



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 204-2021

Rad. n° 23-001-31-05-004-2021-00085-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de esta última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 15 de junio de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MÁXIMO BAENA LÓPEZ contra la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, al estimar que no fue debidamente informado de los aspectos favorables o desfavorables del mismo.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la parte demandante al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación o traslado de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que a la parte demandante le falta menos de 10 años

para cumplir con la edad de pensión; que se está afectando la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la parte demandante y de COLPENSIONES alegaciones de conclusión, reiterando las que hicieron en la audiencia del artículo 80 del CPTSS.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha de desatarse el grado de consulta que se surte a favor de

COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si procede la ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, **(ii)** las consecuencias de esa ineficacia.

3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma

3.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es cualificada, pues tratase de una libertad **informada**, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado, asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia. En ese orden de ideas, les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que, conforme al artículo 1604 del CC, la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre el particular, resultan pertinentes, entre otras, las **Sentencias SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

3.2. Se aduce que la administradora del RAIS cumplió con las exigencias que exigía la Ley y la jurisprudencia para la época del traslado o afiliación a dicho régimen.

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las sentencias de la Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexecutable de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019,**

SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

3.4. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

3.5. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

3.6. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del

sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento de tipo consecuencialista no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

En efecto, en la **SL2877-2020**, nuestro órgano de cierre señaló:

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

3.5. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o

la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, lo cual se ajusta a derecho.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES resultó ser parte vencida en la primera instancia, ya que se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron.

6. Costas

Dado que hubo replica al recurso de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a

COLPENSIONES, en favor de la parte demandante (CGP, art. 365.8°).

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a cargo de PROTECCIÓN, PORVENIR Y COLPENSIONES S.A., en 1 SMMLV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

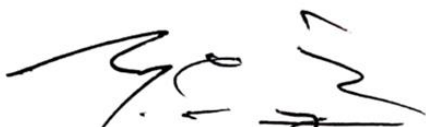
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 204-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-004-2021-00085-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	1
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. RECURSO DE APELACIÓN.....	2
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver	3
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado	7
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	8
6. Costas	8
V. DECISIÓN.....	9
RESUELVE:	9
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	10



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 210-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-003-2019-00165-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la demandada y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor, con respecto a la sentencia de 18 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral que promovido por RONY ALBERTO CORTES PALOMO VS ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Se pide condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la finada ELIDA ROSA VIDAL PALOMO, madre del demandante, la cual fue reclamada el 8 de octubre de 2018, sin que, a la fecha de la presentación de la demanda, la demandada hubiese dado respuesta a dicha reclamación.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la demandada, COLPENSIONES se opuso y formuló las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de las obligaciones reclamadas y prescripción*.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se tramitaron de forma separada, y, en cuanto a las pruebas, en la última audiencia mencionada se recibieron los testimonios de DIANA PATRICIA VILLADA MUÑOZ y BETHSY GARAY ZARAZA, solicitados por la parte actora.

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

Con esta se negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada con la demanda, pero, en ejercicio de las facultades extra petita, condenó a la demandada al reconocimiento a favor del actor, de la pensión de sobrevivientes que dejó causa la madre de éste, al estimar probados los presupuestos de dicha pensión, establecidos en

los artículos los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. El monto pensional lo estableció en suma equivalente al SMMLV, determinando como disfrute a partir del 03 de julio de 2018 (fecha del deceso de la causante) hasta el 19 de marzo de 2019 (fecha de cumplimiento de la mayoría de edad del derechohabiente), por lo que impuso como monto de la condena la suma de \$6.918.678, la que además debe ser indexada.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES apeló el fallo, arguyendo que, en la demanda no se pidió la pensión de sobrevivientes, sino la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

V.ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La vocera judicial de COLPENSIONES presentó alegaciones reiterando sus afirmaciones expuestas al sustentar la apelación.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si le era dable al Juzgado reconocer la pensión de sobrevivientes, siendo que en la demanda se pidió la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. De ser así, ha de establecerse: **(ii)** si la finada ELIDA ROSA VIDAL PALOMO dejó causada la pensión de sobrevivientes; **(iii)** si el demandante tiene derecho a dicha pensión de sobreviviente; **(iv)** la excepción de prescripción; y, **(v)** si hay lugar a modificar el monto de la mesada y el respectivo retroactivo pensional; y, **(vi)** la indexación.

