará de acuerdo a su prudente juicio entre el 30 y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida cautelar.

En la solicitud, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad de juramento, se indicarán los motivos y los hechos en que se funda. Recibida la solicitud, se citará inmediatamente mediante auto dictado por fuera de audiencia especial al quinto día hábil siguiente, oportunidad en la cual las partes presentarán las pruebas acerca de la situación alegada y se decidirá en el acto. La decisión será apelable en el efecto devolutivo”.

De conformidad con la norma, las medidas cautelares en el proceso ordinario laboral proceden cuando, se cumplan **cualquiera** de los siguientes presupuestos:

- 1) Que el demandado ejecute actos tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia.
- 2) Que el Juez considere que el demandado se encuentre en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.

Con el fin de resolver la petición del demandante, el operador judicial deberá analizar las pruebas acerca de la situación alegada, a través de las cuales se demuestre la necesidad de imposición de la caución enunciada. Lo anterior excluye la posibilidad de que se imponga la medida por la simple voluntad del demandante, pues es necesario que la solicitud se respalde en razones plenamente fundadas y demostradas.

La norma le otorga al Juez discrecionalidad en la decisión, mediando análisis de las pruebas aportadas en la audiencia especial por las partes involucradas en la contienda procesal; pues de lo contrario el juez correría el riesgo de caer en arbitrariedades.

Así las cosas, las medidas cautelares en el proceso ordinario laboral se constituyen en un medio de garantía que protege la satisfacción de un derecho que puede ser declarado en un futuro, y, son provisionales, pues la orden durará mientras el conflicto sea resuelto por el Juez de instancia.

Caso en concreto.

En el asunto que se controvierte, el juez de instancia, en uso de la discrecionalidad que le confiere la norma transcrita, encontró durante la audiencia, improcedente la imposición de las medidas cautelares por considerar que, **si bien es cierto la demandada COAL NORTH ENERGY S.A.S., tiene dificultades económicas**, ésta se encuentra en un proceso legalmente establecido de liquidación para garantizar los derechos de los deudores, siendo ello, diferente a la figura de la insolvencia, pues, la sociedad demandada *“...está dando la cara, se ajusta el acreedor a la ley y al trámite legal para el efecto, para que en forma transparente en un proceso, en un trámite arreglado se definan los activos y los pasivos y se le dé solución a la situación”*.

Razón por la cual, consideró que no se cumplían los presupuestos legales para decretar la medida cautelar solicitada, insistiendo en que si bien es cierto la empresa se encuentra en una situación económica delicada, su actuación se ajusta a lo que el ordenamiento legal ordena, como lo es, realizar un trámite legal para su liquidación, supuestos que en nada se asimilan a los actos de insolvencia caracterizado por conductas desleales *“...ya sea vendiendo o transfiriendo, colocando bienes a nombre de otras personas que es bastante complejo probar, para evitarse a futuro, aquí se trata es eso, que cuando salga la sentencia que dura un tiempo, esté insolvente...”*.

Ahora, teniendo claros los argumentos del operador judicial de primera instancia, se procederá a valorar las pruebas aportadas por el actor, para determinar si las razones incoadas en la solicitud, se ajustan o no, a los presupuestos legales de procedencia de las medidas cautelares, de las cuales se encuentran:

- 1) Se allegó una carta fechada el día 29 de noviembre de 2019, donde la sociedad COAL NORTH ENERGY S.A.S. a través de su representante legal, aportó los documentos para la liquidación de la sociedad ante la Superintendencia de Sociedades.
- 2) De la misma manera, en carta suscrita por el liquidador de la sociedad la señora Martha Cecilia Vega Gualdrón, en el mes de enero de 2020, informó al demandante Luis Alfonso Ortega Carrillo, que la empresa había entrado en LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA de acuerdo con el art. 24 de la Ley 1429 de 2010 en concordancia con el art. 34 de la Ley 1258 de 2008. ***“Por tal motivo la compañía no cuenta con el dinero para las acreencias laborales, y les comunica a ustedes que podrán ser parte de la prelación de acreencias dentro del proceso citado”***.
- 3) Por último, se aportó una solicitud de conciliación presentada ante el Ministerio de Trabajo el día 10 de enero de 2020, donde el actor solicitó el pago de los salarios y prima de servicios.

Aunado a lo anterior, la sociedad demandada acepta el inicio del proceso de liquidación, además, ratifica que la empresa no cuenta con el dinero para el pago de las acreencias laborales, sin embargo, centra sus argumentos, en que las pretensiones solicitadas por el actor, están orientadas a lograr el reconocimiento de indemnización por culpa patronal, conflicto que no es asimilable a las acreencias laborales, por lo que, considera que las medidas cautelares no son procedentes.

En primer lugar, los argumentos del apoderado judicial de la demandada no son acertados, puesto que la norma transcrita en precedencia, no distingue entre acreencias laborales y/o indemnizaciones, de tal suerte que al tratarse de un proceso ordinario laboral, perfectamente las obligaciones derivadas de una presunta culpa patronal, pueden ser objeto de las pertinentes medidas cautelares señaladas en el artículo 85ª del CPL, siempre y cuando se acredite cualquiera de los requisitos señalados anteriormente.

Asu vez, el Juez A quo sostiene que la empresa COAL NORTH ENERGY S.A.S. se encuentra en **serias dificultades económicas**, sin embargo, indica que ello no impide el cumplimiento de sus obligaciones, presuntamente porque el proceso de liquidación de la sociedad, es un trámite legal, transparente y de buena fe, que, en ninguno de los casos, podría ser asimilable a los actos desleales de insolvencia.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia STL927-2021, radicación No.61937 del 03 de febrero de 2021 señaló:

(...) De la lectura de la norma se advierte que, la redacción empleada por el legislador no es de carácter disyuntivo, sino conjuntivo, de tal forma que, para aplicar la consecuencia jurídica allí prevista, basta con que se acredite al menos uno de los supuestos contemplados, esto es, que el llamado a juicio (i) esté adelantando actos tendientes a insolventarse o impedir la efectividad de la sentencia o que (ii) se encuentre en graves dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones.

En esa medida, el Tribunal evidenció que había lugar a la imposición de la medida, toda vez que encontró probado el segundo de los presupuestos, pese a que no se acreditó la concreción del primero.

En consideración a los supuestos reseñados, esta Sala de Decisión, concluye que, el Juez A quo se equivocó en la interpretación de la disposición legal aplicable, al denotarse una contradicción entre los dos presupuestos exigidos, el primer de ellos, en el tema subjetivo de mala fe, esto es, cualquier actuación desleal que implique el incumplimiento de la efectividad de una sentencia condenatoria, y el segundo, en el plano objetivo de la crisis económica, que impide el cumplimiento de la obligación, olvidando el Juzgador de primer nivel, que acreditándose cualquiera de las hipótesis señaladas en el artículo 85ª del CPL, es suficiente para acceder a las medidas cautelares deprecadas.

Entonces, si dubitación alguna, al demostrarse que la sociedad demandada se encuentra en **graves y serias dificultades para cumplir con sus obligaciones**, la adecuación del supuesto fáctico conlleva a la consecuencia jurídica de la medida cautelar solicitada por el actor, ubicando a la accionada

en una posición en la que se le dificulta el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, pues se precisa, no basta con garantizar el cumplimiento de buena fe, ya que efectivamente la posible condena resultante del proceso haga parte del proceso de liquidación, de ningún modo garantiza el pago oportuno de las mismas, que es la finalidad con la que fue creada la imposición de las medidas cautelares.

En consecuencia, el problema jurídico planteado quedará resuelto en forma favorable a los demandantes, debiéndose **REVOCAR** en todas sus partes el auto proferido por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta fechado el primero (1º) de diciembre de dos mil veinte (2020), y en su lugar, **ORDENAR** que se proceda con las medidas cautelares previstas en el art. 85-A del CPT y de la SS, fijando como caución el 50% del valor de las pretensiones tal como se solicitó en la demanda inicial; como así se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

No se condenará en costas en esta instancia al prosperar el recurso de alzada.

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

VII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión fechada el primero (1º) de diciembre de dos mil veinte (2020), y en su lugar, **ORDENAR** que se proceda con las medidas cautelares previstas en el art. 85-A del CPT y de la SS, fijando como caución, el 50% del valor de las pretensiones como fue solicitada en la demanda; por las razones expuestas anteriormente.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriado el presente auto **DEVUÉLVASE** la actuación al Juzgado de origen para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
Magistrado Ponente



ELVER NARANJO

Magistrado



NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES
Magistrada

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00158-00
RADICADO INTERNO:	19.327
DEMANDANTE:	LIDUVINA AMPARO RODRÍGUEZ PANTALEÓN
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PROVENIR, SKANDIA S.A. y SEGUROS MAPFRE

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Dentro del asunto de la referencia, sería del caso proceder a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia del 29 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, si no fuera porque en el trámite procesal se evidencia la existencia de una irregularidad procesal insaneable, por lo cual se hace necesario dictar el siguiente

AUTO:

1. Antecedentes

La señora LIDUVINA AMPARO RODRÍGUEZ PANTALEÓN interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, A.F.P. PORVENIR, y A.F.P. OLD MUTUAL para que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, realizado mediante formulario no. 0163770 a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR) del 25 de noviembre de 1998 y se ordene a su actual administradora, OLD MUTUAL, realizar el traslado de sus aportes al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y a este, a recibir dichos aportes.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que nació el 4 de mayo de 1968, ingresando a laborar en el año 1998 para la CONTRALORÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA como asesora jurídica y en la oficina de talento humano le fue entregado el contrato con los demás formularios a firmar, incluyendo uno de afiliación a la A.F.P. COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.), el cual suscribió sin ningún tipo de asesoría, solo para cumplir con lo de ser contratada. Que le indica PORVENIR haber tenido 3 vigencias de afiliación con dicha entidad: enero de 1999, agosto de 2001 a mayo de 2004 y de septiembre de 2008 a julio de 2015, cuando se trasladó a OLD MUTUAL en formulario No. 719753 del 10 de junio de 2015. Que desde 2001 labora como

Fiscal Seccional y su salario actual es de \$10.971.733, pero según estimación de la AFP, su pensión acorde al valor ahorrado ascendería apenas a \$1.140.181, evidenciando una afectación extremada a su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

Asignado el conocimiento de la demanda al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, luego de ser subsanados los defectos indicados en auto del 27 de agosto de 2019, se dispuso la admisión de la demanda en proveído del 21 de octubre de ese año y se ordenó la notificación de COLPENSIONES, OLD MUTUAL y PORVENIR S.A. Así como oficiar a la AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y al MINISTERIO PÚBLICO.

Con auto del 23 de octubre de 2020 se admitieron las contestaciones remitidas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., ordenando notificar correctamente a OLD MUTUAL (ahora SKANDIA S.A.) y a ello se procedió conforme el Decreto 806 de 2020 por vía electrónica; entidad que contestada la demanda, solicitó el llamamiento en garantía de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., a lo que se accedió en providencia del 26 de febrero de 2021.

Durante audiencia señalada para el 26 de abril de 2021, se adelantaron las etapas procesales correspondientes y finalmente el 29 de abril de este año, se profirió sentencia de primera instancia, negando lo pretendido respecto a declarar la ineficacia y traslado al régimen de prima media con prestación definida, precisándose que desde siempre ha estado vinculada a pensiones como régimen de seguridad social al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero declarando que la afiliación al RAIS es ineficaz y condenando a SKANDIA a devolver a la demandante y con destino al fondo pensional que elija libremente, todos los aportes hechos en materia de cotizaciones desde el 25 noviembre de 1998, así como recibir a la actora en COLPENSIONES en caso de ser elegida. Decisión contra la que interpusieron recurso de apelación SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, siendo esta última, a su vez, beneficiaria del grado jurisdiccional de consulta.

2. Consideraciones

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, expresa que, en todas las actuaciones administrativas y judiciales, deberá respetarse el debido proceso, lo cual permite inferir que cuando ello no se cumple, todo el procedimiento realizado a partir del hecho vicioso sea ilegal y consecuentemente vulneratorio de este principio. Por ello, este elemento se convierte en el primer lineamiento a seguir por parte del juez en cada una de las etapas de todo proceso.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el artículo 48 del C.P.T.Y.S.S. modificado por el artículo 7° de la Ley 1149 de 2007 estableció que: *“El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”* y por su parte el numeral 12 del artículo 42 y el artículo 132 del Código General del Proceso, establecen que agotada cada etapa del proceso, el juez deberá realizar un control de legalidad para corregir o sanear los vicios que puedan configurar nulidades u otras irregularidades dentro del proceso.

Esto implica que, cuando en ejercicio de sus facultades de control de legalidad y saneamiento, se avizora la existencia de una irregularidad procesal que afecte los derechos fundamentales y constituya una nulidad

insaneable, se está en la obligación legal y constitucional de corregir la misma para garantizar la idoneidad de la actuación.

Siguiendo estos preceptos, la Sala identificó que en el curso del presente proceso no se integró adecuadamente el litisconsorcio necesario por pasiva para resolver las pretensiones de nulidad de afiliación y traslado de la señora LIDUVINA RODRÍGUEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; si bien en el escrito de demanda se indicó por la actora que se vinculó a A.F.P. COLPATRIA en 1998 cuando ingresó a laborar en la CONTRALORÍA MUNICIPAL DE CÚCUTA, a folio 92 obra resultado de consulta del historial de vinculaciones de la actora expedido por ASOFONDOS:

Historial de vinculaciones							
Hora de la consulta : 11:08:04 AM							
Afiliado: CC 60324090 LIDUVINA AMPARO RODRIGUEZ PANTALEON							
Vinculaciones para : CC 60324090							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado régimen	1994-09-15	2004/04/16	COLFONDOS COLPENSIONES			1994-10-01	1998-12-31
Traslado de AFP	1998-11-23	2004/04/16	COLPATRIA	COLFONDOS		1999-01-01	1999-09-30
Traslado de AFP	1999-08-11	2004/04/16	COLMENA	COLPATRIA		1999-10-01	2000-03-31
Cesión por fusión	2000-04-01	2004/04/16	ING	COLMENA		2000-04-01	2001-07-31
Traslado de AFP	2001-06-27	2004/04/16	HORIZONTE	ING		2001-08-01	2004-05-31
Traslado de AFP	2004-04-28	2004/05/18	ING	HORIZONTE		2004-06-01	2008-08-31
Traslado de AFP	2008-07-01	2008/08/28	PORVENIR	ING		2008-09-01	2015-07-31

De la anterior captura de pantalla, se evidencia claramente que la actora antes de su afiliación a COLPATRIA suscrita el 23 de noviembre de 1998 (coincidente con formulario visto a folio 5), estuvo afiliada a COLFONDOS y que fue a dicho fondo a donde se trasladó desde COLPENSIONES (entonces I.S.S.); por lo que sí estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y de este se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero a la A.F.P. COLFONDOS. Entidad que no fue demandada, y que por ser la determinadora del traslado de régimen, constituía un litisconsorcio necesario por pasiva para resolver adecuadamente el asunto en litigio.

Igualmente, se advierte que en un período la actora estuvo afiliada a las entidades COLMENA e ING; cabe destacar que la A.F.P. COLMENA fue adquirida por el GRUPO SANTANDER en 1999¹ y posteriormente esta fue vendida al GRUPO ING, quien en 2013 se fusionó con A.F.P. PROTECCIÓN ; por lo tanto, al corresponder alguna responsabilidad sobre el período de afiliación de la actora a esa entidad, también existe un litisconsorcio necesario que debía ser cubierto.

Al respecto, en providencia SL3794 de 2021 la Sala de Casación Laboral señala que los efectos de las sentencias que resuelven solicitudes de nulidad e ineficacia de traslado entre regímenes pensionales son de carácter uniforme para los sujetos procesales que integran uno de los extremos de la relación procesal y los identifica expresamente como **litisconsorcio necesario**, al suscitarse un carácter inescindible de la relación sustancial que los vincula.

Con ello, es evidente que se dejó de integrar adecuadamente el litisconsorcio necesario por pasiva y se configuró la nulidad consagrada en el numeral 8°

¹ <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-949754>

del artículo 133 y del inciso final del artículo 134 del C.G.P., norma última que establece: “*Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio*”.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia se ha pronunciado sobre la relevancia de la debida integración del litisconsorcio necesario por pasiva y la necesidad de decretar oficiosamente las medidas correctivas que garanticen su conformación, siguiendo los parámetros del Art. 29 ibídem, dado que su desconocimiento o inobservancia conllevaría a la expedición de una sentencia que carece de legitimidad al no lograr satisfacer correctamente el litigio sobre el derecho reclamado. Así se explica, por ejemplo, en providencia AL3634 de 2020 al indicar:

“Por último, nótese que esta Sala ha señalado que con decisiones como la que ahora se adopta, no se afecta «el principio de prevalencia del derecho sustancial reconocido en el artículo 228 de la Constitución, sino que, antes bien, permite realizarlo cabalmente, en la medida en que, por mandato de la propia Carta Política y con rango de derecho fundamental, toda persona tiene derecho a un debido proceso (art. 29), cuyo observancia resulta necesaria para legitimar el pronunciamiento judicial que dirima el litigio. En este sentido, con el pretexto -o argumento- de administrar cumplida justicia y de hacer efectivo un derecho, no pueden los Jueces hacer tabla rasa de las formas procesales, pues aunque el derecho se satisficiera, la solución judicial no tendría legitimidad, la que sólo puede predicarse si la decisión del Juez se ha adoptado “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». (CSJ SL, 1.º feb. 2011, rad. 40201 y CSJ AL1461-2013).”.

Conforme a lo anterior y observado el trámite procesal surtido en primera instancia, al no percatarse oportunamente de la necesidad de vincular como litisconsorcio necesario por pasiva a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., se establece que se incurrió en la nulidad consagrada en el numeral 8º del artículo 133 y del inciso final del artículo 134 del C.G.P., por lo cual se procederá de manera oficiosa a DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO a partir de la providencia de fecha 19 de abril de 2021 que declaró implícitamente integrado el litigio y convocó a audiencia del artículo 77 del C.P.T.Y.S.S., inclusive, advirtiéndose que las pruebas allegadas al proceso mantendrán su validez y se ORDENARÁ al JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA que proceda a ordenar la vinculación de esas entidades, su notificación y continúe el proceso una vez materializada adecuadamente la integración del litisconsorcio necesario por pasiva.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR OFICIOSAMENTE LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO a partir de la providencia de fecha 19 de abril de 2021, inclusive, mediante la cual que declaró implícitamente integrado el litigio y convocó a audiencia del artículo 77 del C.P.T.Y.S.S., advirtiéndose que las pruebas allegadas al proceso mantendrán su validez.

SEGUNDO: ORDENAR al JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA que proceda a ordenar la vinculación de las A.F.P. COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., disponga su notificación y continúe el proceso una vez materializada adecuadamente la integración del litisconsorcio necesario por pasiva, de conformidad con los lineamientos expuestos en la presente providencia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

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. 100, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Cuarto Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 540013105004-2019-00294-00

Partida Tribunal: 19171

Demandante: JACQUELINE PEREZ ALVAREZ

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

Tema: NULIDAD DE TRASLADO

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

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

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver el recursos de alzada presentados por los apoderados judiciales de las entidades demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 07 de diciembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°540013105004-2019-00294-00 y partida de este Tribunal Superior No. 19171 promovido por la señora JACQUELINE PEREZ ALVAREZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PORVENIR S.A.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante JACQUELINE PEREZ ALVAREZ demanda a las entidades anteriormente mencionadas, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE, hoy PORVENIR, por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen, y en consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, que se condene a las demandadas al pago por costas y agencias en derecho, y a las facultades extra y ultra petita.

II. HECHOS

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera: Que ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones en el mes de mayo de 1989, cotizando aportes ante extinto el ISS. Que el 01 de julio de 1994 realizó traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE, S.A., hoy PORVENIR, suscribiendo formato de traslado No.023754, sin recibir información de los beneficios y desventajas que esto le traería a futuro.

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

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

Como excepciones de fondo propuso las que denominó cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación pretendida, buena fe, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

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

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento que lo fue el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en sentencia de fecha 07 de diciembre de 2020, resolvió lo siguiente:

PRIMERO. - DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., a partir del 1 JULIO DE 1994, conforme a lo considerado.

SEGUNDO.- CONDENAR al fondo pensional PORVENIR SA., devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido desde el 1 JULIO DE 1994, EN QUE SE MATERIALIZA EL TRASLADO, Y HASTA CUANDO SEA REAL Y EFECTIVA LA ENTREGA DE RECURSOS A COLPENSIONES S.A, TODO EL CAPITAL RECIBIDO POR COTIZACIONES DE LA PARTE

DEMANDANTE, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), todo conforme a lo considerado.

TERCERO. - DECLARAR que 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, la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor.

QUINTO. - Declarar no probada la excepción de prescripción y demás propuestas conforme a lo considerado.

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

SEPTIMO.-Condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se absuelve a Colpensiones al no haber sido determinante del traslado, conforme a lo previsto en el ART. 365-1 DEL C.G.P. en concordancia con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA, por valor de tres (3) S.M.L.M.V. cada uno asciende \$877.803.00 , PARA UN TOTAL GLOBAL DE \$ 2.633.409 a cargo de las pasiva, excluyendo a Colpensiones, el DECRETO 2360 diciembre 26 de 2019 fija el s.m.l.m.v., en cuanto a las AGENCIAS fijadas, se incluirán en la liquidación de costas en su oportunidad procesal.

OCTAVO. - ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación a COLPENSIONES S.A.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, prueba idónea que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho existió una afectación del derecho fundamental de dignidad del trabajador a una vida digna, con una pensión por un valor mucho menor de mantenerse en el régimen, donde se está saltando la libertad de voluntad de escoger libremente el fondo por la parte interesada del afiliado, que tenía derecho a recibir una información veraz.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

1. PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que la ineficacia del traslado no es

procedente por estar fundamentada en la falta de información al afiliado, siendo que la señora JACQUELINE PEREZ ALVAREZ estaba capacitada para entender la obligación que adquirió cuando registró su traslado de régimen. Señala que han pasado 27 años desde la afiliación, y que es tiempo suficiente para que la accionante se haya informado de las consecuencias del cambio de régimen.

Que la decisión tomada por el Juez A quo, genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca es suficiente para el otorgamiento de las pensiones, lo que origina un desbalance dentro de Colpensiones, transgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

Por último, se mostró inconforme con la condena en costas impuesta, argumentando que Colpensiones, ha actuado con la creencia de haber cumplido con su deber y con la conciencia plena de no engañar y perjudicar, con buena fe.

2. PARTE DEMANDADA- PORVENIR, S.A.

Indicó la parte en su recurso que el traslado de régimen fue efectuado en el año de 1994, y para esa época, se encontraban vigentes las disposiciones del estatuto orgánico del sistema financiero, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y el art 11 del decreto 692 del 94; que estas disposiciones, y en especial del estatuto orgánico del sistema financiero del artículo 13 de la Ley 100 del 93, establecían obligaciones de dar información acerca de los traslados pero eran unas obligaciones de carácter genéricas o abstractas, que no establecían unos mínimos o unos máximos que debían cumplir los fondos de pensiones para entenderse que se habría producido el traslado en debida forma.

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

Que es solo a partir del año 2008, que la Corte Suprema de Justicia impone a los fondos de pensiones y cesantías una serie de cargas probatorias que exigen cumplimiento, lo que en el año de 1994 no se exigía.

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

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

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

Alegó que, en el asunto presente, **se configuró la prescripción**, ya que, al solicitarse la ineficacia de un acto jurídico, como es la afiliación o traslado y de conformidad con el Código de Comercio y de conformidad con el Código General del Proceso y el Código Sustantivo del Trabajo, los términos de prescripción de las acciones deben contarse a partir del día siguiente de la celebración de los actos jurídicos, sobre los cuales se pide la nulidad o la ineficacia; luego entonces, consideró que en este caso, el acto jurídico ocurrió en 1994, por lo tanto, han ocurrido con creces los 3 años conforme la legislación laboral; término que se tiene para demandar este tipo de actos. Arguyó que, independientemente del régimen pensional que tenga la actora, el derecho a pensión está garantizado. Así, la litis, radica en un mejoramiento de este derecho más no en su reclamo. Y, por ello, conforme a la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sí es dable la excepción de prescripción que fue negada por el despacho.

Por último, se mostró inconforme con la condena en costas, pues consideró excesivo los 3 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigente que el despacho condenó a pagar. Recordó los Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura para establecer agencias en derecho y señaló que todo el proceso se realizó en una sola audiencia.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PROVENIR S.A. ratifica lo manifestado en el recurso de alzada, alegando que no se demostró que la insuficiencia de información impida el acceso al derecho a pensión, que el fondo envió la información junto con los extractos trimestrales, en el año 2004, realizó campañas a través del envío de comunicaciones masivas a sus afiliados, de medios de comunicación (publicación realizada en el Diario El Tiempo), informándoles a todos los afiliados la posibilidad de retornar al RPM de acreditar con los requisitos establecidos en dichas normas y el demandante no hizo uso de ese legítimo derecho. Nadie puede alegar su propia torpeza. Por tal motivo, considera que la sentencia debe ser revocada.

Que no está conforme con la devolución de los rendimientos financieros y los frutos, porque generarían un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante.

Finalmente, en relación con el requisito de no existencia de causa o fundamento jurídico, consideró 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, 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.

COLPENSIONES alegó que la demandante JACQUELINE PEREZ ALVAREZ no se demostró en primera instancia, que haya ejercido sus derechos y cumplido sus deberes conforme la normatividad vigente. Respecto de la carga de la prueba, 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.

Que la sentencia SL 4019 de 2019 establece que, frente al artículo 1604 del C. C., la carga dinámica de la prueba no implica desligarse de cualquier carga probatoria, el demandante debe demostrar circunstancias concretas mínimas y demostrar la inobservancia injustificada de deberes del demandado. A pesar de lo antedicho, JACQUELINE PEREZ ALVAREZ no probó el engaño aducido a pesar de que la carga dinámica no es absoluta y obedece a la verificación de los escenarios particulares de cada asunto como la permanencia en el sistema, el silencio, la aceptación en el tiempo, que para el caso de la demandante supera los 10 años.

Trae a colación lo decidido en Sentencia SL 1120 de 2020 radicado No. 73952, Magistrada Ponente: ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA, que resuelve recurso de Casación y no casa el fallo proferido por el Tribunal que fue objeto de estudio, pues no fueron demostrados los errores de hecho atribuidos al Tribunal.

Que la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, establece los mecanismos para que tanto las AFP como Colpensiones realicen asesorías a partir de 01/10/2016 a las mujeres de 42 años o mayores, y hombres de 47 años o mayores, desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de Régimen sin antes haber recibido dicha asesoría, por lo cual dicha restricción no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la Superintendencia Financiera de Colombia. De esta forma, en el caso JACQUELINE PEREZ ALVAREZ, era imposible para Colpensiones brindar la asesoría referida pues para 2016 pertenecía al RAIS.

Que Colpensiones no es la llamada a responder por las pretensiones de la demanda respecto a una indebida asesoría, un supuesto engaño ni un vicio en el consentimiento generado por la(s) Administradora(s) de Fondo(s) de Pensiones del RAIS, discutida por la parte demandante al momento de la asesoría que tuvo como resultado el traslado de régimen pensional y la suscripción del formulario de afiliación al fondo privado, correspondiéndole esta obligación únicamente a la demandante, y al (los) fondo (s) privado (s) del régimen pensional al que pertenece, por lo cual, no existe legitimación en la causa por pasiva para demandar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

VII. CONSIDERACIONES

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

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante JACQUELINE PEREZ ALVAREZ en el año 1994 desde el ISS al fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para PORVENIR S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se encontraba afiliada con anterioridad.

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

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

Análisis probatorio

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

Solución al primer problema jurídico

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

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

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

etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

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

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

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

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

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

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

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

Caso concreto

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

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

Así las cosas, se tiene que, la demandante JACQUELINE PEREZ ALVAREZ ingresó al sistema de Seguridad Social en Pensiones en el mes de mayo de 1989, cotizando aportes ante extinto ISS, que el 01 de julio de 1994, realiza traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE, S.A., hoy PORVENIR, suscribiendo formato de traslado No. 0013208 visto a folio 8 del expediente, el cual fue firmado por el demandante, dejándose plasmado que “hago constar que la selección del redimen de Ahorro Individual con Solidaridad- lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. manifiesto que he elegido a la administradora de fondos de pensiones y cesantías HORIZONTE S.A. para que administre mis aportes pensionales...”, circunstancia que no demuestra la obligación de la AFP analizada en renglones anteriores, pues la información y la libre escogencia, no se trata de diligenciar un formato ni adherirse a una cláusula genérica, *“sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, pues la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, condiciona el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”*. (ver sentencia SL19447-2017).

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

Luego entonces, en virtud de la carga de la prueba que emana dentro del presente asunto a cargo de PORVENIR S.A., se tiene que ningún elemento probatorio fue aportado por ella, con la intención de acreditar que, en este caso en particular, suministró al demandante, la información necesaria y relevante que lleva consigo la migración de régimen pensional.

Bajo las anteriores circunstancias, los argumentos sostenidos por los recurrentes COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., no gozan de asidero jurídico, reiterándose que, en efecto, HORIZONTE HOY PORVENIR S.A. no demostró que por su parte, se hubiera realizado una oferta respecto de proyecciones

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

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

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

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

Segundo problema jurídico- montos a restituir

Retomando lo dicho en precedencia, resulta claro que 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 julio de 1994, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, es que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN al ISS, hoy COLPENSIONES tal como fue señalado por en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente que «...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...».

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

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

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

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

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

Como la nulidad fue una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas

en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de la mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiera incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...”

Así las cosas, no queda otro camino para esta Sala que CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en cuanto condenó a la demandada “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 1 julio de 1994, en que se materializa el traslado, y hasta cuando sea real y efectiva la entrega de recursos a Colpensiones, S. A., todo el capital recibido por cotizaciones de la parte demandante, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, (artículo 20 inciso 3 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 ley 797 de 2003 y literal b) artículo 60 ley 100 de 1993), todo conforme a lo considerado.”

Tercer problema jurídico-prescripción

Dicho lo anterior es necesario para esta Sala, pronunciarse respecto de la excepción de prescripción formulada por las demandadas, y que fue materia de inconformidad por PORVENIR, S.A, la cual se procede a denegar su prosperidad bajo los siguientes razonamientos.

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

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

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha señalado que los elementos consustanciales de la pensión no prescriben, como

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

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

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

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

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

Por último, se rememora que las costas judiciales son aquellas erogaciones económicas que comporta la atención de un proceso judicial, en las que se incluyen: (i) **las expensas**, que son los gastos realizados y necesarios para adelantar el proceso y los causados en el desarrollo de la actuación, pero siempre distintos de los honorarios que se pagan a los abogados, como por ejemplo, la producción de determinadas pruebas, el valor del desplazamiento y

el tiempo ocupado por los testigos en su declaración, las copias necesarias para surtir determinados recursos etc., y (ii) **las agencias en derecho**, que consisten en el valor que el juzgador le da al trabajo del profesional del derecho que ha salido avante en el proceso, las que le corresponde pagar a la parte que resulte derrotada judicialmente; entonces, éste último rubro sumado con las expensas integran el concepto de costas.

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

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

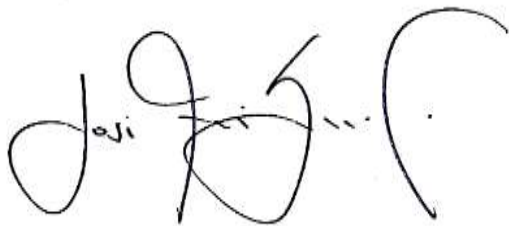
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR EN SU TOTALIDAD la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta el día 07 de diciembre de 2020.

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

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RAD. JUZGADO: 54-001-31-05-004-2019-000337-00
PARTIDA TRIBUNAL: 19165
JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
DEMANDANTE: TERESA YESMIN MONSALVE
DEMANDADO: COLPENSIONES
TEMA: INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE VEJEZ
ASUNTO: APELACIÓN YCONSULTA

DR. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE

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

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de esta ciudad, procede a resolver el recurso de alzada y surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 04 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral, con radicado interno No. 54-001-31-05-004-2019-000337-00 y Partida del Tribunal No. 19165 promovido por la señora TERESA YESMIN MONSALVE a través de apoderado judicial, contra COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES.

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

II. HECHOS:

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos: Que nació el 16 de septiembre de 1961 cumpliendo los 57 años el mismo día y mes del año 2018; que realizó cotizaciones a pensiones en COLPENSIONES un total de 353,43 semanas como docente del Colegio Santo Ángel de Cúcuta; que no alcanzó a completar las semanas para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez según lo dispone el art. 33 de la Ley 100 de 1993; que solicitó el 17 de septiembre de 2018 el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez; Colpensiones contestó mediante resolución No.

SUB 284905 del 30 de octubre de 2018 negando el derecho, argumentado que tiene reconocida una pensión de jubilación en el Fondo de Prestaciones del Magisterio; que se interpusieron los recursos de ley; que la demandante prestó también los servicios de docente durante 31 años en el Colegio Mercedes Abrego, y la Secretaria de Educación Municipal le reconoció la pensión vitalicia de jubilación mediante resolución No. 0972 del 07 de diciembre de 2016 por tiempos exclusivos a la docencia oficial y el régimen especial de docentes. (fls.46-60-64-77), (fecha reparto demanda 18 septiembre de 2019-fl.62).

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó la demanda, admitió parcialmente los hechos y se opuso a todas las pretensiones, manifestando que la indemnización sustitutiva de vejez es incompatible con la prestación económica que actualmente recibe del Fondo Nacional de Prestación Social del Magisterio, porque el status de pensionada lo adquirió el 30 de marzo de 2015 cobijad con la incompatibilidad señalada en el Decreto 1278 de 2002. Propuso como excepciones de fondo, la inexistencia de la obligación y el cobro de lo no debido, la buena fe, la legalidad de los actos administrativos, la prescripción y la innominada.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del **04 de diciembre de 2020**, condenó a COLPENSIONES a pagar la indemnización sustitutiva de vejez a favor de la demandante Teresa Yasmin Monsalve Fuentes sobre la base salario base de cotización igual al s.m.l.m.v., sin perjuicio a que por lealtad si es mayor el IBC, lo tenga en cuenta. Negó los intereses moratorios según el artículo 141 ley 100 de 1993. Ordenó Indexar la indemnización sustitutiva desde el día 17 de marzo de 2019 y hasta cuando se haga efectivo el pago. Condenó en Costas a cargo de la pasiva y fijó las agencias en dos (2) salarios mínimo legales de la fecha el cual asciende a la suma de \$ 1.755.606.

El Juez A quo después de hacer un recuento de la aplicación de la ley 100 de 1993 y el régimen especial de los docentes, sostuvo que existe compatibilidad entre la pensión de jubilación del Estado al nivel del servicio público de educación, con los derechos de la seguridad social causados en régimen de prima media con prestación definida.

Que para el caso en estudio no hay prueba en la que las cotizaciones hechas al fondo prestacional Colpensiones otrora ISS, hubieran sido tenidas en cuenta para el reconocimiento pensional por parte del FOMAG, de hecho esta pensión se configura no con cotizaciones, sino con tiempo de servicio y en dicha formación se ha tenido en cuenta todo el tiempo que la docente demandante estuvo al servicio del municipio de Cúcuta, diferentes a las cotizaciones ante Colpensiones, en calidad de docente en el sector privado.

Que el artículo 31 del decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, se afilien y aporten a cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, si paralelamente labora para una persona jurídica o natural de carácter privado.

Por las anteriores razones, el Juez A quo consideró que Colpensiones estaba obligada a pagar la indemnización sustitutiva de vejez a favor de la demandante, en atención a que no cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez en vigencia la ley 797 del 2003, a partir del 16 de septiembre del 2018 cuando cumplió la edad de 57 años.

Que no procede el reconocimiento al pago de los intereses moratorios, porque estos sólo se generan respecto de incumplimiento en el pago pensional, lo que no impide que se ordene la indexación para garantizar así la actualidad de la prestación social al momento de su pago efectivo. Que la prestación no estuvo afectada del fenómeno de la prescripción.

V. ARGUMENTOS DE LOS RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de COLPENSIONES insiste que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, toda vez que no cumple con los requisitos para acceder a tal pretensión, por ser **incompatible con la asignación pensional** que actualmente recibe, con fundamento en el artículo 45 del decreto 1278 de 2002 y lo dispuesto en los artículos 128 de la Constitución Política, el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y el art. 13 de la Ley 100 de 1993. Reitera que la demandante se encuentra gozando de una pensión de jubilación, por lo que, jurídicamente no es procedente el reconocimiento de una pensión vejez legal, ni la devolución de saldos, ni la indemnización sustitutiva de pensión de vejez de aquellos tiempos cotizados con destino a Colpensiones, por la naturaleza jurídica de esta entidad como ente administrador del régimen de prima media.

Alega no estar conforme con la condena en costas, porque sus actos se desarrollaron dentro de los parámetros legales, la buena fe y la labor misional de Colpensiones, que surge precisamente de una estricta aplicación de la Constitución, la ley y el precedente jurisprudencial que permite conceder negar prestaciones ajustadas a derecho. Que, en este caso, opera el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que transcurrieron 3 años desde la fecha de reclamo y las decisiones proferidas por COLPENSIONES, conforme los artículos 488 del Código Sustantivo Del Trabajo y el artículo 151 del CPTYSS.

VI. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

COLPENSIONES a través de su apoderado judicial, ratifica los argumentos del recurso de alzada, alegando que los recursos que se encuentren a cargo de la administradora y no fueron tenidos en cuenta en la pensión de la asegurada, serán entregados a la

entidad que reconoce la pensión que en el caso particular es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Que en consideración a que la demandante se encuentra gozando de una pensión de vejez por parte de otra administradora, jurídicamente no procede la devolución de saldos o indemnización sustitutiva de pensión de vejez de aquellos tiempos con cotizaciones con destino a esta entidad puesto que las dos prestaciones se fundamentan en un mismo tiempo de servicio, atendiendo el carácter universal y único del Sistema de Seguridad Social, que impide el pago simultáneo de dos pensiones que cubren el mismo riesgo.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

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

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

Hechos acreditados.