Para efectos de resolver los primeros interrogantes, se deberá establecer la normatividad aplicable al derecho pensional invocado.

3. Facultad del juez de primera instancia de reconocer la pensión de sobrevivientes

3.1. El juez de primera y única instancia tiene facultades extra y ultra petita (Vid. Art. 50 CPTSS; CC, Sentencias C-662 de 1998 y C-968-2003, Corte Constitucional; y, CSJ, Sentencias SL15496-2017, SL4028-2017 y SL, 9 jun. 2009, rad. 34118), por ende, le era dable a la A quo reconocer la pensión de sobrevivientes a pesar que lo pretendido por el demandante fue la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues aquélla es un derecho irrenunciable, el cual además terminó siendo debatido en la primera instancia, a tal punto que los apoderados de ambas partes en sus alegatos de conclusión antes de la sentencia inicial, hicieron hincapié en la referida prestación pensional.

3.2. Y, no solo por lo antes expresado, sino porque, además, en la reclamación administrativa la parte demandante también pidió la pensión de sobrevivientes, según se desprende del formato de COLPENSIONES sobre solicitudes de prestaciones económicas, diligenciado el actor y adjuntado con la demanda (*Vid. pág. 18 y ss, pdf “2. demanda y anexos”*), por lo que tampoco cabe el hipotético reparo de la falta de competencia del Juzgado por ausencia de agotamiento de reclamación administrativa, ya que, como se dijo, el derecho pensional sí fue reclamado en sede administrativa a la demandada.

En ese orden de ideas, se pasa entonces a establecer si la finada ELIDA ROSA VIDAL PALOMO. dejó causada la pensión de sobrevivientes y si el demandante es beneficiario de la misma.

4. La finada afiliada sí dejó causada la pensión de sobrevivientes

4.1. La normatividad aplicable para efectos de determinar la procedencia de la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento (**Vid. Sentencias SL1994-2019 y SL15965-2016**). Por tanto, como la causante ELIDA ROSA VIDAL PALOMO, falleció el 3 de julio de 2018 (Vid. Certificado de defunción, pdf “*GEN-RCD-AP-2018_13823364-20181031014149*”), la normatividad aplicable para establecer si él dejó causada la pensión de sobrevivientes y si el actor es beneficiario de la misma, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones que le fueron introducidas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

4.2. De acuerdo al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 12 de la Ley 797 de 2003, para dejar causada la pensión de sobrevivientes, el causante ha debido haber cotizado 50 semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anterior al fallecimiento.

4.3. En el caso, se cumple con la densidad pensional antes requerida, por cuanto la causante, según lo revela el reporte de semanas cotizadas emanado de COLPENSIONES (Vid. págs.. 26 a 31, pdf. “*2. demanda y anexos*”), cotizó más de 50 semanas, dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, concretamente

cotizó 149,13 semanas del 3 de julio de 2015 al mismo día y mes de 2018, fecha esta última del fallecimiento de aquélla - de la causante-.

5. Respecto a si el demandante es beneficiario de la pensión de sobrevivientes

5.1. De acuerdo al literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, entre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes figuran *«los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes»*.

5.2. 1. Pues bien, es hijo de la causahabiente y a la fecha del fallecimiento de ésta, aquél contaba con 24 años de edad, pues nació el 19 de marzo de 1994 (Vid. pág. 32 *pdf* “2. demanda y anexos”).

5.2. 2. Ahora, del certificado expedido el 10 de julio de 2018 por el Director del Instituto Nacional de Educación y Superación POLITÉCNICO INDES, el actor se matriculó para cursar el IV Semestre del programa técnico laboral de Ayudante de Electricidad, con dedicación semanal de 20 horas; prueba ésta que cumple con lo establecido en la Ley 1574 de 2012.