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

1. Que la señora Teresa Yesmin Monsalve nació el 16 de septiembre de 1961, según registro civil de nacimiento visto a folio 27 del cuaderno de primera instancia.
2. Que la Secretaría de Educación del Municipio de Cúcuta mediante **resolución No. 0972 del 07 de diciembre de 2016** reconoció al actor la pensión vitalicia de jubilación a partir del **17 de septiembre de 2016**, con ocasión a los servicios prestados como docente nacionalizado por el tiempo de servicio laborado con la Institución Educativa Instituto Mercedes Abrego de Cúcuta (fls.25-26).

3. Que según historia laboral aportada al expediente y actualizada el 04 de junio de 2018, la demandante cotizó el régimen de prima media con prestación definida COLPENSIONES, desde el 4 de febrero de 1980 hasta el 01 de julio de 1988, para un total de 353.43 semanas, a través de afiliaciones en calidad de trabajador dependiente con el Colegio Santo Ángel (institución educativa de carácter privado-fls.21-24).
4. Que mediante resoluciones SUB 284905 del 01 de noviembre de 2018, SUB 300615 del 20 de noviembre de 2018, y DIR 20604 del 12 de diciembre 2018 (fls.3-14) proferidas por COLPENSIONES, fue negada la indemnización sustitutiva de vejez solicitada por el demandante, el día **17 de septiembre de 2018**.
5. Que la demanda fue interpuesta según el acta de reparto, el día 18 septiembre de 2019-fl.62.

COMPATIBILIDAD.

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

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

Por otra parte, el literal m) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, expresamente establece que “los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que lo administran”; es claro, entonces, que hoy y dentro del Sistema General de Pensiones, no se puede afirmar que las pensiones reconocidas por los fondos de pensiones o por el ISS, financiadas en todo o en parte con los aportes o cotizaciones de índole parafiscal obligatoria pagados por entes públicos a dichos fondos o al ISS, constituyen asignaciones provenientes del tesoro público, pues una vez pagadas dichas cotizaciones patronales en cumplimiento de ese deber legal, los recursos son del Sistema y no pertenecen ni a la Nación ni a las entidades que los administran. Con tales aportes, las entidades públicas satisfacen un deber legal respecto de sus servidores y, por consiguiente, los recursos salen de su patrimonio e ingresan al sistema general de pensiones, refundiéndose con todos los demás recursos del mismo sistema, los cuales, si bien tienen naturaleza pública por provenir de una contribución parafiscal, no son propiedad de ninguna entidad.

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, la indemnización sustitutiva, establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, es una de las prestaciones económicas establecidas para el Régimen Solidario de Prima Media con prestación definida, y es un derecho que tienen los afiliados que

cumpliendo la edad para acceder a la pensión de vejez, no reúnen las semanas mínimas de cotización, y por alguna circunstancia, manifiestan la imposibilidad de seguir cotizando, por lo que, acuden ante la administradora de pensiones para recibir una compensación en dinero de todas las semanas aportadas al SSGP.

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

Descendiendo al caso analizado, y de conformidad con lo expuesto, **la prestación aquí reclamada es claramente compatible con la pensión que viene gozando la demandante como docente oficial o del sector público**, como quiera que la prestación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tuvo como fundamento el hecho de que aquel había laborado por más de 28 años como docente en establecimientos de derecho público y en particular porque se encontraba afiliada al aludido fondo de prestaciones sociales del magisterio y la indemnización sustitutiva reclamada deviene de cotizaciones efectuadas como trabajadora del sector privado en institución educativa SANTO ANGEL DE LA GUARDA, tal y como se observa en el reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES.

Resuelto lo anterior, se verificará si la demandante causó el derecho prestacional esto es, si cumplió la edad mínima (57 años), si no alcanzó a reunir las semanas de cotización para pensionarse por vejez (1300) y si expresó su imposibilidad para seguir cotizando al sistema pensional (solicitud).

Así las cosas, se tiene que la señora Teresa Yesmin Monsalve cumplió los 57 años de edad el 16 de septiembre de 2018, que para esta fecha contaba con 353.43 semanas de cotización desde el 4 de febrero de 1980 hasta el 01 de julio de 1988, y, que el día 17 de septiembre de 2018 por primera vez solicitó ante COLPENSIONES, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez.

En este sentido, se tiene que la demandante Teresa Yesmin Monsalve causó el derecho a la indemnización sustitutiva de vejez a partir del 16 de septiembre de 2018 y el 17 del mismo mes y año, manifestó la imposibilidad de continuar cotizando al sistema pensional, luego entonces, a partir del mes siguiente, tiene derecho a disfrutar la suma indemnizatoria, lo cual indica, que el recurso de alzada interpuesto por la demandada, no goza de asidero jurídico y la decisión deberá ser confirmada en esta instancia.

En cuanto al cálculo para determinar el monto de la prestación, se tiene que, si bien el Juez A quo estableció la forma en que se debía acudir a la liquidación respectiva, omitió

calcular en valores determinados según lo previsto en el art. 283 del CGP.; razón por la que, se procederá a realizar el cálculo respectivo, arrojando un total de \$7'490.520. suma que deberá ser indexada al momento del pago efectivo, ya que sobre este valor no proceden los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

PERIODOS DE COTIZACIONES						FECHA EN DONDE SE RECLAMA LA INDEMNIZACIÓN (Año/Mes) :							2018	09
DESDE			HASTA			# Día s	# Semana s	% de Cotiza c. Legal	# semanas multiplica do por % de cotización	ÚLTIMO SALARIO BASE DE COTIZACI ÓN	IPC	IPC	SALARIO ACTUALIZA DO Ó INDEXADO	SALARIO ACTUALIZAD O MULTIPLICA DO POR NÚMERO DE DÍAS
Año	*Me s	Día	Año	*Me s	Día						FINA L	INICIA L		
1980	01	30	1980	11	30	301	43.00	9	387.00	\$ 5,790.00	96.92	0.72	\$ 779,398.33	234598898.33
1981	02	01	1981	11	27	297	42.43	9	381.86	\$ 7,470.00	96.92	0.91	\$ 795,596.04	236292025.05
1982	01	28	1982	11	30	303	43.29	11.3	486.96	\$ 11,850.00	96.92	1.14	\$ 1,007,457.89	305259742.11
1983	01	28	1983	11	30	303	43.29	11.3	486.96	\$ 14,610.00	96.92	1.42	\$ 997,183.94	302146734.93
1984	02	01	1984	12	27	327	46.71	11.3	525.54	\$ 14,610.00	96.92	1.66	\$ 853,012.77	278935176.14
1985	03	22	1985	11	30	249	35.57	6.5	231.21	\$ 25,530.00	96.92	1.96	\$ 1,262,432.45	314345679.80
1986	02	20	1986	12	3	284	40.57	6.5	263.71	\$ 30,150.00	96.92	2.40	\$ 1,217,557.50	345786330.00
1987	03	04	1987	11	30	267	38.14	6.5	247.93	\$ 39,310.00	96.92	2.90	\$ 1,313,767.31	350775871.86
1988	02	10	1988	07	2	143	20.43	6.5	132.79	\$ 41,040.00	96.92	3.60	\$ 1,104,888.00	157998984.00

Total Días	2,474	Sumatori a # semanas mult iplicado por % de Coti zaci ón	3143.96
Total Semanas (SC)	353.43		
*Porcentaje Promedio de Cotización (PPC)= Sumatoria # de semanas multiplicado por % de Cotización de esas semanas dividida por el total de todas las semanas	8.90		

SUMATORIA de salarios actualizados por el # de días de ese salario	2,526,139,442.23
	\$ 1,021,074.96
Salario Base cotización semanal (SBC)= Ingreso mensual dividido por 30 y mutiplicado por 7	\$ 238,250.82

TOTAL INDEMNIZACIÓN= (SBC x SC x PPC)	\$ 7,490,520.79
---	-----------------

Por otra parte, dicha prestación no fue afectada del fenómeno prescriptivo de la acción judicial, ya que la exigibilidad de la misma empezó el 16 de septiembre de 2018 y la misma fue solicitada el día siguiente, a lo que COLPENSIONES decidió negar, con la

última resolución notificada el 12 de diciembre de 2018 y la demandad fue presentada el 18 de septiembre de 2019.

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

En ese orden de ideas, tal y como se ha señalado en múltiples pronunciamientos de esta Sala, en lo que respecta a las costas procesales, debe indicarse, que el artículo 365 del Código General del Proceso, establece un criterio objetivo sobre las mismas, el cual es, que serán a cargo de la parte vencida en juicio, por lo que al resultar esta entidad vencida en juicio, es procedente la condena impuesta por el A quo, debiéndose CONFIRMAR la misma.

Decisión.

Bajo esas condiciones, el problema jurídico quedará resuelto en forma favorable a la demandante recurrente, siendo procedente en esta instancia, **CONFIRMAR** la decisión, pero **COMPLEMENTANDOLA** en el ORDINAL CUARTO en el sentido de que el monto que deberá reconocer COLPENSIONES a favor de la señora TERESA YESMIN MONSALVE por indemnización sustitutiva de vejez es de \$7'490.520. suma que deberá ser indexada al momento del pago efectivo, ya que sobre este valor no proceden los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

Por otra parte, se condenará en costas de segunda instancia a COLPENSIONES por no haberle prosperado el recurso de alzada y se fijaran como agencias en derecho en esta instancia la suma de **\$400.000** a cargo de COLENSIONES y a favor de la demandante TERESA YASMIN MONSALVE de conformidad con lo dispuesto en el ACUERDO No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

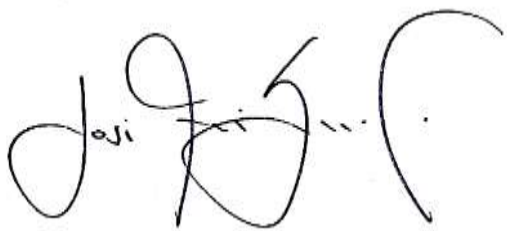
VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta de fecha 04 de diciembre de 2020, **COMPLEMENTANDOLA** en el **ORDINAL CIUARTO**, en el sentido de que el monto que

deberá reconocer COLPENSIONES a favor de la señora TERESA YASMIN MONSALVE por indemnización sustitutiva de vejez es de \$7'490.520. suma que deberá ser indexada al momento del pago efectivo, ya que sobre este valor no proceden los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a COLPENSIONES por no haberle prosperado el recurso de alzada y fijar como agencias en derecho en esta instancia la suma de **\$400.000** a cargo de COLENSIONES y a favor de la demandante TERESA YASMIN MONSALVE de conformidad con lo dispuesto en el ACUERDO No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



ELVER NARANJO

MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00391-00
RADICADO INTERNO:	19.146
DEMANDANTE:	ZAIDA CAROLINA PARADA RINCÓN
DEMANDADO:	COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
DRA. NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Dentro del asunto de la referencia, sería del caso proceder a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 12 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, si no fuera porque en el trámite procesal se evidencia la existencia de una irregularidad procesal insaneable, por lo cual se hace necesario dictar el siguiente

AUTO:

1. Antecedentes

La señora ZAIDA CAROLINA PARADA RINCÓN, mediante apoderado judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES para que se le ordene reconocer y pagar la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento del señor ALFONSO RAMÍREZ, desde su muerte ocurrida el 11 de julio de 2015, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, así como por los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 causados desde la fecha en cita hasta el pago efectivo de la mesada, en aplicación de la normatividad más favorable para el caso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que convivió con el señor ALFONSO RAMÍREZ, desde el año 2009, por más de 6 años ininterrumpidos hasta la fecha de su fallecimiento, bajo el mismo techo, siendo el causante quien sufragaba los gastos del hogar conformado. Que el día 16 de julio de 2015 solicitó por primera vez ante Colpensiones la pensión de sobreviviente, la cual fue resuelta de manera desfavorable mediante la Resolución GNR 345 408 del 3 de noviembre de 2015.

La demandada COLPENSIONES contestó a la demanda oponiéndose a las pretensiones por cuanto su actividad se ha ajustado a derecho, no siendo dable reconocer la pensión a la reclamante por no reunir los requisitos previstos por el legislador. Propone como excepciones la COBRO DE LO NO

DEBIDO, PRESCRIPCIÓN e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA.

Durante audiencia señalada para el 12 de noviembre de 2020, se adelantaron las etapas procesales correspondientes y se profirió sentencia de primera instancia, negando lo pretendido por estimar que las cotizaciones del causante en los años anteriores al fallecimiento eran incompletas, dado que solo comprendían el porcentaje que le correspondía al afiliado como parte del régimen subsidiado y por ende no pueden reputarse como válidas.

2. Consideraciones

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, expresa que, en todas las actuaciones administrativas y judiciales, deberá respetarse el debido proceso, lo cual permite inferir que cuando ello no se cumple, todo el procedimiento realizado a partir del hecho vicioso sea ilegal y consecuentemente vulneratorio de este principio. Por ello, este elemento se convierte en el primer lineamiento a seguir por parte del juez en cada una de las etapas de todo proceso.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el artículo 48 del C.P.T.Y.S.S. modificado por el artículo 7° de la Ley 1149 de 2007 estableció que: *“El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”* y por su parte el numeral 12 del artículo 42 y el artículo 132 del Código General del Proceso, establecen que agotada cada etapa del proceso, el juez deberá realizar un control de legalidad para corregir o sanear los vicios que puedan configurar nulidades u otras irregularidades dentro del proceso.

Esto implica que, cuando en ejercicio de sus facultades de control de legalidad y saneamiento, se avizora la existencia de una irregularidad procesal que afecte los derechos fundamentales y constituya una nulidad insaneable, se está en la obligación legal y constitucional de corregir la misma para garantizar la idoneidad de la actuación.

Siguiendo estos preceptos, la Sala identificó que en el curso del presente proceso no se integró adecuadamente el litisconsorcio necesario por pasiva para resolver las pretensiones por las que ZAIDA CAROLINA PARADA RINCÓN, solicita el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su compañero permanente ALFONSO RAMÍREZ; indicando desde el escrito de demanda, que la negativa de COLPENSIONES para acceder a la prestación era la existencia de un cúmulo de semanas con aportes incompletos, por irregularidades en su afiliación como parte del régimen subsidiado al sistema general de seguridad social en pensiones.

Es preciso recordar que el Estado en el literal i del artículo 13 de la ley 100 de 1993 estableció como característica del sistema general de Pensiones que *“Existirá un Fondo de Solidaridad Pensional destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como campesinos, indígenas, trabajadores independientes, artistas, deportistas y madres comunitarias”* y con ese fin creó en el artículo 25, el FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL, como *“una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo”* y su objeto según el artículo 26 es *“subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones*

de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte”.

Respecto a la naturaleza del subsidio, el artículo 28 refiere que *“serán de naturaleza temporal y parcial, de manera que el beneficiario realice un esfuerzo para el pago parcial del aporte a su cargo”* y los límites para su reconocimiento, se encuentran contemplados en el decreto reglamentario 3771 de 2007, cuyo artículo 24 establece que *“El afiliado perderá la condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión en los siguientes eventos: b) Cuando cese la obligación de cotizar en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 o cuando cumplan 65 años de edad, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993”*; prosigue el artículo 27 que *“La entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional deberá controlar y hacer exigible la devolución de los subsidios, a las entidades administradoras de pensiones, cuando se presente alguno de los siguientes eventos: 1. Cuando el afiliado que haya recibido subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional, exceda de los sesenta y cinco (65) años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a una pensión de vejez, excepto en los casos en que continúe cotizando hasta obtener la misma.”*

En múltiples providencias, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL13542 de 2014, SL17912 de 2016, SL1434 de 2018 y SL5536 de 2019) ha indicado que la falta de notificación y requerimiento al afiliado beneficiario del fondo de solidaridad que se atrasa en pagar sus aportes o es excluido del programa pero sigue cancelando y se le recibe su cuota del aporte, da lugar a un allanamiento a la mora, especialmente cuando esos períodos resultan fundamentales para acceder al derecho pensional; señalando que la aplicación de los parámetros de suspensión de la calidad de beneficiario del régimen subsidiado, contenidos en el artículo 24 del Decreto 3771 de 2007, son una medida sancionatoria que debe ser verificada adecuadamente.

De esta manera, como la controversia fue planteada respecto de la validez de los aportes efectuados por el causante como beneficiario del régimen subsidiado entre enero de 2008 y julio de 2015, período en el que de manera ininterrumpida realizó su parte del aporte; el litigio debió dirigirse a establecer las razones de su exclusión del programa en enero de 2007 y el procedimiento por el cual se generó el mismo, así como las razones por las que se siguieron recibiendo las cuotas que cancelaba el actor. Situación que no podía ser definida sin la intervención del administrador del PROGRAMA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL, dado que cualquier decisión respecto de la validez de dichos aportes podría implicar su responsabilidad patrimonial en el asunto y requiere de su intervención para evidenciar la actuación surtida respecto del causante.

Con ello, es evidente que se dejó de integrar adecuadamente el litisconsorcio necesario por pasiva y se configuró la nulidad consagrada en el numeral 8° del artículo 133 y del inciso final del artículo 134 del C.G.P., norma última que establece: *“Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio”*.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia se ha pronunciado sobre la relevancia de la debida integración del litisconsorcio necesario por pasiva y la necesidad de decretar oficiosamente las medidas correctivas que garanticen su conformación, siguiendo los parámetros del Art. 29 ibídem, dado que su desconocimiento o inobservancia

conllevaría a la expedición de una sentencia que carece de legitimidad al no lograr satisfacer correctamente el litigio sobre el derecho reclamado. Así se explica, por ejemplo, en providencia AL3634 de 2020 al indicar:

“Por último, nótese que esta Sala ha señalado que con decisiones como la que ahora se adopta, no se afecta «el principio de prevalencia del derecho sustancial reconocido en el artículo 228 de la Constitución, sino que, antes bien, permite realizarlo cabalmente, en la medida en que, por mandato de la propia Carta Política y con rango de derecho fundamental, toda persona tiene derecho a un debido proceso (art. 29), cuyo observancia resulta necesaria para legitimar el pronunciamiento judicial que dirima el litigio. En este sentido, con el pretexto -o argumento- de administrar cumplida justicia y de hacer efectivo un derecho, no pueden los Jueces hacer tabla rasa de las formas procesales, pues aunque el derecho se satisficiera, la solución judicial no tendría legitimidad, la que sólo puede predicarse si la decisión del Juez se ha adoptado “con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio». (CSJ SL, 1.º feb. 2011, rad. 40201 y CSJ AL1461-2013).”.

Conforme a lo anterior y observado el trámite procesal surtido en primera instancia, al no percatarse oportunamente de la necesidad de vincular como litisconsorcio necesario por pasiva a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario, FIDUAGRARIA S.A., administradora del PROGRAMA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL a través de su Unidad de Gestión EQUIEDAD¹ se establece que se incurrió en la nulidad consagrada en el numeral 8º del artículo 133 y del inciso final del artículo 134 del C.G.P., por lo cual se procederá de manera oficiosa a DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO a partir de la providencia de fecha 6 de noviembre de 2020 que declaró implícitamente integrado el litigio y convocó a audiencia del artículo 77 del C.P.T.Y.S.S., inclusive, advirtiéndose que las pruebas allegadas al proceso mantendrán su validez y se ORDENARÁ al JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA que proceda a ordenar la vinculación de esa entidades, su notificación y continúe el proceso una vez materializada adecuadamente la integración del litisconsorcio necesario por pasiva.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR OFICIOSAMENTE LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO a partir de la providencia de fecha 6 de noviembre de 2020, inclusive, mediante la cual que declaró implícitamente integrado el litigio y convocó a audiencia del artículo 77 del C.P.T.Y.S.S., advirtiéndose que las pruebas allegadas al proceso mantendrán su validez.