Si bien el certificado señala que el inicio de las clases correspondía al 4 de agosto de 2018, no por ello cabe inferir que el demandante no tenía la condición de estudiante para la fecha del fallecimiento de la causante (3 de julio de 2018), pues no puede pasarse por alto que se trata del inicio de las clases del IV Semestre, lo que permite deducir que el actor cursó anteriormente los 3 semestres del programa arriba mencionado.

5.2. 3. Además, el anterior certificado ha de ser valorado en conjunto con las demás pruebas, y, al respecto, también se recaudaron los testimonios de DIANA PATRICIA VILLADA MUÑOZ y BETHSY GARAY ZARAZA, que dan cuenta no sólo de la dependencia económica del actor con respecto a su madre causahabiente, sino también de su condición de estudiante.

Por consiguiente, ha de tenerse al actor como beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

6. Fecha de disfrute de la pensión y excepción de prescripción

Dado que la fecha de disfrute de la pensión de sobreviviente lo es a partir del fallecimiento de la causante, esto es, desde el 3 de julio de 2018, es claro que no están prescritas las mesadas pensionales, porque a la fecha de

presentación de la demanda, incluso a fecha de la sentencia de primera instancia, no transcurrió el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

7. Monto, número de mesadas y retroactivo pensional

7.1. Como quiera que el monto fijado para la pensión de sobreviviente se estableció en la suma equivalente a 1 SMLMV, no es necesario dilucidar el mismo, por cuanto el accionante se mostró conforme con tal determinación, pues no apeló la sentencia; y, además, no es dable aquí agravar la situación de la demandada COLPENSIONES, a quien, por demás, es a su favor el grado jurisdiccional de consulta; como tampoco hay lugar a disminuir dicha cuantía pensional, habida cuenta que, de conformidad con el inciso 3° del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, el valor de la pensión de sobrevivientes no puede ser inferior al del salario mínimo legal mensual (Vid. SL16277-2014 y SL10718-2017).

7.2. No encuentra reparos la Sala al monto del retroactivo pensional establecido por el A quo, pues el mismo se dedujo de las mesadas pensionales equivalente al SMLM vigente para la fecha de disfrute de la pensión, y, para tal efecto, aplicó el descuento de los aportes al SGSS en salud.

8. La indexación

La indexación de la condena se ajusta a derecho, porque aquélla tiene su fuente en la equidad que goza de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887, 19 del CST y 230 de la Constitución (Vid. SL127-2018, SL193-2018 y SL3951-2014, entre otras).

Suficientes son las anteriores consideraciones para confirmar la sentencia apelada y consultada.

9. Costas

No se impondrá condena por este concepto en esta segunda instancia, dado que no hubo replica al recurso de apelación, y, por ende, se estima que no se causaron (CGP, art. 365.8°).

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

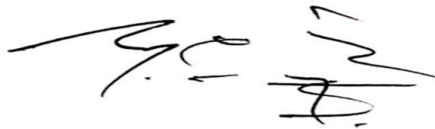
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada que fue proferida en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído.

Rad. 23-001-31-05-003-2019-00165-01. Folio 210-2021.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente a su Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 210-2021..... 1

Radicado nº. 23-001-31-05-003-2019-00165-01..... 1

I. OBJETO DE LA DECISIÓN..... 1

II. ANTECEDENTES 1

 1. La demanda 1

 2. Trámite y contestación de la demanda..... 2

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA..... 2

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN..... 3

V.ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 3

VI. CONSIDERACIONES 3

 1. Presupuestos procesales 3

 2. Problema jurídico 4

 3. Facultad del juez de primera instancia de reconocer la pensión de sobrevivientes 4

 4. La finada afiliada sí dejó causada la pensión de sobrevivientes 6

 5. Respecto a si el demandante es beneficiario de la pensión de sobrevivientes 7

 6. Fecha de disfrute de la pensión y excepción de prescripción..... 8

 7. Monto, número de mesadas y retroactivo pensional..... 9

 8. La indexación..... 10

 9. Costas 10

VII. DECISIÓN 10

RESUELVE: 10

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE 11



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 200-2021

Rad. n° 23-001-31-05-001-2019-00182-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por todos los entes demandados, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 2 junio de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por WALTER ANTONIO BARROS PAYARES contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A y la beneficiaria de la consulta.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, al estimar que no fue debidamente informado de los aspectos favorables o desfavorables del mismo.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demandan formulando excepciones de mérito.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la parte demandante al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación o traslado de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que a la parte demandante le falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; que se está afectando la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Protección S.A.