SEGUNDO: ORDENAR al JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA que proceda a ordenar la vinculación de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario, FIDUAGRARIA S.A., administradora del PROGRAMA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL a través de su Unidad de Gestión EQUIEDAD, disponga su notificación y continúe el

¹ Acorde al contrato de encargo fiduciario No. 604 de 2018. Fuente:

<https://www.fondodesolidaridadpensional.gov.co/fondo-de-solidaridad/fiduagraria-equiedad/equiedad.html>

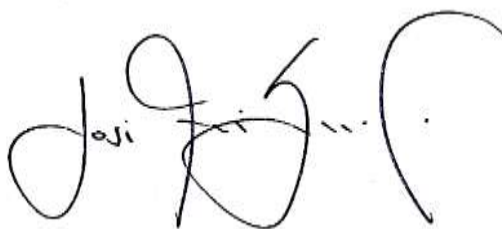
proceso una vez materializada adecuadamente la integración del litisconsorcio necesario por pasiva, de conformidad con los lineamientos expuestos en la presente providencia.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al juzgado de origen para los efectos pertinentes, previas las anotaciones del caso.

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. 100, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2019-00409-00
RADICADO INTERNO:	19.346
DEMANDANTE:	BRICEIDA RINCÓN CARREÑO
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por BRICEIDA RINCÓN CARREÑO contra COLPENSIONES, y PORVENIR S.A, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2019-00409-00, y Radicación interna N° 19.346 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 14 de mayo 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 BRICEIDA RINCÓN CARREÑO interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, A.F.P. PORVENIR S.A para que se declare la ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A, 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, y se ordene a Colpensiones aceptar el traslado y recibir todas las sumas anteriores.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que nació el 24 de septiembre de 1960, que inició sus cotizaciones al régimen de prima media (hoy administrado por Colpensiones) el 17 de diciembre de 1987 hasta el 2 de febrero de 1995, y cotizó al régimen de prima media 370 semanas; que el día 7 de julio de 1995, fue trasladada del régimen de prima media administrado por el ISS hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., y en total a cotizado 1.581 semanas hasta el mes de octubre de 2019; que el asesor de Colpatria hoy Porvenir le afirmó que en el fondo se podía pensionar a la edad que quisiera, solo teniendo en cuenta el capital ahorrado, y que se podía pensionar hasta con el 90% del salario del último año, y el asesor jamás le advirtió sobre los aspectos negativos del cambio de régimen pensional y por el contrario se limitó a hablar de las bondades del fondo privado, y tampoco se le realizó ninguna evaluación previa para el traslado, ni le mencionó que podía devolverse al fondo público si lo quería.

Admitida la demanda el 15 de enero de 2020, y notificada personalmente las demandada, 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 demandada contra la Sentencia del 14 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: *Declara la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante BRICEIDA RINCÓN CARREÑO c.c 60.288.241 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 inicial PORVENIR S.A., desde 8 de julio de 1993 efectivo desde el mes 8 de 1995 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 8 de julio de 1993 efectivo mes 8/1995, 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 PORVENIR S.A, 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 COLPENSIONES S.A., PORVENIR S.A., la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor.

QUINTO: Declarar no probada la excepción de prescripción PROPUESTA POR LAS PASIVAS y demás propuestas 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, 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 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.

- Explica que para la fecha de traslado de la actora, 7 de julio de 1995, la sentencia SL1452 de 2019 señala 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.

- 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 PORVENIR, trasladar a COLPENSIONES como administradora del régimen de prima media, los todos los valores recibidos desde el TRASLADO 7 de julio 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 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.

- Así mismo presenta inconformidad por la condena en costas.

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 de conclusión.

• **PARTE DEMANDADA:** La apoderada de COLPENSIONES indica que la actora alega engaño y falta de información suficiente para acceder al traslado de régimen, pero legalmente se trata de un acto libre y autónomo de la voluntad, siendo un deber propio conocer de los riesgos de estas decisiones conforme al artículo 1495 C. C. y el artículo 4 del decreto 2241 de 2010; sin que demostrara cumplir con este deber. Que sobre la carga de la prueba, invertirla no implica estar exento de evidenciar las situaciones alegadas y no se probó el engaño inducido que se planteó, más cuando pasaron años afiliada a ese otro régimen y ello implica una falta de diligencia que no puede evadirse. Alega además, que la Superintendencia Financiera ha señalado que cuando ha transcurrido la fecha límite, no es posible aceptar afiliaciones retroactivas, menos cuando ha pasado la edad límite de traslado y que en todo caso existe falta de legitimación en la causa en su contra, al no participar en la asesoría que dio lugar al traslado.

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 BRICEIDA RINCÓN CARREÑO 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 de la señora BRICEIDA RINCÓN CARREÑO, 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 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 PORVENIR, no debiendo cargar con las consecuencias del desequilibrio financiero. Por otra parte, PORVENIR advierte que no puede imponérsele 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 las A.F.P. PORVENIR; pues argumenta la 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 la actora se encontraba afiliada al INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL para el 17 de diciembre de 1987, donde alcanzó a cotizar 397,43 semanas y mediante formulario de vinculación o traslado suscrito el 7 de julio 1995 se afilió a A.F.P. PORVENIR, 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 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 la demandante, es decir, la señora BRICEIDA RINCÓN 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. 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 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 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 BRICEIDA RINCÓN CARREÑO 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 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 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, 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 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.

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, además que PORVENIR S.A 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 Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 14 de mayo de 2021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PPORVENIR 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 14 de mayo 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

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. 100, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.

Secretario

Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2020-00021-00
RADICADO INTERNO:	19.345
DEMANDANTE:	MERY JUDITH SEPÚLVEDA VILLAMIZAR
DEMANDADO:	PROTECCIÓN Y COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MERY JUDITH SEPÚLVEDA VILLAMIZAR contra PROTECCIÓN y COLPENSIONES, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2020-00021-00, y Radicación interna No. 19.345 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 14 de mayo 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 MERY JUDITH SEPÚLVEDA VILLAMIZAR 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 15 de diciembre de 1999, por la indebida y nula información que suministro el fondo privado para convencerla y que vició su consentimiento, por lo que solicita se ordene a las demandadas realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen, PROTECCIÓN trasladando todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual y COLPENSIONES recibéndolo para actualizar la historia laboral. De manera subsidiaria solicita que PROTECCIÓN asuma los perjuicios equivalentes a reconocer o compensar la diferencia del derecho pensional en las mismas condiciones y circunstancias a que tenía derecho, si se hubiese pensionado en el Régimen de Prima Media.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que nació el 11 de junio de 1959, cumpliendo la edad de jubilación en 2016; que se afilió al régimen de prima media el 24 de noviembre de 1992, donde cotizó 481 semanas mediante diferentes empleadores y el 15 de diciembre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual, mediante afiliación a PROTECCIÓN con una decisión aparentemente libre y voluntaria, no estando precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo. Que desde entonces ha cotizado 1020 semanas al fondo demandado y con ello acumula 1501 semanas cotizadas en total. Que tampoco se notificó de la edad límite para solicitar el traslado de regreso y la proyección pensional en la AFP equivale a un salario

mínimo (\$828.116) mientras que conforme al IBL en el RPM alcanzaría una mesada de \$2.987.641.

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 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, decisión que en todo caso generaría desfinanciación del sistema; 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 dado que sus asesorías son acompañadas de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones de sus ejecutivos; 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, el traslado fue libre y espontáneo, estando en el límite para prohibirle su traslado. Señala que para la época del traslado no existían los requisitos que ahora la jurisprudencia exige, ya ha transcurrido el término legal para que no prescriba la pretensión. 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 14 de mayo 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 MERY JUDITH SEPULVEDA VILLAMIZAR c.c. 60.275.,662 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 PROTECCION S.A, desde 15 DICIEMBRE DE 1999, y las subsiguientes por efecto Y HASTA EJECUTORIA DE LA SENTENCIA, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo pensional PROTECCION S.A, devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A., entidad que representa el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hubiere recibido CON OCASIÓN A LA AFILIADO DEMANDANTE, desde el TRASLADO 15 DICIEMBRE DE 1999 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 materializara en cuanto a los aportes existentes PROTECCION S.A, y respecto a los descuentos hechos POR TODO CONCEPTO DURANTE LA PERMANENCIA EN EL REGIMEN DE AHORRO PRIVADO, POR GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y OTROS CONCEPTOS COMO LAS PRIMAS PAGADAS POR SEGUROS PREVISIONALES, son a cargo de PROTECCION S.A., Término para el CUMPLIMIENTO 1 mes a la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO: DECLARAR que la PARTE demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliada 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, PROTECCION 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, PROTECCION 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 PROTECCION S.A, fondo en el cual se encuentra actualmente y que maneja la cuenta de la actor, respecto de todos los descuentos que ha realizado por gastos de administración, pago de seguros demás descuentos hechos, etc., con ocasión a la cuenta de la demandante afiliada, MIENTRAS ESTA EN DICHO REGIMEN, traducirlos en semanas cotizadas de acuerdo al IBC informado y sobre el cual cotizo la 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 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 son pruebas relevantes para resolver las cotizaciones demostradas al régimen de prima media, cédula de ciudadanía, reporte de tiempos laborados, respuestas a peticiones con proyección pensional y negando nulidad de traslado por diferentes fundamentos jurídicos; destaca como hechos aceptados las fechas y cotizaciones, así como las reclamaciones.

- Destaca que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y su modificación en la Ley 797 de 2003 consagraron los límites temporales para movilidad entre administradoras y regímenes, con lo que se garantiza la capacidad de disponer recursos para su funcionamiento e inversión; misma norma consagra que para la validez de estas determinaciones de movilidad debe evidenciarse la existencia de suficiente información sobre las consecuencias de esta decisión. Indicando que se deriva del artículo 1604 del código civil sobre prueba de diligencia y cuidado en quien adelanta un negocio, por lo que la carga de probar la existencia de esa información clara, completa y suficiente es de la demandada como parte de su deber profesional,

- 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 deber que tienen desde su misma creación, 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, para que el afiliado conociera además situaciones como el retracto o la posibilidad de devolverse pues lo importante no era el formulario sino haber entregado la información.

- 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, ni la carga procesal de

demostrar la entrega de adecuada información comparando ambos regímenes.

- Explica que la legislación ha exigido siempre alta responsabilidad a los promotores, como puede verse en artículo 10 del decreto 720 de 1994 donde se establece que cualquier error de estos compromete a la administradora y su responsabilidad; por lo que debió demostrarse la entrega de información que comprendiera ventajas y desventajas, la afectación o impacto en el derecho pensional específico del demandante.

- 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 afiliada por más de 20 años y eso genera obligaciones de información también de su parte, como identificar cuál era su perspectiva pensional más favorable y que en ese tiempo realizó actos tendientes a mejorar esta, pero nunca se interesó por conocer o profundizar sobre esto.

- Que los traslados de personas del RAIS al RPM generan una descapitalización en el fondo público pese a que la orden impone una devolución total, ya que imponen a COLPENSIONES soportar las diferencias pensionales de los sujetos a recibir; 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:

- Advierte que el artículo 97 del decreto 663 de 1993 exige una información de manera genérica y el artículo 13 de la ley 100 de 1993 confiere plena libertad para la elección o traslado de régimen a los afiliados, siendo

todas las normas citadas cumplidas por la Administradora, de donde realmente se desprende que el mero formulario es la prueba adecuada para acreditar la manifestación de voluntad del afiliado a trasladar y este se aportó.

- 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 y se trata de situaciones ya acaecidas, no siendo dable devolverlos pues se estaría desconociendo el trabajo que ha desplegado la administradora desde hace más de 20 años, vulnerándose el derecho a las restituciones propias y que se adquirieron de buena fe. Inclusive destaca que el seguro previsional es un descuento obligatorio y con una finalidad que no benefició a la demandada.

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 que se confirme la decisión de primera instancia, señalando que se solicitó la nulidad o ineficacia del traslado por haberse materializado sin información suficiente, necesaria y pertinente para materializar el convencimiento, indicando la jurisprudencia vigente que este deber correspondía a las Administradoras y que esa falta de información no se suple con la firma en un formulario, sino a través de la debida asesoría; que la pretensión tampoco depende de tener un derecho consolidado o en transición, sino que todo traslado debe estar precedido de una información adecuada para considerarse libre y voluntario.

- **PARTE DEMANDADA:** 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 MERY JUDITH SEPÚLVEDA VILLAMIZAR 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 MERY JUDITH SEPÚLVEDA VILLAMIZAR, 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 esa entidad no debe cargar con las consecuencias del desequilibrio financiero. Por otra parte, PROTECCIÓN advierte que se cumplieron las normas vigentes para la época del 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 la demandante que suscribió el formulario sin recibir información adecuada sobre los efectos que esto tendría en su futuro pensional, 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 desde 1995, donde alcanzó a cotizar 250 semanas como trabajadora de diferentes empleadores, previamente reporta tiempos de servicios públicos cotizados a CAJANAL de noviembre de 1992 a enero de 1995 y desde febrero de 2000 comienza a registrar aportes a PROTECCIÓN S.A., quien manifiesta que el formulario de afiliación se suscribió el 15 de diciembre de 1999, pero ni siquiera es aportado como prueba para ser valorado.

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, la señora SEPÚLVEDA VILLAMIZAR 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 al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para el 15 de diciembre 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 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 MERY JUDITH SEPÚLVEDA VILLAMIZAR 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, además de que no se aportó para ser analizado, 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 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 1999 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.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 14 de mayo de 2021; 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 14 de mayo 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. 100, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-004-2020 00022-01

P.T. No. 19467

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: GLORIA INÉS CACERES YAÑEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por las pasivas contra la sentencia del 24 de agosto de la anualidad que avanza, proferida por el juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia y en consulta a favor de Colpensiones.

Ejecutoriado el auto que admite las apelaciones se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltscuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-004-2020-00091-00
RADICADO INTERNO:	19.409
DEMANDANTE:	NANCY JANETH AMAYA DIAZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y MAPFRE S.A.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NANCY JANETH AMAYA DIAZ contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y la llamada en garantía MAPFRE, Radicado bajo el No. 54-001-31-05-004-2020-00091-00, y Radicación interna N° 19.409 de este Tribunal Superior, a conocer el recurso de apelación interpuesto por las demandadas SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y del grado jurisdiccional de consulta sobre la Sentencia del 01 de junio 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 NANCY JANETH AMAYA DIAZ interpuso demanda ordinaria laboral contra las A.F.P. PORVENIR S.A, SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, para que se declare la ineficacia del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y la nulidad de la afiliación a SKANDIA S.A., ordenando el retorno al régimen de prima media con la devolución a este de todos los aportes pensionales provenientes de las cotizaciones al sistema general de pensiones, junto con sus rendimientos financieros y se condene a las AFP asumir el deterioro sufrido por los dineros administrados que no se hubiera producido si los mismos hubieran permanecido bajo la administración de Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones refiere que se afilió al ISS (hoy COLPENSIONES) desde mayo de 1996; que en el mes de diciembre del mismo año la visitó un vendedor de seguros del fondo privado de pensiones y cesantías HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., quien le propuso trasladarse del RPMPD al RAIS, pero no le suministró la información y explicaciones necesarias para la toma de esa importante decisión, limitándose a explicarle que en el RAIS la pensión de vejez sería más alta que en el ISS para las

personas más jóvenes que realizaran aportes sobre una base de cotización alta y que los aportes después de las 1400 semanas se tenían en cuenta, por lo que se trasladó de régimen de buena fe al ser inexperta en los aspectos técnicos, financieros y actuariales que tienen que ver con el manejo de las pensiones; que fue trasladada de PORVENIR S.A. al fondo de pensiones SKANDIA, también conocido como OLD MUTUAL, en el mes de julio de 2014 y el traslado de capital se hizo efectivo el 06 de mayo de 2015, pero no le suministraron la ilustración suficiente para tomar la decisión de afiliarse a esta entidad. Manifestó que por no recibir información suficiente el traslado entre regímenes es nulo y que al momento de presentar la demanda contaba con 58 años, por lo que no podía trasladarse voluntariamente entre regímenes. Asimismo, exteriorizó que agotó reclamación administrativa antes las entidades citadas.

La demandada COLPENSIONES manifestó que acepta los hechos objetivos como fechas de nacimiento y de traslados, pero estimó que los demás debían probarse. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que se evidencia la manifestación libre y voluntaria de la demandante de permanecer al RAIS y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad; que existe una imposibilidad legal que impide realizar el traslado de régimen faltando menos de 10 años para pensionarse y a pesar de que los fondos privados trasladen la totalidad de Cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que el actor permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional. También exteriorizó que por ser ajena al conflicto surgido por los actos jurídicos celebrados entre la parte demandante y las administradoras de fondos de pensiones del RAIS, no es procedente condenar en costas a esta entidad. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, prescripción, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, buena fe y la innominada o genérica.

La AFP SKANDIA S.A. (antes OLD MUTUAL S.A.) se opuso a las pretensiones alegando que se atiene a lo probado. Que sus asesores brindaron a la demandante información integra sobre el RAIS, la cual quedó clara, y por consiguiente tomó la decisión de manera libre, espontánea y sin ningún tipo de coacción de realizar su solicitud de traslado de AFP el 25 de julio de 2014 como lo registra formulario de afiliación; que para esa época la demandante contaba con 53 años de edad, por lo tanto, se encontraba a menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. También manifestó que la actora no hizo uso del deber de auto información, teniendo en cuenta que el deber de información por parte de los fondos no puede ser ilimitado. Propuso las excepciones de: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, no es viable el traslado de la demandante al régimen de prima media, inexistencia de la obligación reclamada, no se reúnen los presupuestos de ley para la configuración de la nulidad o ineficacia alegada, falta de título y causa en la demandante, cobro de lo no debido, prescripción sin aceptación de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, buena fe y la innominada o genérica. Igualmente solicitó el llamamiento en garantía de MAPFRE S.A., para que en virtud del vínculo contractual, responda en caso de condena y reembolse los valores pagados por concepto de seguro previsional obligatorio.

El Procurador 10 Judicial I para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, presento concepto en los siguientes términos: que la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha concluido que, desde el inicio de operaciones de fondos privados de pensiones, a estos les era exigible el cumplimiento de un deber de información para con el afiliado, de manera tal que corresponde a estos dar cuenta de que lo documentaron clara y suficientemente de los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito; que la simple expresión impresa en el formulario de tratarse de una afiliación “libre”, “voluntaria” y “sin presiones”, no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información por parte del fondo de pensiones, como quiera que es deber del juez verificar que el consentimiento allí expresado fue realmente informado y que la información que proporcione el fondo de pensiones al afiliado debe ser oportuna, esto es, con anterioridad a tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, pues de lo contrario, está ya no tendrá efecto alguno para determinar su validez. Solicitó que en caso de proferir sentencia accediendo a las pretensiones de la demanda, se condenara al fondo de pensiones PORVENIR S.A., a asumir con cargo a su propio patrimonio la totalidad de las mermas sufridas por las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS.

La llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contesto que no le constan los hechos; que se opone a la prosperidad de las peticiones toda vez que la obligación estaba a cargo exclusivo de la Administradora de Pensiones PROVENIR S.A. como primera AFP que intervino en la vinculación al RAIS de la actora, advirtiéndole que a SKANDIA solo se afilió en el 2014, por tanto la aseguradora previsional es ajena a cualquier actuación relacionada al traslado, sin que en el clausulado de este contrato hubiese sido objeto la pensión de vejez y que esta póliza goza de plena validez, no se solicitó su nulidad, por lo que no es conducente solicitar la devolución de primas cuando el tiempo paso y el asegurador asumió los riesgos contratados. Propuso como excepciones a la demanda: inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa, prescripción y la innominada o genérica. Asimismo, se opuso al llamamiento y frente a este propuso las excepciones de: inexistencia de consecuencias al asegurador frente al deber d información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente valido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149 con vigencia entre el 1° de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018 e inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional.

La demandada AFP PORVENIR se opone a las pretensiones alegando que no existe vicio alguno que amerite o genere la nulidad o ineficacia del traslado y acceder a las suplicas de la demanda sería como que la demandante desconociera su propio acto, lo que contraviene el principio de buena fe negocial; agregó también, que el formulario de vinculación evidencia la manifestación unilateral, libre, espontánea y sin presiones de la actora y con la suscripción del mismo se dejó constancia de una debida asesoría; advirtió que dicho formulario fue aprobado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, hoy SuperFinanciera, y su contenido lo fija el Gobierno Nacional, vía decreto. Asimismo, señaló que la demandante actualmente se encuentra afiliada a una AFP diferente a PORVENIR S.A., por lo tanto, no es posible dar cumplimiento a las suplicas de la demanda, en el remoto evento de sentencia condenatoria y que la actora dejó pasar todas las oportunidades que las

disposiciones legales le ofrecían para retractarse de su elección o hacer válidamente un nuevo traslado de régimen pensional. Ppropuso las excepciones de: falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o 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 demandada contra la Sentencia del 01 de junio 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 NANCY JANETH AMAYA DE DIAZ, c.c. 27.898.469 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES S.A., al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **AFP HORIZONTE S.A. HOY PORVENIR S.A., en fecha 12 diciembre de 1996 folio 16 con efectos respecto del traslado inter-fondos privados a SKANDIA S.A., EN FECHA 25 JULIO DE 2014 FOLIO 50, ÚLTIMO FONDO DONDE ACTUALMENTE SE ENCUENTRA REGISTRADA, conforme a lo considerado.**

Segundo.- CONDENAR al fondo pensional SKANDIA 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 INTERFONDOS PRIVADOS PROCEDENTE DE HORIZONTE S.A., HOY PORVENIR S.A., la totalidad de los recursos que tienen su poder por la cuenta de la demandante, **siendo de cargo de PORVENIR S.A. la devolución de todos los valores representativos de los descuentos** hechos por gastos de administración y otros conceptos, efectuados en el régimen de AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD DE CADA COTIZACIÓN APORTADA A NOMBRE DE LA DEMANDANTE, desde el traslado de régimen y hasta cuando se cumpla lo aquí ordenado en caso de confirmarse la sentencia y se cause su ejecutoria. Término de cumplimiento 1 mes.

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 LAS DEMANDADAS, la que por sí sola no enerva lo pretendido por el actor.

Quinto.- Declarar no probada la excepción de prescripción PROPUESTA POR las pasivas CONFORME A LO CONSIDERADO.

Sexto.- Declarar decisión insita sobre las demás excepciones propuestas conforme a lo considerado.

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

Octavo- Condenar en costas con fundamento en el artículo 365-1 CGP en conc. Con el ACUERDO PSAA16-10554 ARTICULO 5 NUMERAL 1., PRIMERA INSTANCIA. a favor de la parte demandante y en contra de la demandada COLPENSIONES S.A., por haberse opuesto a las pretensiones de la demandante, sin ser determinante del traslado, se fijan las agencias en 1 s.m.l.m.v el cual asciende hoy a la suma de \$908.526, decreto 1785 de 2020, y respecto de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.,

en la suma de 2 s.m.l.m.v., que ascienden a \$1.817.052. Para cada fondo, igual a 1 salario mínimo legal \$ 908.526, las agencias fijadas se tendrán en cuenta en la liquidación de costas.

Noveno.- ABSOLVER a la llamada en garantía por parte de SKANDIA S.A., empresa MAFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., conforme a lo considerado.

Décimo.- *Condenar en costas a cargo de SKANDIA S.A. y a favor de la llamada en garantía MAFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se fijan las agencias en 2 s.m.l.m.v el cual asciende a la suma de \$908.526 decreto 1785 de 2020, valor total agencias \$ 1.817.052, conforme a lo considerado.*

Decimoprimer.- ORDENAR *así fuere apelado este fallo en su oportunidad, por parte de COLPENSIONES S.A., se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior funcional, en razón a que hay condena al imponerse una obligación al fondo pensional en mención.*

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que el litigio se fijó en declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS y con ello, se ordene a los fondos privados trasladar a COLPENSIONES todo el dinero que haga parte de su cuenta de ahorro individual correspondiente a los aportes como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales a la aseguradora, frutos e intereses desde el traslado y hasta que se produzca el reintegro efectivo de todos los valores que la actora ha venido aportando mensualmente al RAIS; que como la ineficacia solicitada fue producto de la conducta indebida del fondo privado, se condene a dicha entidad a asumir a su cargo el deterioro sufrido por los dineros administrados, el cual no se hubiera producido si los mismos hubieran permanecido bajo la administración de COLPENSIONES y se ordene a COLPENSIONES adelantar los tramites a que haya lugar para dar continuidad a la afiliación de la demandante en el RPMPD.

- Expuso de manera preliminar, que la fecha de traslado al RAIS fue el 12 de diciembre de 1996 a HORICONTE hoy PORVENIR S.A., y en fecha 25 de julio de 2014 paso a SKANDIA; señalando que los fondos tienen la obligación trascendental y fundamental desde su génesis de haber dado la información de acuerdo a lo previsto en la ley.

- Resaltó que de acuerdo a la fecha del traslado se aplica la sentencia SL1452 de 2019, donde se indicó que la información que tenía que darse era la necesaria y transparente, como lo dice artículo 272 de la ley 100 de 1993, incluyendo las características de los regímenes.

- Que en este caso como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia de su Sala de Casación Laboral, el fondo pensional debe probar que suministró la información, y desde el punto de vista procesal, respecto a un planteamiento de un hecho negativo indefinido de acuerdo al artículo 167 del C. G. del P., a la AFP le corresponde desvirtuar el hecho indefinido de que no se suministró información. Que para desvirtuar el hecho de la falta de información se aportó el formulario, pero ya ha dicho la Corte que este es insuficiente sobre la información que se dio, y los formularios pre

impresos aprobados por la Superfinanciera no dicen nada sobre la información que tenía que dar.

- Manifestó que para la época del traslado estaban vigentes el decreto 663 del año 1993, especialmente su artículo 97 que habla sobre la información suficiente a los usuarios, para con juicios claros y objetivos escoger la mejores opciones del mercado, e igualmente debió señalársele la opción de retracto de conformidad con el artículo 3° del Decreto 1161 del 94 que también establece el formulario que utilizó el fondo de pensiones en su oportunidad para el traslado de la demandada, pero en este caso no se acreditó al información vital, transparente y necesaria que tenía que darse para que lograra la actora la escogencia en forma libre, responsable, consiente y debidamente informada sobre las condiciones de operatividad de cada uno de los regímenes pensionales.

- Que sobre el tema un de las primeras sentencias fue la de radicado 31.989 del año 2008, en donde la Corte muestra una realidad y es la complejidad del tema de la información completa y comprensible a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto que son los fondos y un afiliado lego, en concordancia hay muchas sentencias en la misma línea, por ejemplo, la SL12136 del 14, SL19447 del 17, entre otras. Señalando que en estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado de acuerdo a la negativa indefinida.

- Exhibió que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto. Asimismo, señala que se cuestiona la conducta en el momento histórico respectivo en que se causó, que no se puede exigir a los fondos más allá de esto, razón por la que no se habla por ejemplo de la doble asesoría.

- Por lo anterior, accedió a las pretensiones de la demanda y por tanto declaró la ineficacia del traslado que la parte demandante efectuó del RPMPD al RAIS para HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., en fecha 12 de diciembre de 1996. Implicando que se prive desde su génesis todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS, que siempre estuvo afiliada al RPMPD y aclarando que será PORVENIR, como generadora, quien debe asumir la totalidad de la devolución de los conceptos descontados históricamente por gastos de administración y seguro previsional, por lo que no prospera el llamamiento en garantía.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la parte demandada PORVENIR

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

- Explica que para el año 1996, 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 que produjo el capital, se deben reconocer al fondo los gastos tales como las comisiones de administración y las primas pagadas de seguros que son necesarios para la producción de esos rendimientos que se ordenan restituir y adicionalmente se tenga en cuenta que en la condena se ordena a que sea PORVENIR el que asuma la totalidad de los gastos descontados debido a que fue el fondo determinante en el traslado, pero se debe tener en cuenta que también se produjo un traslado dentro del RAIS a SKANDIA que es el fondo que debe ser obligado a restituir por percibir las comisiones y gastos de administración, más cuando todo el capital pensional incluido los rendimientos fueron girados a esa AFP.

- Así mismo presenta inconformidad al reconocimiento de las primas del seguro previsional y por la condena en costas.

3.2 De la parte demandada SKANDIA

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

- Que no se probó la supuesta indebida asesoría, que por el contrario quedo demostrado que la AFP actuó siempre bajo los presupuestos legales por lo que es invalido que le indilgue una indebida asesoría o falta de información, desconociendo un acto jurídico que se encuentra consolidado y efectuado con pleno conocimiento.

- Que quedó acreditado que la demandante se trasladó a SKANDIA en el año 2014 cuando contaba con 54 años de edad, faltando menos de 10 años para tener derecho a acceder a la pensión de vejez lo que constituye un acto de relacionamiento.

- Que se torna improcedente la inversión de la carga de la prueba teniendo en cuenta que para la época de la afiliación o existían directrices legales que exigieran a las administradoras soportar ese acto con un documento adicional al formulario.

- Que en caso de ratificarse la condena de ineficacia se abstengan de imponer condenas adicionales respecto a cuotas o gastos de administración porque en caso de llevarse a cabo la devolución de dichos saldos se encontraría la demandante ante un enriquecimiento sin justa causa pues estaría recibiendo unos dineros generados por la buena administración de la AFP, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión prestada.

- Que en caso de que se ratifique la condena sobre la prima de seguros se condene a la llamada en garantía MAPFRE S.A. a devolverla por haberse pagado la prima del seguro.

3.3 De la parte demandada COLPENSIONES

- 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 afiliada 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 la demandante tenía vocación de permanecer el RAIS.

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:**

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

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

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

La apoderada de COLPENSIONES indica que la actora alega engaño y falta de información suficiente para acceder al traslado de régimen, pero legalmente se trata de un acto libre y autónomo de la voluntad, siendo un deber propio conocer de los riesgos de estas decisiones conforme al artículo 1495 C. C. y el artículo 4 del decreto 2241 de 2010; sin que demostrara cumplir con este deber. Que sobre la carga de la prueba, invertirla no implica estar exento de evidenciar las situaciones alegadas y no se probó el engaño inducido que se planteó, más cuando pasaron años afiliada a ese otro régimen y ello implica una falta de diligencia que no puede evadirse. Alega además, que la Superintendencia Financiera ha señalado que cuando ha transcurrido la fecha límite, no es posible aceptar afiliaciones retroactivas, menos cuando ha pasado la edad límite de traslado y que en todo caso existe falta de legitimación en la causa en su contra, al no participar en la asesoría que dio lugar al traslado.

El apoderado de SKANDIA S.A. solicitó revocar la decisión tomada por el juez de primera instancia en lo que concierne a la declaratoria ineficacia del traslado, en el entendido que al momento de la afiliación cumplió con los requisitos exigidos por la normatividad, brindando información completa, correcta y veraz sobre los beneficios y desventajas de pertenecer a ese régimen; y en el proceso no se probó cual fue la indebida asesoría a la que se alude.

Hizo hincapié en que se debe revisar el caso particular, resaltando que para la época de la afiliación la demandante contaba con 53 años de edad, encontrándose a menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y dicha situación se convierte en un acto de relacionamiento conforme a lo indicado por la Corte Suprema De Justicia.

Indica que en contravía de esas disposiciones legales, desde el año 2008 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha exigido a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones el cumplimiento de un deber de asesoría que no se encontraba a su cargo de conformidad con el régimen legal que les era aplicable. Señalando que de esta forma se desconocen las reglas generales sobre la aplicación de la ley en el tiempo, que han sido explicadas por la Corte Constitucional, Por lo que sostiene que no es dable invertir la carga de la prueba, que la demandante no hizo uso del deber de auto información.

Finalmente, solicita que se revoque lo que concierne a las comisiones de administración en el entendido que ha actuado de buena fe y ha generado los correspondientes rendimientos de las cotizaciones realizadas por la demandante, cumpliendo con sus obligaciones.

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:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala son los siguientes:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad del traslado de la señora NANCY JANETH AMAYA DIAZ del régimen de prima media a la administradora del régimen de ahorro individual HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. y si esto a su vez deja sin efecto la afiliación que la actora hizo dentro del RAIS a OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A.?,

¿Si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de la totalidad de los gastos de administración y demás conceptos descontados a cargo de PORVENIR S.A.?

¿Si resulta procedente condenar a la llamada en garantía MAPFRE S.A., para responder por la devolución de los descuentos por seguro previsional a favor de SKANDIA S.A.?

8. CONSIDERACIONES:

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora NANCY JANETH AMAYA DIAZ, 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 HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A.) y si por ende procedía la declaratoria de ineficacia del traslado inicial que se dio del RPMPD al RAIS 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 PORVENIR alegando que brindó una debida asesoría de carácter verbal y la voluntad debería constar en un formulario, que se deben reconocer al fondo los gastos tales como las comisiones de administración y las primas pagadas de seguros y que SKANDIA es el fondo que debe ser obligado a restituir por percibir las comisiones y gastos de administración. Por su parte SKANDIA S.A. manifestó que no se probó la supuesta indebida asesoría, quedando demostrado que la AFP actuó siempre bajo los presupuestos legales y COLPENSIONES afirmó que no procede 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.

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 las A.F.P. PORVENIR; pues argumenta la 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 la actora se encontraba afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde mayo de 1996 y en diciembre del mismo año se afilió a la A.F.P. HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A.), que posteriormente se afilió dentro del RAIS a la AFP OLD MUTUAL (hoy SKANDIA S.A.), apreciando en el recuadro en el centro del documento (formulario de afiliación a HORIZONTE S.A.) 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 las administradoras de fondos de pensiones COLPATRIA S.A. y HORIZONTE S.A. conforman hoy la AFP PORVENIR S.A.¹; 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.

Respecto a la AFP OLD MUTUAL SA a que se afilió la demandante con posterioridad a encontrarse con afiliación a la AFP HORIZONTE, se enfatiza que el fondo citado inicialmente pasó a llamarse SKANDIA S.A.²; entidad a la que se encontraba afiliada la actora al presentar la demanda.

Se resalta que no obran otras pruebas al plenario sobre lo acontecido al momento de esos traslado, es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en la demandante, es decir, la señora NANCY JANETH AMAYA DIAZ no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al

¹ Ver reportes en prensa:

<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1292961>;

<https://www.semana.com/empresas/articulo/fusion-entre-porvenir-horizonte/190254/>

² Ver reporte en prensa:

<https://www.eltiempo.com/economia/empresas/old-mutual-vende-sus-negocios-en-latinoamerica-a-cmig-international-194652>

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 HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A.) brindó a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; esto es, que para 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 HORIZONTE S.A. (hoy 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 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 NANCY JANETH AMAYA DIAZ 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.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que “a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por la actora pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

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 HORIZONTE S.A. hoy 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 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, 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.

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 resolver, en primer lugar, 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.

Además, da lugar a resolver la apelación de PORVENIR S.A. respecto de la condena en su contra para devolver la totalidad de los descuentos realizados a la actora por concepto de gastos de administración y seguro previsional;

pues la jurisprudencia ha sido enfática al indicar que estos deben ser asumidos por **todas** las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, dado que al momento de configurar cada afiliación les asistía el deber de información. Así se ha indicado 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).”*

Siguiendo este precedente, es posible establecer que le asiste razón al apelante AFP PORVENIR al reclamar que AFP SKANDIA también debe asumir los descuentos efectuados durante la época que duró su afiliación, por ser el receptor de todos los aportes del afiliado; de manera 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.

En consecuencia, se modificará lo resuelto en el numeral segundo de la providencia apelada y se condenará a A.F.P. PORVENIR y SKANDIA la devolución de todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y otros conceptos, efectuados en el régimen de AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD DE CADA COTIZACIÓN

APORTADA A NOMBRE DE LA DEMANDANTE, por el tiempo que estuvo afiliada la actora a cada entidad.

Condenada SKANDIA S.A., procede entonces a resolverse como último problema jurídico lo correspondiente al llamamiento en garantía de MAPFRE S.A.; dado que la entidad solicita que responda por los descuentos de seguro previsional, que fueron efectuados a los aportes de la actora con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 64 del C.G.P. señala:

“Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”

Respecto de las características de esta figura procesal, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en providencia SC1304 de 2018 explica:

“De allí que, con miras a precisar que en este fenómeno podían caber todas aquellas situaciones en que existe una relación de garantía, proveniente de ley o de convención, que habilite al llamante a convocar a un tercero que le proteja y pague por él o le reembolse lo que erogó por razón de la condena (...)

Al punto bien vale recordar que la Corte en providencia ya reseñada acudió a ejemplos de llamamiento en virtud de ley o convenio, dentro de los cuales descuella la solidaridad contractual y extracontractual. Dijo entonces:

Ejemplos de derecho legal son múltiples. Estos, entre otros: el deudor solidario que es demandado para pagar el monto de un perjuicio (Arts. 1579 y 2344 C. C.); el codeudor solidario demandado por obligación que no es posible cumplir por culpa de otro codeudor (Art. 1583-3 ibídem); el codeudor de obligación indivisible que paga la deuda (Art. 1587 ibídem); el comprador que sufre evicción que al vendedor debe sanear (Art. 1893 ibídem); Y de derecho contractual, se tiene el caso clásico de la condena en perjuicios al demandado, por responsabilidad civil contractual o aquiliana, que tiene amparados con póliza de seguro” (GJ CLII, primera parte N°. 2393, pág. SC del 14 oct. 1976).

Conforme a estos lineamientos, estima la Sala que la figura del llamamiento en garantía no está llamada a prosperar, por cuanto el contrato de seguro que regía entre la A.F.P. y la aseguradora tiene como amparo los riesgos de muerte e invalidez, no siendo dable extender la cobertura a la presente condena. Además, tampoco la relación legal encaja en los supuestos de llamamiento en virtud de la ley, al no identificarse como deudores solidarios por expresa disposición normativa.