Muestra inconformidad con la condena a devolver los gastos de administración, porque a causa de la administración se produjeron los rendimientos financieros, y, por ende, esta condena constituye un empobrecimiento sin causa para Protección S.A., además ésta actuó de buena fe y los contratos de tracto sucesivo no se resuelven, sino que se terminan.

3. Apelación de Porvenir S.A.

Expone que la parte actora se trasladó libremente y, en cuanto a los gastos de administración, dijo que la administración es una función de los fondos y sin ello no hay rendimientos financieros, además que el legislador solo incluye la devolución de saldos y rendimientos financieros en los traslados de régimen.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la parte demandante y de la demandada presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación de las apelaciones efectuadas en la audiencia del artículo 80 del CPTSS.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha de desatarse el grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si procede la ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, **(ii)** las consecuencias de esa ineficacia.

3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma

3.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es cualificada, pues tratase de una libertad **informada**, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado, asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia. En ese orden de ideas, les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que, conforme al artículo 1604 del CC, la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre el particular, resultan pertinentes, entre otras, las **Sentencias SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada.

Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

3.2. Se aduce que la administradora del RAIS cumplió con las exigencias que exigía la Ley y la jurisprudencia para la época del traslado o afiliación a dicho régimen.

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las sentencias de la Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexecutable de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

3.4. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable

de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

3.5. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

3.6. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento de tipo consecuencialista no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de

la libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

En efecto, en la **SL2877-2020**, nuestro órgano de cierre señaló:

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

3.5. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte

demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, lo cual se ajusta a derecho.

4.2. Ahora, en cuanto a las réplicas sobre el tema de los gastos de administración, para no acogerlas, además de lo ya dicho, se trae a colación la sentencia **SL2877-2020** de la Honorable Sala de Casación Laboral, en la que ese órgano de cierre discurrió:

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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”.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES resultó ser parte vencida en la primera instancia, ya que se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron.

6. Costas

Dado que hubo replica a los recursos de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a todas las demandadas, en favor de la parte demandante (CGP, art. 365.8°).

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a cargo de PROTECCIÓN, PORVENIR Y COLPENSIONES S.A., en 1 SMMLV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

La mentada condena en esta segunda instancia, estará a cargo de las demandadas en proporciones iguales (CGP, art. 365-6°).

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

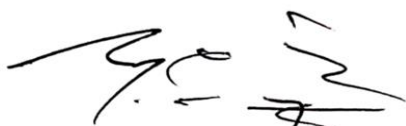
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 200-2021 1

Rad. n° 23-001-31-05-001-2019-00182-01 1

I. OBJETO DE LA DECISIÓN 1

II. ANTECEDENTES 2

 1. Demanda 2

 2. Contestación y trámite 2

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA 2

IV. RECURSOS DE APELACIÓN 2

 1. Apelación de Colpensiones 3

 2. Apelación de Protección S.A. 3

 3. Apelación de Porvenir S.A. 3

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 4

VI. CONSIDERACIONES 4

 1. Presupuestos procesales..... 4

 2. Problema jurídico a resolver 4

 3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma..... 5

 4. Consecuencias de la ineficacia del traslado 8

 5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia 10

 6. Costas 10

VII. DECISIÓN 11

RESUELVE: 11

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE 12



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 203-2021

Rad. n° 23-001-31-05-004-2020-00054-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de esta última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 11 de junio de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS CORREA REYES contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, al estimar que no fue debidamente informado de los aspectos favorables o desfavorables del mismo.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la parte demandante al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación o traslado de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que a la parte demandante le falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; que se está afectando la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Protección S.A.

Expone que la parte actora se trasladó libremente y, en cuanto a los gastos de administración, dijo que la administración es una función de los fondos y sin ello no hay rendimientos financieros, además que el legislador solo incluye la devolución de saldos y rendimientos financieros en los traslados de régimen.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con

los reparos y la sustentación de las apelaciones efectuadas en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, una vez que fueron notificados en estrado de la sentencia de primera instancia (Vid. Sentencia SL4430-2014).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha de desatarse el grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si procede la ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, **(ii)** las consecuencias de esa ineficacia.

3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma

3.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es cualificada, pues tratase de una libertad **informada**, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado, asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia. En ese orden de ideas, les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que, conforme al artículo 1604 del CC, la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre el particular, resultan pertinentes, entre otras, las **Sentencias SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

3.2. Se aduce que la administradora del RAIS cumplió con las exigencias que exigía la Ley y la jurisprudencia para la época del traslado o afiliación a dicho régimen.

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las sentencias de la Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexecutable de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

3.4. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es

consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

3.5. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

3.6. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento de tipo consecuencialista no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

En efecto, en la **SL2877-2020**, nuestro órgano de cierre señaló:

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

3.5. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente

indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, lo cual se ajusta a derecho.

4.2. Ahora, en cuanto a las réplicas sobre el tema de los gastos de administración, para no acogerlas, además de lo ya dicho, se trae a colación la sentencia **SL2877-2020** de la Honorable Sala de Casación Laboral, en la que ese órgano de cierre discurrió:

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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”.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES resultó ser parte vencida en la primera instancia, ya que se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron.

6. Costas

Dado que no hubo replica a los recursos de apelación, no hay lugar a condenar en costas en esta segunda instancia (CGP, art. 365.8°).

V. DECISIÓN

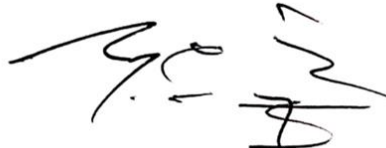
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 203-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-004-2020-00054-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Protección S.A.	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	10
6. Costas	10
V. DECISIÓN	10
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	11



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 222-2021

Radicado n° 23-001-31-05-003-2018-00304-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, con respecto a la sentencia del 25 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por NELLY DEL CARMEN GOMEZ PATERNINA contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Se pide en la demanda la declaración de la existencia de la relación laboral entre la accionante, como trabajadora, y

la entidad demandada, como empleadora; y, en consecuencia, se condene al ICBF a pagar a reajustes, salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales señalados en el mentado libelo genitor del proceso.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, el ICBF no la contestó oportunamente.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se celebraron acorde con la ley.

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

A través de ésta, el A quo negó las pretensiones de la demanda, al estimar, en resumen, que la actividad de madre comunitaria no configura un contrato de trabajo con el ICBF.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegaciones de conclusión.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

La Sala encuentra presente los presupuestos de eficacia y validez del proceso. Por ende, corresponde desatar de fondo

el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante.

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: i) Si la relación entre la demandante, por su actividad de madre comunitaria, y el ICBF, tipificó un contrato de trabajo; y, en caso afirmativo, (ii) la procedencia de las prestaciones, indemnizaciones y demás rubros laborales reclamados con la demanda.

3. La actividad de madres comunitarias no tipifica contrato laboral con el ICBF

3.1. La doctrina constitucional sentada por la Sala Plena guardiana de la carta, ha sido que, la relación entre el ICBF y las madres comunitarias no es de carácter laboral, puesto que, la misma obedece a *«un enfoque solidario y de corresponsabilidad social en beneficio de los menores»* (**Vid. Sentencias SU-224 de 1998, T-269 de 1995, T-668 de 2000, T-990 de 2000, T-1081 de 2000, T-1117 de 2000, T-1173 de 2000, T-1605 de 2000, T-1674 de 2000, T-158 de 2001, T-159 de 2001 y T-1029 de 2001, A-186 de 2017 y SU079 de 2018, entre otros**).