En gracia de discusión, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la

*Sala ha adocrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- **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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”*

De lo anterior se desprende, que es la AFP quien al predeterminar la ineficacia, está llamada a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven; por lo que se confirmará el numeral noveno de la providencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

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, además que PORVENIR S.A, SKANDIA S.A y COLPENSIONES, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y ejercieron su actividad procesal contra las mismas, por lo que resultaron vencidas en este asunto y contra ellas procede plenamente la condena en costas.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá confirmar la decisión adoptada por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 01 de junio de 2021; finalmente, se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas PORVENIR S.A, SKANDIA S.A 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: MODIFICAR el numeral segundo de la providencia apelada, en el sentido de condenar a A.F.P. PORVENIR y SKANDIA a la devolución de todos los valores representativos de los descuentos hechos por gastos de administración y otros conceptos, efectuados en el régimen de AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD DE CADA COTIZACIÓN APORTADA A NOMBRE DE LA DEMANDANTE, por el tiempo que estuvo afiliada la actora a cada entidad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia de fecha del 01 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de esta providencia.

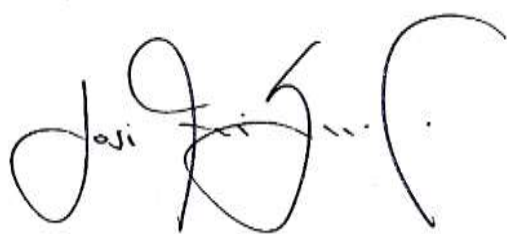
TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada PORVENIR S.A, SKANDIA S.A y COLPENSIONES. Fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$250.000 a cargo de cada demandada.

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. 100, fijado hoy en la Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RAD: 54-001-31-05-004-2021 00011-01

P.T. No. 19463

REF: ORDINARIO

DEMANDANTE: MARIA UBALDINA GONZALEZ PABÓN

DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Se ADMITE, el recurso de apelación interpuesto por las pasivas contra la sentencia del 20 de agosto de la anualidad que avanza, proferida por el juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, en el proceso ordinario de la referencia y en consulta a favor de Colpensiones.

Ejecutoriado el auto que admite las apelaciones se corre traslado para alegar por el término y forma señalada en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio 2020. En caso de que las partes requieran acceso al expediente, de conformidad con el artículo 4 del citado Decreto Legislativo podrán solicitar al correo electrónico de la Secretaría (secsltsuc@cendoj.ramajudicial.gov.co) las piezas procesales que requieran, determinando de manera clara y concreta la actuación que necesitan para su remisión al correo electrónico registrado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVER NARANJO

Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado
Por ESTADO No. 100, fijado hoy en la
Secretaria de este Tribunal Superior, a las 8 a.m.
Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario



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

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

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-498-31-05-001-2018-00350-00
RADICADO INTERNO:	19.271
DEMANDANTE:	ALEXANDER PINEDA RIOBO y OTROS
DEMANDADO:	CENS S.A. E.S.P. e INGENIERÍA 2000 S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ALEXANDER PINEDA RIOBO, ELIU SANJUÁN CARREÑO, FREDY PÉREZ ORTIZ, KATHERIM JHOULIM OSPINA MANZANO, NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, ORLANDO ALBERTO GARCÍA, RUBÉN DARÍO CLARO GALVÁN, YEISON VERGEL RINCÓN, CARLOS ANDRÉS ARENAS AVENDAÑO, OSCAR MAURICIO GARRIDO RODRÍGUEZ, RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO y FABIÁN OMAR ANGARITA PUENTES contra CENTRALES ELÉCTRICAS DE NORTE DE SANTANDER S.A. E.S.P. e INGENIERÍA 2000 S.A.S., Radicado bajo el No. 54-498-31-05-001-2018-00350-00, y Radicación interna No. 19.271 de este Tribunal Superior, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y las llamadas en garantía contra la Sentencia del 15 de marzo 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

Los doce demandantes solicitan sea declarada la existencia de contratos de trabajo a término indefinido entre ellos y La Empresa INGENIERÍA 2000 S.A.S., se ordene a esta y a CENS S.A. E.S.P.:

1. Reintegrar solidariamente los valores correspondientes a auxilio de transporte inicialmente reconocido y posteriormente descontado sin consulta ni autorización a ALEXANDER PINEDA RIOBO, ELIU SANJUÁN CARREÑO, FREDY PÉREZ ORTIZ, NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, ORLANDO ALBERTO GARCÍA y RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO, representados tabla anexa.

2. Los valores descontados directamente sin consulta, acuerdo previo o autorización legal; realizados al salario de los demandantes ELIU SANJUÁN CARREÑO, NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, FREDY PÉREZ ORTIZ, KATHERIM JHOULIM OSPINA MANZANO, ORLANDO ALBERTO GARCÍA, RUBÉN DARÍO CLARO GALVÁN, OSCAR MAURICIO GARRIDO RODRÍGUEZ Y RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO que fueron impuestos para sufragar el mantenimiento del parque automotor (camionetas y motocicletas) de propiedad de la contratista y la reparación de las herramientas de trabajo, elementos de protección personal, otros elementos de protección y diferentes descuentos realizados a cada uno, representados tabla anexa.
3. Las cesantías correspondientes a fracción o anualidad de 2016 de los demandantes FREDDY PÉREZ ORTIZ y RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO.
4. Sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por obrar de mala fe al incumplir la obligación de consignar las cesantías de 2016 antes del 15 de febrero de 2017, al pagarlas extemporáneamente y en el caso de FREDDY PÉREZ ORTIZ y RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO al no pagarlas.
5. Las cesantías e intereses a cesantías correspondientes al período de 2017 trabajado de todos los demandantes.
6. Las vacaciones dejadas de percibir por los años 2015 y 2016 a favor de FREDDY PÉREZ ORTIZ, ORLANDO ALBERTO GARCÍA, YEISON VERGEL RINCÓN y OSCAR MAURICIO GARRIDO RODRÍGUEZ; las vacaciones de 2016 dejadas de percibir por RUBÉN DARÍO CLARO GALVÁN y las de 2017 dejadas de percibir por todos los demandantes excepto ORLANDO ALBERTO GARCÍA.
7. La prima de servicios del primer semestre de 2017 adeudada a ALEXANDER PINEDA RIOBO, ELIU SANJUÁN CARREÑO, FREDY PÉREZ ORTIZ, NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, ORLANDO ALBERTO GARCÍA, RUBÉN DARÍO CLARO GALVÁN, YEISON VERGEL RINCÓN, CARLOS ANDRÉS ARENAS AVENDAÑO y RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO.
8. La prima de servicio del segundo semestre de 2017 adeudada a KATHERIM JHOULIM OSPINA MANZANO, ORLANDO ALBERTO GARCÍA, RUBÉN DARÍO CLARO GALVÁN, YEISON VERGEL RINCÓN, CARLOS ANDRÉS ARENAS AVENDAÑO y FABIÁN OMAR ANGARITA PUENTES.
9. Indemnización del artículo 65 del C.S.T. por mora en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales de todos los demandantes desde la terminación de su contrato.
10. Salarios dejados de percibir por parte de YEISON VERGEL RINCÓN, CARLOS ANDRÉS ARENAS AVENDAÑO, OSCAR MAURICIO GARRIDO RODRÍGUEZ y FABIÁN OMAR ANGARITA PUENTES.

11. Conceptos dejados de pagar por ley maría a favor de OSCAR MAURICIO GARRIDO RODRÍGUEZ y YEISON VERGEL RINCÓN.

Como fundamento fáctico refiere:

- Que, el 11 de febrero de 2015 mediante oferta pública, CENS S.A. E.S.P., publicó las condiciones para el proyecto de ejecución de actividades de mantenimiento en el sistema de distribución de energía eléctrica, determinando la estructura mínima requerida para desarrollar el objeto contractual y el tope salarial y el básico para los trabajadores necesarios; CENS S.A. E.S.P. e INTENIERÍA 2000 LTDA., celebraron contrato para ejecutar este proyecto y diferentes otrosí en el curso de su implementación, por el cual requería grupos de trabajo conformados por jefe de cuadrilla, linieros y auxiliares de redes, entre otros y para ello celebró contratos de trabajo individuales a término indefinido con los 12 demandantes que se ejecutaron de la siguiente manera:

No.	Nombre	Cargo	No. SMLV	Fecha inicio	Fecha finaliza
1	ALEXANDER PINEDA RIOBO	Liniero	2	09/06/2016	07/06/2017
2	ELIU SANJUÁN CARREÑO	Liniero	2	21/04/2015	13/05/2017
3	FREDY PÉREZ ORTIZ	Liniero	2	15/04/2015	17/07/2017
4	KATHERIM JHOULIM OSPINA MANZANO	Auxiliar de almacén	1	14/06/2014	21/07/2017
5	NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ	Liniero	2	21/04/2015	12/05/2017
6	ORLANDO ALBERTO GARCÍA	Liniero	2	16/06/2015	16/06/2017
7	RUBÉN DARÍO CLARO GALVÁN	Jefe de cuadrilla	2.3	21/04/2015	30/07/2017
8	YEISON VERGEL RINCÓN	Auxiliar de almacén	1.6	21/07/2015	31/08/2017
9	CARLOS ANDRÉS ARENAS AVENDAÑO	Asistente SIG	1	20/02/2017	31/08/2017
10	OSCAR MAURICIO GARRIDO RODRÍGUEZ	Tecnólogo	2.8	01/06/2015	20/09/2017
11	RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO	Auxiliar	1.2	03/07/2015	17/06/2017
12	FABIÁN OMAR ANGARITA PUENTES	Liniero	2	10/02/2016	31/08/2017

Que, INGENIERÍA 2000 S.A.S., elaboró mensualmente acta de liquidación de avances y se evidencia cobraba mensualmente los valores de auxilio de transporte de los demandantes como se contempló en el contrato suscrito, los cuáles solo canceló a los trabajadores de abril de 2015 a octubre de 2016.

Que, la empresa descontó sin autorización a algunos trabajadores este pago alegando que sobrepasó la base o debía recuperarse. Adicionalmente realizaba descuentos alegando que eran para sufragar el mantenimiento del parque automotor de su propiedad y la reparación de los elementos de protección personal, colectiva y otras herramientas de trabajo.

Que, canceló tardíamente las cesantías de 2016 y las pagó el 27 de julio de 2017 a todos excepto a FREDDY PÉREZ ORTIZ y RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO, y a la fecha se mantienen sin cancelar las prestaciones finales

correspondientes al año 2017, algunos salarios y las vacaciones de algunos períodos, e inclusive el pago de licencia de paternidad de 2 actores.

Que, solicitó copia de los contratos de trabajo, desprendibles de pago y soportes de pago, que fueron negados y solo por orden de tutela se entregaron, pero con una adecuación digital cubriendo con color amarillo el nombre del trabajador, impidiendo observar a quien pertenecen los documentos.

Que, CENS S.A. E.S.P. es responsable solidariamente de estos conceptos, al ser trabajadores de un proyecto contratado cuyas obras en principio corresponden a su objeto social como electrificadora, siendo del giro de sus negocios y así se ha reconocido previamente en fallo de Rad. 54498310500120170016100 respecto de otros trabajadores de la misma empresa.

La demandada CENS S.A. E.S.P., se opone a todas las pretensiones en su contra por lo siguiente:

- Las pretensiones carecen de fundamento fáctico y jurídico, dado que nunca fueron trabajadores de esa empresa, y es su empleador quien debe responder por las condenas solicitadas.
- Que la empresa es ajena y está exenta de esta responsabilidad, al no haber participado de manera directa o indirecta en la relación contractual entre ellos, no siendo tampoco solidariamente responsable pues las actividades contratadas no hacen parte de su objeto social ni son conexas a su actividad principal que es la prestación y venta de servicios públicos domiciliarios, cuyo objeto es comercialización, distribución y transmisión de energía eléctrica, mientras el contrato suscrito buscaba el mantenimiento del sistema de distribución de energía eléctrica.
- Propone como excepciones FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO e INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Solicitó también el llamado en garantía de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS – CONFIANZA S.A. para hacer efectiva la póliza No. 1262912-1 y No. CU008207 respectivamente, que cubra las prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores de INGENIERÍA 2000 LTDA. a favor de CENS S.A. E.S.P.

Mediante auto del 8 de marzo de 2019 se dispuso el emplazamiento de la demandada INGENIERÍA 2000 S.A.S., al no haberse logrado su notificación personal y el curador ad litem designado ALEXANDER MUÑOZ PABÓN, dentro de la oportunidad legal contestó señalando que no le constan los hechos y se atiene a lo probado, por lo que se allana a las pretensiones que resulten probadas.

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS – CONFIANZA S.A. contestó al llamamiento en garantía que no le constan los hechos de la demanda, y advierte que la póliza por la que se le convoca no cubre las pretensiones pues no existe una relación laboral entre los demandantes y CENS S.A. E.S.P.,

conforme a las condiciones generales del clausulado. Propone como excepción la INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD LABORAL ENTRE CENS S.A. E INGENIERÍA 2000 S.A.S., AUSENCIA DE COBERTURA DE INDEMNIZACIONES MORATORIAS Y DESPIDO INJUSTO E IMPROCEDENCIA DE AFECTACIÓN DE LAS PÓLIZAS AL NO EXISTIR SOLIDARIDAD.

SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. se opone a su convocatoria indicando que para ser efectivas las pólizas debe tenerse en cuenta su cobertura, por lo que revisados los hechos y pretensiones se logra evidenciar que la existencia de los contratos es anterior a la póliza en cuestión y por ende no tiene cobertura lo causado antes de su entrada en vigencia, sin que en todo caso pueda exceder el monto máximo asegurado, destacando que la misma póliza está comprometida en otros procesos de radicado 2018-00118 y 2018-00132, resaltando que al existir concurrencia de seguros debe tenerse en cuenta la distribución en proporción a la cuantía de cada uno. Propone como excepciones la COBERTURA, VIGENCIA, CONDICIONES, AMPAROS, LÍMITES Y EXCLUSIONES DEL SEGURO, LIMITE DE RESPONSABILIDAD POR MONTO MÁXIMO, COEXISTENCIA DE SEGUROS 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 demandada y las llamadas en garantía contra la Sentencia del 9 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña, mediante la cual se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de fondo propuestas por las demandadas, respecto de los descuentos reclamados de acuerdo con las consideraciones.

SEGUNDO: CONDENAR a INGENIERÍA 2000 S.A.S. al pago de las siguientes sumas de dinero:

Trabajador	Cesantías	Intereses	Vacaciones	Prima
ALEXANDER PINEDA RIOBO	\$679.711	\$35.572	\$321.722	\$679.711
ELIU SANJUAN CARREÑO	\$575.807	\$25.527	\$272.545	\$575.807
FREDY PÉREZ ORTIZ	\$852.886	\$56.006	\$1.757.725	\$852.886
KATHERIM OSPINA MANZANO	\$458.312	\$30.707	\$205.945	\$458.312
NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ	\$571.477	\$25.145	\$270.496	\$571.477
ORLANDO ALBERTO GARCÍA	\$718.676	\$39.767	\$1.558.574	\$718.676
RUBÉN DARÍO CLARO	\$989.770	\$69.284	\$1.343.260	\$989.770
YESION VERJEL RINCÓN	\$842.325	\$67.386	\$1.263488	\$842.325
CARLOS A ARENAS	\$547.238	\$43.779	\$194.675	\$547.238
OSCAR MAURICIO GARRIDO	\$1.491.828	\$129.292	\$1.807.407	\$1.491.828
RONALD MOISÉS TRILLOS	\$449.230	\$25.007	\$416.809	\$449.230
FABIÁN ANGARITA PUENTES	\$1.168.931	\$105.204	\$491.811	\$1.168.931

B. Pago de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. así:

Trabajador	Moratoria		24 meses
	Inicio	Fin	Valor
ALEXANDER PINEDA RIOBO	08/06/2017	08/06/2019	\$35.410.416
ELIU SANJUAN CARREÑO	14/05/2017	14/05/2019	\$35.410.416

FREDY PÉREZ ORTIZ	18/07/2017	18/07/2019	\$35.410.416
KATHERIM OSPINA MANZANO	22/07/2017	22/07/2019	\$17.705.208
NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ	13/05/2017	13/05/2019	\$35.410.416
ORLANDO ALBERTO GARCÍA	17/06/2017	17/06/2019	\$35.410.416
RUBÉN DARÍO CLARO	31/07/2017	31/07/2019	\$38.057.928
YESION VERJEL RINCÓN	01/09/2017	01/09/2019	\$28.328.328
CARLOS A ARENAS	01/09/2017	01/09/2019	\$17.705.208
OSCAR MAURICIO GARRIDO	21/09/2017	21/09/2019	\$43.300.320
RONALD MOISÉS TRILLOS	18/06/2017	18/06/2019	\$21.246.240
FABIÁN ANGARITA PUENTES	01/09/2017	01/09/2019	\$35.410.416

De esas fechas en adelante se deberán intereses tal y como se indicó con anterioridad.

C. INDEMNIZACIÓN DEL ART 99 DE LA LEY 50/90

1. ALEXANDER PINEDA RIOBO \$5.147.930
2. ELIU SÁNCHEZ CARREÑO \$3.713.260
3. FREDY PÉREZ ORTIZ \$1.357.142.
4. KATHERIM OSPINA MANZANO \$3.585.166
5. NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ \$2.380.000
6. ORLANDO ALBERTO GARCÍA \$6.205.094
7. RUBÉN DARÍO CLARO \$7.492.072
8. YESION VERGEL RINCÓN \$5.601.549
9. OSCAR MAURICIO GARRIDO RODRÍGUEZ \$9.802.711
10. RONALD MOISÉS TRILLOS \$6.301.743
11. FABIÁN OMAR ANGARITA \$7.492.072

D. PAGO DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD LEY MARÍA

1. OSCAR MAURICIO GARRIDO \$550.829
2. YEISON VERGEL RINCÓN \$336.930

TERCERO: DECLARAR PROBADA parcialmente las excepciones de fondo propuestas por CENS, respecto de los salarios reclamados e inexistencia de la obligación, de acuerdo con las consideraciones.

CUARTO: CONDENAR a las demandas INGENIERÍA 2000 S.A.S. y CENS a pagar las costas de este proceso, quienes por agencias en derecho deberán cancelar cada uno y a cada demandante, el 3,5% de las condenas con las que resultaron favorecidos, quedando excluidas obviamente las costas de los eventos amparados por las pólizas de seguro. Sin costas respecto de las llamadas en garantía pues su vinculación es con una de las demandadas y no con los demandantes.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

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

- Que, los problemas jurídicos a resolver se corresponden con la relación laboral que se alega existió entre los demandantes y la empresa INGENIERÍA 2000 S.A.S., advirtiendo entre folios 92 a 117 los contratos de trabajo firmados por los trabajadores, coinciden con los aportados por CENS S.A. E.S.P., por lo que se evidencia la existencia de los mismos y no se suscita controversia al respecto.