El único precedente que sostuvo que sí lo era, lo fue la sentencia **T-480-2016** de la Sala Octava de Revisión, que, justamente, por contrariar la doctrina de la Sala Plena de la Corte Constitucional, ésta -la Sala Plena- declaró su nulidad, mediante **Auto 186 de 2017**.

3.2. El mentado carácter solidario y de corresponsabilidad, más no laboral, entre las madres comunitarias y el ICBF, fue reiterado de forma terminante por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia **SU079-2018**, acertadamente invocada por la A quo para sustentar la sentencia consultada.

3.3. Descendiendo los anteriores prolegómenos al caso, es evidente que el contrato de trabajo invocado entre la demandante y el ICBF, y, de contera, los rubros laborales consecuenciales, se hincan en la actividad de madre comunitaria de aquélla, razón por la cual resulta atinada la sentencia de primera instancia, que negó todo ello.

Es más, de accederse aquí a la declaración de la existencia de la relación laboral invocada, se estaría profiriendo una providencia desconocedora del precedente constitucional sentado por la Sala Plena de la Corte Constitucional, lo cual es una causal de procedencia de acción de tutela contra sentencias judiciales (**Vid. Sentencias SU114-18, SU415-15, SU949-14, SU640-1998, SU168-1998 y T-022-19, entre muchos otros**).

Lo dicho se estima suficiente para confirmar la aludida sentencia.

4. Costas

Sin costas por haberse desatado el grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente a su Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE MAGISTRADOS



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 222-2021..... 1

I. OBJETO DE LA DECISIÓN 1

II. ANTECEDENTES 1

 1. Demanda 1

 2. Trámite y contestación de la demanda 2

III. LA SENTENCIA CONSULTADA 2

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN..... 2

V. CONSIDERACIONES..... 2

 1. Presupuestos procesales 2

 2. Problema jurídico a resolver..... 3

 3. La actividad de madres comunitarias no tipifica contrato laboral con el ICBF..... 3

 4. Costas 4

VI. DECISIÓN 5

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE..... 5



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 216-2021

Rad. n° 23-001-31-05-004-2019-00356-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 24 junio de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JHON FERNANDO ESCOBAR RIOS contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la recurrente y beneficiaria de la consulta.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, al estimar que no fue debidamente informado de los aspectos favorables o desfavorables del mismo.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demandan formulando excepciones de mérito.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la parte demandante al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Arguye que COLPENSIONES no fue parte o no participó en la afiliación o traslado de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que a la parte demandante le falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; que la parte actora no hizo uso de la facultad de retracto; que se está afectando la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales del demandante y de COLPENSIONES, presentaron alegaciones de conclusión, reafirmando sus argumentaciones de primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha

de desatarse el grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si procede la ineficacia del traslado de los respectivos demandantes al RAIS. Y, de ser así, **(ii)** las consecuencias de esa ineficacia.

3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma

3.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es cualificada, pues tratase de una libertad **informada**, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado, asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia. En ese orden de ideas, les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que, conforme al artículo 1604 del CC, la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre el particular, resultan pertinentes, entre otras, las **Sentencias SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

3.2. Se aduce que la administradora del RAIS cumplió con las exigencias que exigía la Ley y la jurisprudencia para la época del traslado o afiliación a dicho régimen.

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las sentencias de la Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexecutable de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019,**

SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

3.4. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

3.5. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

3.6. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del

sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento de tipo consecuencialista no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

En efecto, en la **SL2877-2020**, nuestro órgano de cierre señaló:

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

3.5. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o

la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, salvo a la demandada PROTECCIÓN S.A., porque, a voz del sentenciador inicial, ésta es la que actualmente se encuentra afiliado la parte demandante.