- Por lo anterior, el litigio se dirige a determinar sobre los descuentos y retenciones que los demandantes alegan haberse realizado sin su autorización por parte de INGENIERÍA 2000 S.A.S.; señalando que el artículo 59 del C.S.T. prohíbe realizar descuentos o retenciones no autorizadas por el trabajador y los únicos que pueden hacerse son los correspondientes a artículos 103, 150, 151, 152 y 400 del C.S.T. sobre multas por retardo, cuotas de cooperativas, cuotas sindicales, aportes a seguridad social y retención de impuestos. Por lo que entre folios 118 a 183 se evidencian los descuentos reclamados, sin que esté demostrado que se trate de situaciones autorizadas por ley o que existiera un consentimiento expreso para su realización. Por lo cual, ordena el pago de descuentos indebidos a favor de cada trabajador con la prescripción respectiva así: Alexander Pineda **\$534.120**, Eliu Sánchez **\$1.383.215**, Freddy Pérez **\$1.580.078** Nevardo Sánchez **\$971.200** Orlando García **\$1.598.393**, Ronald Quintero **\$118.722**, Rubén Claro **\$389.713** y Oscar Garrido **\$108.400**.

- Sobre la indemnización por no consignación oportuna de las cesantías del año 2016, estas debían cancelarse a más tardar el 14 de febrero de 2017 y se evidencia que fueron pagadas hasta el 27 de julio de 2017, folio 261, sin que INGENIERÍA 2000 lo justificará de manera alguna en esta actuación o se evidencie buena fe en su demora; por lo que se accederá a la misma que se liquidará por 163 días.

- Respecto de la liquidación final de los contratos de trabajo, no se allegan pruebas tampoco de haberse realizado estos pagos y por lo tanto, es procedente ordenar su pago, liquidándolos como se discrimina en la parte resolutive y sumando las vacaciones reclamadas de períodos anteriores. Lo que igualmente sucede con las licencias de paternidad reclamadas por OSCAR GARRIDO y YEISON VERGEL.

- En cuanto a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., advierte que tampoco se demostró por parte del empleador alguna razón atendible para que a la fecha no haya cancelado la liquidación final de prestaciones a sus trabajadores, siendo renuente a asistir al proceso y dar explicaciones por lo que no puede eximirse de su responsabilidad, ordenando el pago de este concepto por los primeros 24 meses en un día de salario cada día y después del mes 25 por los intereses de mora causados sobre las prestaciones adeudadas.

- Analizando la solidaridad pretendida respecto de CENS S.A. E.S.P., advierte que la jurisprudencia ha explicado que se responsabiliza al dueño o beneficiario de la obra por las deudas laborales que adquiere el contratista con los trabajadores empleados cuando las actividades que despliegan una y otro tengan el mismo giro ordinario normal vale decir tengan correspondencia en su objeto social; lo que aplicado al caso concreto se encuentra con una clara conexidad, dado que el objeto de CENS es objeto la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica con sus actividades complementarias de transmisión distribución y comercialización de energía, y los testigos señalaron que la actividad de los trabajadores estaba encaminada a atender las redes eléctricas para los usuarios de CENS, dado que este tenía un contrato de mantenimiento de redes eléctricas suscrito con INGENIERÍA 2000. Por ende, la actividad del contratista no era extraña al objeto social del contratante y debe responder en solidaridad, conforme al

artículo 34 del C.S.T., máxime cuando el artículo 28 de la Ley 142 de 1994 impone a esas E.S.P. la obligación de efectuar mantenimiento sobre las redes.

- Estudiando así el llamamiento en garantía, se verifica que la póliza 1262912-1 de SURAMERICANA, cuenta con coberturas para el contrato realizado entre CENS e ingeniería 2000 para el pago de los salarios prestaciones e indemnizaciones, sin ningún tipo de discriminación especificación, más allá del valor total de la cobertura y teniendo en cuenta la vigencia, cubre las prestaciones reclamadas. Respecto de CONFIANZA, su póliza cuenta con cobertura hasta el año 2019, cubriendo la vigencia de las condenas y de acuerdo con la cláusula 1.5 cubre acuerdo con la cláusula 1.5 cubre salarios, prestaciones e indemnizaciones pero exclusivamente del artículo 64 del C.S.T., por lo que no soporta las que fueron aquí impuestas. En lo demás cubrirán en proporción a los topes y coberturas las cuantías que es 62.77% de CONFIANZA y 37.22% para SURAMERICANA, excepto las indemnizaciones que no tienen cobertura de CONFIANZA por las que SURAMERICANA asume el 100%, siempre hasta el límite impuesto en la cobertura.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 Parte demandada CENS S.A. E.S.P.

La apoderada de la demandada CENS S.A. E.S.P. interpuso recurso de apelación por los siguientes argumentos:

- Que, está demostrado que todas las condenas se corresponden a derechos e indemnizaciones por el contrato de trabajo suscrito entre INGENIERÍA 2000 y los demandantes, sin que su representada tuviera la calidad de empleadora; por lo que desde su perspectiva no existe solidaridad dado que los objetos sociales de ambas empresas son diferentes, si bien la Ley 142 de 1994 establece como función de la empresa el mantenimiento de las redes, allí no se definen las actividades complementarias como distribución comercialización y transmisión las cuales hacen parte del objeto social de centrales eléctricas, precisando que cualquier servicio independiente que se contrate parte de una necesidad pero ello no lleva a concluir que estén dedicadas a la misma actividad, que es el requisito definitivo para que ocurra la solidaridad del artículo 34 del C.S.T.

- Que una cosa es el soporte tecnológico especializado que deben contratar la mayoría de empresas para realizar de mejor manera sus actividades, y otra cosa es el soporte técnico contratado en estricto sentido que se asimila a la actividad misional del contratante, que es el supuesto normativo y no se acreditó, por lo que es la empresa empleadora la única responsable de las acreencias laborales reclamadas, no existiendo solidaridad pues las actividades misionales no están enmarcadas en el campo que realiza la ingeniería especializada y es una mera actividad de soporte técnico que no genera la solidaridad predicada.

- Que la figura de contratación independiente respecto del contrato entre CENS e INGENIERIA 2000 fue validada por el Ministerio del Trabajo, en medio de una investigación sobre tercerización ilegal y que fue archivado por ser favorable.

- Que sobre las indemnizaciones moratorias por artículo 65 del C.S.T. y 99 de la ley 50 de 1990 por la mala fe de INGENIERIA 2000, solicita se revoque la condena a cargo de CENS toda vez que la entidad CENS sí actuó de buena fe, actuó de manera diligente y promovió escenarios de arreglo directo entre los demandantes y su empleador; que no aplica el régimen de contratación de la ley 80 de 1993 por el que puede declararse caducidad, sino el régimen especial de la Ley 142.

- Que se debe revocar la decisión de no imponer el pago de la moratoria del artículo 65 a la aseguradora CONFIANZA, dado que en la carátula de la póliza se menciona que se cubren salarios prestaciones e indemnizaciones sin hacer discriminación alguna o hacer excepciones, además que detallando la póliza se identifica el cubrimiento de todos los perjuicios que se llegaran a ocasionar a CENS por el incumplimiento en que incurra INGENIERÍA 2000 frente a sus trabajadores, señalando el amparo salarios, prestaciones e indemnizaciones y en la cláusula segunda sobre exclusiones no se expresa la indemnización del artículo 65 del C.S.T.

3.2 Llamado en garantía SURAMERICANA S.A.

El apoderado de la llamada en garantía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. indicó que interponía recurso de apelación sustentado en los mismos términos que la apoderada de CENS S.A. E.S.P.

3.3 Llamado en garantía CONFIANZA S.A.

El apoderado de COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS – CONFIANZA S.A. interpuso recurso de apelación por las siguientes razones:

- Que, conjunto a la ausencia de responsabilidad solidaria reclamada por la apoderada de CENS S.A. E.S.P., trae a colación providencia de radicado 33.082 de 2009, donde se concluye que no basta comparar los objetos sociales sino además que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste; por lo que debió mirarse la actividad específica desplegada por cada trabajador y no el objeto del contrato.

4. ALEGATOS

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

•PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte actora manifestó que se acreditaron los requisitos para declarar la existencia del contrato de trabajo con la firma contratista INGENIERÍA 2000 S.A.S., al evidenciar el cumplimiento de horarios, que se realizaban actividades de mantenimiento en sistemas de distribución eléctrica de CENS S.A. E.S.P. y que recibían órdenes directas a cambio de una retribución; anexándose los contratos suscritos entre los trabajadores y la empresa, así como entre esta y la empresa de energía eléctrica. Que hubo

descuentos indebidos realizados por concepto de auxilio de transporte y algunos supuestos daños al material, contrarios al artículo 149 del C.S.T.

Sobre la responsabilidad solidaria, señala que el contrato suscrito entre CENS S.A. E.S.P e INGENIERÍA 2000 S.A.S. es afín al objeto social de la primera, lo que ha sido ya reconocido previamente en una decisión del mismo Tribunal que debe acatarse por constituir precedente, por lo que solicita se confirme la decisión de primera instancia.

• PARTE DEMANDADA:

El apoderado de CENS S.A. E.S.P., manifiesta que se han corroborado los argumentos expuestos en la contestación de que han actuado ajustados a derecho y cumpliendo sus obligaciones legales, siendo INGENIERÍA 2000 LTDA., la única empleadora de los demandantes y CENS como su contratante, cumplió con todos sus compromisos contractuales. No existiendo ninguna razón para responder por las obligaciones incumplidas por el contratista, quien conforme al C.S.T. es el responsable del pago reclamado.

Que no existe responsabilidad solidaria, pues el Juez de primera instancia no realizó un examen exhaustivo de las labores efectuadas, siendo además que Las labores de mantenimiento contratadas a la demandada principal, INGENIERÍA 2000 LTDA, son extrañas a las actividades normales de CENS S.A. E.S.P., las cuales consisten en la “distribución, transmisión y/o comercialización de energía eléctrica” y se realizaron todos los pagos al contratista para que respondiera en su momento por esas obligaciones laborales

El apoderado de SURAMERICANA S.A., indica que como llamado en garantía si bien existe contrato de seguro de cumplimiento a favor de CENS S.A. E.S.P., para que proceda el reconocimiento debe ajustarse a la naturaleza de su póliza y cobertura, no siendo dable acceder a cubrir aquellos salarios y prestaciones anteriores a su vigencia y además debe tenerse en cuenta el saldo máximo asegurado, el cual ya ha sido afectado por una condena previa.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

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

6. PROBLEMAS JURÍDICOS POR RESOLVER:

Los problemas jurídicos propuestos a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Si de la relación laboral reconocida entre los doce demandantes y la demandada INGENIERÍA 2000 S.A.S. se desprende una responsabilidad solidaria a cargo de CENS S.A. E.S.P. conforme el artículo 34 del C.S.T. respecto de los salarios, prestaciones e indemnizaciones declarados?

¿Si CONFIANZA S.A, también debe responder como llamada en garantía por las indemnizaciones moratorias impuestas?

7. CONSIDERACIONES:

Dentro del presente asunto, los demandantes alegaron tener la calidad de trabajadores de La Empresa INGENIERÍA 2000 S.A.S. y en el curso de su relación laboral, esta incumplió diferentes obligaciones prestacionales a su favor por concepto de cesantías pagadas tardíamente, liquidación final, licencia de paternidad y como consecuencia de ello, solicita, se condene el pago de las indemnizaciones moratorias; así como también, se declare la responsabilidad solidaria de CENS S.A. E.S.P., quien contrató el mantenimiento de redes eléctricas a su empleador y cuyo objeto fue ejecutado por los actores.

Al respecto, el juez *a quo* encontró acreditada la existencia de la relación laboral, pues sobre la misma no había controversia, y como la demandada INGENIERÍA 2000 S.A.S. no acudió al proceso y fue representada por curado ad litem, no se evidenció prueba alguna sobre el cumplimiento de las obligaciones prestacionales reclamadas y accediendo a su pago y declarando a su vez, la responsabilidad solidaria de CENS S.A. E.S.P., al identificar conexidad entre sus objetos sociales y la labor contratada con los demandantes.

De otra parte, como CENS S.A. E.S.P. llamó en garantía a las aseguradoras SURAMERICANA S.A. y CONFIANZA S.A., para hacer efectivas las pólizas suscritas a su favor, por parte de INGENIERÍA 2000 S.A.S., al momento de celebrar los contratos; el juez *a quo*, accedió a esa declaración ajustando su responsabilidad a las condiciones de su respectivo clausulado.

En este caso, atendiendo a los recursos de apelación interpuestos, procede la Sala a determinar si La Empresa CENS S.A. E.S.P. debe responder solidariamente por las condenas impuestas a INGENIERÍA 2000 S.A.S. y a favor de los demandantes como trabajadores respecto de conceptos de prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones moratorias; así como a verificar si CONFIANZA S.A. también debe responder por los conceptos indemnizatorios en virtud de su llamamiento en garantía.

Significa lo anterior, que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del C.P.T.Y.S.S., esta Sala carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto de controversia por las partes, como las pretensiones a las que no se accedió y al no interponer recurso el curador de INGENIERÍA 2000 S.A.S., ninguna de las condenas impuestas y liquidadas, que en todo caso tampoco fueron objeto de apelación por las demás demandadas. Ahora bien, se evidenció que existen algunas condenas impuestas en la parte motiva de la providencia que no quedaron consignadas en la parte resolutive, como la orden por devolución de descuentos indebidos y como no fueron objeto de inconformidad, se advertirá de esta omisión al juez *a quo* para que adopte las correcciones correspondientes, conforme a los artículos 285 a 287 del C.G.P.

Como el objeto de la controversia es la presunta responsabilidad solidaria de CENS S.A. E.S.P. como beneficiaria de la obra contratada respecto de las acreencias laborales adeudadas por INGENIERÍA 2000 S.A.S. y demás condenas que le fueron impuestas, en virtud del artículo 34 del C.S.T., esta norma establece:

*“Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros. (...) pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista **por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores**, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.”*

La interpretación derivada de la norma en debate, es que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico y que éste debe desarrollar; de manera que es función elemental del juzgador establecer la actividad específica desarrollada por el trabajador para revisar, si la labor individualmente desarrollada por el trabajador en la obra constituye o no labores extrañas a las actividades normales de la empresa.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL21441 de 2020, reitera que *“la solidaridad en materia laboral entre el contratista y quien se beneficia de su labor, se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste”* y que *“para su determinación puede tenerse en cuenta, no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador”*.

Prosigue señalando la Corte que *“respecto del nexo de causalidad **entre la acción de los trabajadores y la actividad del contratista frente al beneficiario del servicio** (...) consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal”*; es decir, debe ser un análisis que parte de no exigir necesariamente identidad entre objeto social y labor, pero tampoco cualquier actividad resulta admisible. Concluyendo que *“el simple hecho de atender una necesidad del beneficiario del servicio no es suficiente para consolidar la responsabilidad solidaria, porque resulta consustancial a dicha relación de responsabilidad el hecho de que la actividad desplegada por el contratista que suple una insuficiencia del «dueño de la obra», suponga que sean intrínsecamente «normales de su empresa o negocio» o lo que es lo mismo, del giro ordinario de su objeto social”*.

Determina entonces la Corte que el análisis debe efectuarse sobre las siguientes situaciones:

“i) la existencia de una relación laboral entre el trabajador que presta su servicio y el contratista independiente;

ii) el vínculo de carácter comercial entre el contratista independiente y la persona natural o jurídica que se beneficia de la actividad y,

iii) *la relación de causalidad entre los dos vínculos o contratos suscitados con anterioridad*”.

Sobre el primer requisito, obran los siguientes contratos de trabajo entre cada demandante con INGENIERÍA 2000 S.A.S.:

1. ALEXANDER PINEDA RIOBO a partir del 9 de junio de 2016 para el cargo de operario técnico de redes o liniero.
2. ELIU SANJUÁN CARREÑO a partir del 21 de abril de 2015 para el cargo de operario técnico de redes o liniero.
3. FREDY PÉREZ ORTIZ a partir del 15 de abril de 2015 para el cargo de operario técnico de redes o liniero.
4. KATHERIM JHOULIM OSPINA MANZANO a partir del 14 de julio de 2014 para el cargo de auxiliar de almacén.
5. NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ a partir del 21 de abril de 2015 para el cargo de operario técnico de redes o liniero.
6. ORLANDO ALBERTO GARCÍA a partir del 16 de junio de 2015 para el cargo de operario técnico de redes o liniero.
7. RUBÉN DARÍO CLARO GALVÁN a partir del 21 de abril de 2015 para el cargo de operario técnico de redes o liniero.
8. YEISON VERGEL RINCÓN a partir del 22 de julio de 2015 para el cargo de auxiliar de almacén.
9. CARLOS ANDRÉS ARENAS AVENDAÑO a partir del 19 de febrero de 2017 para el cargo de Asistente del SIG.
10. OSCAR MAURICIO GARRIDO RODRÍGUEZ, a partir del 25 de mayo de 2015 para el cargo de asistente técnico de proyectos.
11. RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO a partir del 3 de julio de 2015 para el cargo de auxiliar de redes o liniero.
12. FABIÁN OMAR ANGARITA PUENTES a partir del 10 de febrero de 2016 para el cargo de operario técnico de redes o liniero.

Abordando la segunda situación, se evidencia que entre CENS S.A. E.S.P. y la empresa INGENIERÍA 2000 S.A.S., se celebró el contrato no. CT-2015-000046 del 24 de marzo de 2015 cuyo objeto era la *“ejecución de actividades de mantenimiento en el sistema de distribución de energía eléctrica, en el área de influencia de CENS-GRUPO 2”* conforme a las especificaciones, características y condiciones establecidas en la solicitud de oferta No. OC-015-000007, por el término de 9 meses hasta el 31 de diciembre de 2015.

Este contrato fue prorrogado el 28 de diciembre de 2015 por 12 meses mediante contrato CT-2015-000046-R1, por otrosí no. 1 hasta el 30 de abril de 2017, mediante otrosí no. 2 hasta el 30 de junio de 2017 y con otrosí no. 3 hasta el 17 de julio de 2017.

Se incorporó también certificado del personal contratado por INGENIERÍA 2000 S.A.S. para ejecutar el contrato No. CT-2015-000046 y donde se evidencia la actividad prestada por cada uno de los demandantes, en virtud de su contrato de trabajo, para cumplir el objeto contratado a favor de CENS S.A. E.S.P.

Acreditados los primeros supuestos de hecho, procede la Sala a verificar la relación de causalidad entre los dos vínculos y posteriormente, respecto de las labores ejecutadas por los trabajadores.

El punto de partida, es identificar el giro ordinario de los negocios del contratante CENS S.A. E.S.P., que conforme a su certificado de existencia y representación legal es “la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, sus actividades complementarias de transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica; prestar los servicios de calibración, ensayos e inspección de medidores, transformadores, instrumentación eléctrica y demás elementos asociados al desarrollo de las actividades de la sociedad; todos los servicios de telecomunicaciones, así como la comercialización y prestación de servicios o actividades de telecomunicaciones y actividades complementarias, de acuerdo con el marco legal y regulatorio. Igualmente **para lograr la realización de los fines que persigue la sociedad o que se relacionen con su existencia o funcionamiento, la empresa podrá celebrar y ejecutar cualesquiera actos y contratos**, entre otros: prestar servicios de asesoría, consultoría, interventoría, intermediación, importar, exportar, comercializar y vender toda clase de bienes o servicios, recaudo, facturación, toma de lecturas, reparto de facturas, construir infraestructura, **prestar toda clase de servicios técnicos, de administración, operación o mantenimiento de cualquier bien**, contrato de leasing o cualquier otro contrato de carácter financiero **que se requiera**, contrato de riesgo compartido y demás que resulten necesarios y convenientes para el ejercicio de su objeto social”.

El segundo elemento a determinar es la conexidad de este objeto social con las labores subcontratadas con INGENIERÍA 2000 S.A.S.; para lo cual se acudirá a la solicitud de oferta No. OC-015-000007, que contiene las particularidades de la actividad para la cual se suscribió el contrato no. CT-2015-000046; y cuyas especificaciones técnicas establecen el alcance de los servicios contratados así:

*“Ejecutar las actividades necesarias para el **mantenimiento de instalaciones de redes eléctricas de distribución**, para cada uno de los Grupos relacionados, de conformidad con lo dispuesto en los numerales de este capítulo. (...)*

*Realizar las actividades o trabajos relacionados con la **reposición, reubicación e instalación de elementos que constituyen las redes de media y baja tensión**; además las tareas designadas por el interventor y que sean orientadas a la recolección y entrega de información requerida para **la gestión del mantenimiento predictivo, preventivo y correctivo en el Sistema de Distribución Local (SDL) de CENS.***

*Los recursos se utilizarán para realizar **trabajos en redes de energía eléctrica, primarias y secundarias, niveles de tensión 1, 2 y 3, es decir sistemas con tensión nominal menores o iguales a 62 kV del sistema de distribución de energía eléctrica, y acometidas domiciliarias**, propiedad de Centrales Eléctricas del Norte de Santander.”*

Conforme a esta descripción, es evidente la conexidad entre el objeto social de CENS S.A. E.S.P. y la actividad contratada a INGENIERÍA 2000 S.A.S., pues el mantenimiento de las redes de energía eléctrica que permiten la distribución del servicio público domiciliario es indispensable para garantizar la continuidad, seguridad y permanencia de la transmisión. Además, el objeto social incorporó expresamente entre sus actividades la prestación de servicios de mantenimiento de cualquier bien que resulte necesario y conveniente para

el ejercicio de su objeto social, lo que indiscutiblemente abarca las redes que permiten transmitir y distribuir la energía eléctrica como servicio a prestar.

Respecto al argumento del apelante de que el mero mantenimiento no puede equipararse a la actividad misional como requisito legal de la solidaridad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL2288 de 2020 advierte que para enervar las consecuencias del artículo 34 del C.S.T.:

“debe demostrarse que la labor desplegada por el contratista independiente no guarda relación de conexidad con la actividad misional del beneficiario o dueño de la obra (CSJ SL7459-2017), lo que significa que el ejercicio demostrativo emprendido por este último debe estar encaminado a acreditar que la obra o el servicio contratado no hace parte de «una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico» (CSJ SL, 5 feb. 2014, rad. 38651). (...)

no es desconocido para la Sala que en otras oportunidades se ha entendido que los servicios públicos o las labores de simple mantenimiento, son extrañas a la labor misional del dueño de la obra (CSJ SL, 10 oct. 1997, rad. 9881, reiterada en la CSJ SL2262-2018); empero, de acuerdo a los supuestos fácticos que no son objeto de ataque por este cargo y cuya razonabilidad ya fue estudiada al resolver el anterior, el caso bajo análisis no corresponde al de una escueta conexión al servicio de energía eléctrica, sino al de la instalación y puesta en funcionamiento de una solución de conectividad más compleja, para una infraestructura especializada, diferente por tanto al que se implementaría en una edificación ordinaria y sujeta a un diseño hecho a la medida de las necesidades de la operación.”

Se deriva de lo anterior, que si bien las labores de simple mantenimiento de una infraestructura suelen ser ajenas a su objeto social, debe analizarse si dichas actividades son funcionales al servicio prestado porque en dicho caso resultan indispensables para su adecuado ejercicio; lo que es ratificado en sentencia SL2441 de 2020, donde se evidenció solidaridad de un operario de limpieza respecto de la actividad de una termoeléctrica, dado que *“permitía, precisamente, la funcionalidad de un determinado complejo locativo que tendría la virtualidad de generar energía eléctrica”*.

Siguiendo este razonamiento, labores de mantenimiento como las contratadas buscaban precisamente garantizar la funcionalidad de las redes de energía eléctrica, indispensable para la ejecución del objeto social de CENS como empresa prestadora de dicho servicio público domiciliario. Lo que, *prima facie*, activa el supuesto legal de la solidaridad respecto de las obligaciones laborales del contratista.

Ahora bien, conforme a lo expuesto previamente, asiste razón al apoderado de CONFIANZA S.A. cuando reclama que además de la coincidencia entre objeto social y naturaleza del contrato entre las empresas debió analizarse específicamente en cada caso si la actividad que cada trabajador desplegó para dicha contratación, benefició a CENS S.A. E.S.P. siendo labores relacionadas con su objeto social. Es decir, el nexo de causalidad que debe quedar demostrado, es que dentro de dicho contrato general, la labor particular del trabajador benefició a la empresa contratante en un asunto relacionado con su objeto social.

Bajo este entendido, evidenciamos que entre los demandantes se desplegaron 4 cargos diferentes y se procederá a estudiar cada uno de ellos:

1. Operario técnico de redes o liniero: Labor desarrollada por 8 de los demandantes (ALEXANDER PINEDA RIOBO, ELIU SANJUÁN CARREÑO, FREDY PÉREZ ORTIZ, NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, ORLANDO ALBERTO GARCÍA, RUBÉN DARÍO CLARO GALVÁN, RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO y FABIÁN OMAR ANGARITA PUENTES)

De conformidad con el anexo “Personal contrato” donde se establece la organización de los trabajadores demandantes en la ejecución del contrato CT-2015-000046, estos linieros estaban asignados a “cuadrillas tipo T5” y sobre las funciones de estas cuadrillas, relacionadas en la Oferta, constan:

- Instalar, retirar o trasladar transformadores de distribución, equipos de protección y seccionamiento.
- Retensionar o trasladar redes primarias y/o secundarias aéreas o subterráneas, en niveles de tensión 1, 2 y 3, es decir sistemas con tensión nominal menores o iguales a 62 KV. Para el caso en particular el máximo nivel de tensión es de 34.5 KV.
- Balancear o equilibrar circuitos de baja tensión energizados.
- Corregir problemas de neutro energizados en circuitos de baja tensión energizados.
- Realizar aberturas de hoyos, canaletas, resanes en concreto o tableta (según el caso) anilladas y fundidas en concreto para los postes de baja o media tensión.
- Realizar revisiones técnicas y diagnósticos en redes de media y baja tensión de circuitos en falla.
- Conectar, desconectar y/o operar equipos de seccionamiento de red de media tensión y transformadores de distribución.

Entre otras funciones, estas permiten evidenciar claramente que eran trabajadores indispensables para la ejecución del contrato pues su labor está directamente relacionada con el mantenimiento de las redes eléctricas y los equipos necesarios para su funcionamiento. Por lo que existe un nexo de causalidad entre la labor desplegada y el objeto social de la demandada, para predicar la responsabilidad solidaria.

2. Auxiliar de almacén: Labor desarrollada por KATHERIM JHOULIM OSPINA MANZANO y YEISON VERGEL RINCÓN

De conformidad con el anexo “Personal contrato” donde se establece la organización de los trabajadores demandantes en la ejecución del contrato CT-2015-000046, estos cumplían funciones de auxiliar administrativa y de almacén; sin embargo, estos cargos no se encuentran relacionados en la estructura organizacional de los equipos de trabajo requeridos en la Oferta, donde se identifican expresamente los siguientes perfiles: ingeniero coordinador, tecnólogo residente, jefe de cuadrilla, liniero, personal operativo.

Tampoco se acreditó por los demandantes cuáles eran específicamente sus funciones, aunque en la oferta se identifica como obligación del contratista que *“almacenará y manejará los materiales de acuerdo con las recomendaciones del fabricante y las exigencias legales, teniendo especial*

cuidado con sustancias tóxicas, radiactivas, inflamables, explosivas o contaminantes del medio ambiente”.

Ahora bien, la labor de almacenamiento de materiales no se evidencia como inherente para la funcionalidad de la prestación del servicio público de energía eléctrica o para su transmisión, distribución y comercialización; por lo que no se desprende el nexo de causalidad que permita predicar la responsabilidad solidaria del contratante.

3. Asistente del SIG: Labor desarrollada por CARLOS ANDRÉS ARENAS AVENDAÑO.

De conformidad con el anexo “Personal contrato” donde se establece la organización de los trabajadores demandantes en la ejecución del contrato CT-2015-000046, el señor ARENAS AVENDAÑO ejerció el cargo de auxiliar de salud ocupacional; cargo que tampoco está relacionado en la estructura organizacional de los equipos de trabajo requeridos en la Oferta, mencionados anteriormente y no se acreditó por parte del demandante, cuál era su función específica.

Ahora bien, en la Oferta se determina que el contratista está obligado a dar cumplimiento a las leyes colombianas de salud ocupacional y que en el valor de los precios unitarios ofrecidos se encuentran comprendidos los costos que se deriven del cumplimiento de las normas de seguridad y salud ocupacional, para ejecutar los trabajos.

Conforme a la Ley 1562 de 2012, salud ocupacional o seguridad y salud en el trabajo se define como la *“disciplina que trata de la prevención de las lesiones y enfermedades causadas por las condiciones de trabajo, y de la protección y promoción de la salud de los trabajadores. Tiene por objeto mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo, así como la salud en el trabajo, que conlleva la promoción y el mantenimiento del bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las ocupaciones”.*

Atendiendo a este concepto, resulta evidente que esta disciplina es totalmente ajena al objeto social de CENS S.A. E.S.P. y que pese a beneficiarse de ella, por cuanto el contratista debía contar con un especialista en esta área, al no tener nexo de causalidad con su giro ordinario de negocios se hace improcedente la solidaridad reclamada.

4. Asistente técnico de proyectos: Labor desarrollada por OSCAR MAURICIO GARRIDO RODRÍGUEZ

De conformidad con el anexo “Personal contrato” donde se establece la organización de los trabajadores demandantes en la ejecución del contrato CT-2015-000046, el señor GARRIDO RODRÍGUEZ ocupaba el cargo de Tecnólogo residente de la regional Ocaña y su cargo está identificado en la estructura organizacional de los equipos de trabajo requeridos en la Oferta, donde se determina como parte de sus funciones la recepción de las instrucciones del contratista para planificar el mantenimiento y/o remodelación y/o expansión de redes de media o baja tensión. Lo que permite relacionar directamente sus funciones con la labor contratada y que ya se ha identificado como conexas al objeto social del contratante, demostrándose el nexo de causalidad del que se desprende la solidaridad.

Fluye de lo expuesto, que habrá de confirmarse la declaratoria de solidaridad de CENS S.A. E.S.P. por las condenas impuestas al empleador INGENIERÍA 2000 S.A.S., respecto de los trabajadores ALEXANDER PINEDA RIOBO, ELIU SANJUÁN CARREÑO, FREDY PÉREZ ORTIZ, NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, ORLANDO ALBERTO GARCÍA, RUBÉN DARÍO CLARO GALVÁN, RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO, FABIÁN OMAR ANGARITA PUENTES y OSCAR MAURICIO GARRIDO RODRÍGUEZ.

Sin embargo, se revocará la decisión de imputar dicha responsabilidad solidaria respecto de los demandantes KATHERIM JHOULIM OSPINA MANZANO, YEISON VERGEL RINCÓN y CARLOS ANDRÉS ARENAS AVENDAÑO, al no evidenciarse nexo de causalidad entre la labor desplegada para INGENIERÍA 2000 S.A.S. y el objeto social de CENS S.A. E.S.P. Por lo que se declarará probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA sobre estos actores, propuesta por las apelantes.

Finalmente, CENS S.A. E.S.P. indica en su apelación que no puede imputársele la responsabilidad solidaria sobre las indemnizaciones moratorias, pues no se demostró que actuara de mala fe y que por el contrario, su actividad siempre fue de buena fe al ser un tercero respecto de la ejecución de la relación laboral desplegada por INGENIERÍA 2000 S.A.S.; sin embargo, el artículo 34 del C.S.T. es claro al identificar que la responsabilidad solidaria se extiende a las indemnizaciones, sin hacer distinción o imponer condición alguna.

Así lo entiende la Sala de Casación Laboral en providencia SL751 de 2021 al indicar:

*“(...) si bien esta indemnización se materializa después de que se surte el finiquito contractual, las obligaciones sociales cuyo impago se castiga si se causaron durante el contrato de trabajo, luego, **si aquella es consecuencial de estas, nada obsta para que el deudor solidario quede obligado a su cancelación, si así le es exigido por la acreedora.** Dicho de otro modo, subsiste esa carga en cabeza de la sociedad impugnante, dado que la fuente generadora de la indemnización por mora, es decir los salarios y prestaciones adeudados se consolidaron durante el tiempo que la accionante fue trabajadora, que es, en últimas, lo que impone el texto del artículo 43 del CST. Con todo, como ya se dijo, la entidad bancaria siempre quedará en posición de subrogarse en la acreencia contra la empresa contratista, una vez cancele la obligación.”*

Por ende, respecto de los nueve trabajadores restantes se confirmará íntegramente la responsabilidad solidaria de CENS S.A. E.S.P.

Finalmente, la demandada CENS S.A. E.S.P. solicita que se ordene a CONFIANZA S.A. dar total cobertura con su póliza al cubrimiento de las indemnizaciones moratorias, dado que el juez *a quo* concluyó una vez revisado el clausulado que dicha aseguradora solo contenía cobertura para la indemnización por despido injusto. Alegando la empresa apelante que la carátula de la póliza indica la cobertura de indemnizaciones y las exclusiones no contienen las moratorias.

Al respecto, se advierte que sí existen diferencias entre las coberturas de las pólizas otorgadas por SURAMERICANA S.A. y CONFIANZA S.A. para cubrir los incumplimientos del contratista en favor de CENS S.A. E.S.P. dentro del

contrato No. CT-2015-000046; como se desprende del siguiente párrafo extraído del respectivo anexo:

Confianza:

1.5 AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES

EL AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES A QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 64 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO, CUBRE A LAS ENTIDADES CONTRATANTES CONTRA LOS PERJUICIOS ORIGINADOS EN EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A QUE ESTÁ OBLIGADO EL GARANTIZADO, ÚNICAMENTE RELACIONADAS CON EL PERSONAL UTILIZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO AMPARADO EN LA PÓLIZA. EN LOS CASOS EN LOS CUALES PUEDA PREDICARSE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE LA SOLIDARIDAD PATRONAL A LA QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 34 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO Y SE OTORGA BAJO LA GARANTÍA DE QUE LA ENTIDAD CONTRATANTE HA VERIFICADO QUE EL GARANTIZADO SE ENCUENTRA CUMPLIENDO CON SUS OBLIGACIONES PATRONALES RELATIVAS AL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL DEL QUE TRATA LA LEY 100 DE 1993.

ESTE AMPARO EN NINGÚN CASO SE EXTIENDE A CUBRIR AL PERSONAL DE LOS SUBCONTRATISTAS O A AQUELLAS PERSONAS VINCULADAS AL GARANTIZADO BAJO MODALIDADES DIFERENTES AL CONTRATO DE TRABAJO.

Suramericana:

4. AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES.

ESTE AMPARO CUBRE A LA ENTIDAD CONTRATANTE CONTRA EL DAÑO EMERGENTE ORIGINADO EN EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A QUE ESTÁ OBLIGADO EL CONTRATISTA, RELACIONADAS CON EL PERSONAL UTILIZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO AMPARADO BAJO ESTA PÓLIZA.

Nótese cómo en el clausulado de Suramericana, se determina la expresión indemnizaciones laborales sin especificación alguna y por el contrario en la de Confianza, se condiciona “indemnizaciones a que hace referencia el artículo 64 del C.S.T.”; respecto de la correcta hermenéutica de los contratos de seguro, la Sala de Casación Civil en providencia SC20950 de 2017, se reiteró que *“en caso de ambigüedad o imprecisión en las estipulaciones, la hermenéutica que se les dé debe preferir, antes que la elusión de riesgos, unos efectos adversos a quien la redactó y favorecedores a la parte que adhiere al clausulado, con el fin de superar cualquier inequidad y evitar el abuso de la posición dominante de la compañía aseguradora, que debe actuar con lealtad en cuanto a la fijación del nivel de responsabilidad asumida de conformidad con el artículo 1056 del Código de Comercio”*.

En este caso, ambas contratantes de la póliza son empresas en igualdad de condiciones y por ende, no puede afirmarse que una tuviera posición dominante respecto de la otra, además el contratante también debió haber revisado la cobertura de las pólizas exigidas desde la oferta al contratista y no puede ahora negar la existencia de una cobertura restringida, dado que el clausulado es muy específico al delimitar su extensión. Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió al llamado en garantía CONFIANZA S.A. respecto de las indemnizaciones moratorias.

En consecuencia, se confirmará parcialmente la decisión de primera instancia que declaró la responsabilidad solidaria de CENS S.A. E.S.P. frente a las obligaciones laborales de INGENIERÍA 2000 S.A.S. con 9 demandantes y se revocará respecto de 3, manteniendo lo correspondiente a las coberturas de las llamadas en garantía. Sin embargo, se adicionará un numeral que aclare esta responsabilidad, en línea con la parte motiva de la providencia de primera instancia, para evitar confusiones sobre las responsabilidades de las coberturas.

Finalmente, al proceder favorablemente la apelación de CONFIANZA S.A. no habrá condena en costas en su contra y respecto de CENS S.A. E.S.P., como su apelación no prosperó se le condenará en costas de segunda instancia respecto de los nueve demandantes a quien les favorece la solidaridad; fíjense como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente y se modificará el numeral cuarto de la parte resolutive, pues la

condena en costas a cargo de CENS S.A. E.S.P. solo se predica respecto de los nueve demandantes sobre los que hay solidaridad.

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 parcialmente la sentencia del 9 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Ocaña y declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL CONTRATANTE, propuesta por CENS S.A. E.S.P. y CONFIANZA S.A., respecto de los demandantes KATHERIM JHOULIM OSPINA MANZANO, YEISON VERGEL RINCÓN y CARLOS ANDRÉS ARENAS AVENDAÑO, según lo expuesto en la parte motiva; en consecuencia **ABSOLVER** a CENS S.A. E.S.P. y las llamadas en garantía SURAMERICANA S.A. y CONFIANZA S.A., de las pretensiones elevadas en su contra por dichos demandantes, incluyendo la condena en costas de primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás aspectos la sentencia impugnada, según lo explicado anteriormente, respecto de los demandantes ALEXANDER PINEDA RIOBO, ELIU SANJUÁN CARREÑO, FREDY PÉREZ ORTIZ, NEVARDO ALEXIS SÁNCHEZ BOHÓRQUEZ, ORLANDO ALBERTO GARCÍA, RUBÉN DARÍO CLARO GALVÁN, RONALD MOISÉS TRILLOS QUINTERO, FABIÁN OMAR ANGARITA PUENTES y OSCAR MAURICIO GARRIDO RODRÍGUEZ.

TERCERO: ADVERTIR al *a quo* para que adopte las correcciones correspondientes, conforme a los artículos 285 a 287 del C.G.P., respecto de la condena por devolución de descuentos que no fue incorporada en la parte resolutive de la providencia de primera instancia.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandada CENS S.A. E.S.P. Fijar como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente a favor de cada uno de los nueve demandantes identificados en el numeral segundo.

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. 100, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 30 de septiembre de 2021.



Secretario