Lo anterior no es de recibo, puesto que PROTECCIÓN S.A., a pesar de no ser el último fondo privado al cual se encuentra afiliado la parte actora, lo cierto es que también le incumbe devolver los gastos de administración. Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL2832-2020**, discurrió:

“Además de lo anterior, emerge como consecuencia que Porvenir S.A. y Protección S.A., deban devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esas administradoras”.

Entonces, como en el caso se resuelve el grado jurisdicción de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia, para condenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver los gastos de administración debidamente indexados, por el período en que la demandante estuvo afiliada en ese ente.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES resultó ser parte vencida en la primera instancia, ya que se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron.

6. Costas de esta segunda instancia

Dado que hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia y ello favorece a COLPENSIONES, no se impondrá condena en costas por esta segunda instancia (CGP, art. 365).

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: ADICIONAR el **numeral cuarto** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido que la condena a la devolución de los gastos de administración indexados, también se impone a PROTECCIÓN S.A.

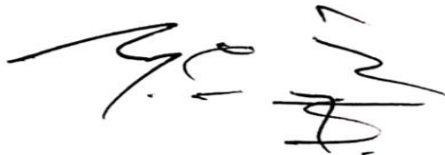
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

MAGISTRADOS



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 216-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-004-2019-00356-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. RECURSO DE APELACIÓN.....	2
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	3
1. Presupuestos procesales.....	3
2. Problema jurídico a resolver	3
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma.....	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado	7
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	9
6. Costas de esta segunda instancia	9
VII. DECISIÓN	9
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	10



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería
Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 209-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-001-2019-00278-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (U.G.P.P) en contra de la sentencia de 8 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por PABLO JOSÉ GARCÍA ÁVILA contra COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., en el cual fue vinculada la recurrente.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Se pide condenar a COLFONDOS S.A. a devolver al demandante la suma total acumulada en su cuenta de ahorro individual, con los respectivos rendimientos financieros, invocándose como fundamentos fácticos, en resumen de lo sustancial, que el actor, por estar vinculado con la rama judicial desde el 1° de junio de 1990 hasta el 30 de noviembre de 2013, estuvo afiliado al estuvo al régimen de prima media y prestación definitiva hasta esa última fecha, data en la cual le fue reconocida pensión de vejez por la UGPP; no obstante, como el demandante también prestó sus servicios de docente al empleador privado Universidad Pontificia Bolivariana, lo afilió a COLFONDOS S.A., e hizo los aportes en pensión a dicho fondo privado, a pesar de estar ya afiliado al RPM, por lo que, afirma, le asiste el derecho a que le devuelvan el capital acumulado con los rendimientos financieros.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma a la demandada, COLFONDOOS S.A. se opuso y formuló las excepciones de mérito que denominó: *imposibilidad de reconocer devolución de saldos u otra prestación, imposibilidad de indexación, prescripción, buena fe y compensación.*

2.2. El Juzgado integró al proceso como litisconsorcio necesario por pasiva, a la UGPP, la cual también se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de la obligación,*

inexistencia del derecho a la devolución de saldos a favor del demandante, buena fe y prescripción.

2.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se tramitaron de forma separada, y, en cuanto a las pruebas, sólo se recaudaron pruebas de carácter documental.

III. LA SENTENCIA APELADA

En esta decisión se declaró probada la excepción de mérito que la UGPP denominó: “inexistencia de derecho a la devolución de saldos en favor del demandante”, y condenó a COLFONDOS S.A. a remitir los dineros ahorrados en la cuenta de ahorro individual del demandante más los respectivos rendimientos financieros a la cuenta de la U.G.P.P, en lo que tiene que ver con los aportes hechos por el actor y la Universidad Pontificia Bolivariana.

Lo anterior lo sustentó en que al demandante no le asistía el derecho a recibir directamente la devolución de saldos y los respectivos rendimientos financieros. Así mismo, al considerar la posición asumidas por los sujetos procesales y las documentales recaudadas en el proceso, estimó la existencia de una multifiliación de regímenes pensionales, y que, atendiendo a la congruencia con lo pedido por el demandante, ordenó a COLFONDOS la remisión a la UGPP, de los dineros ahorrados y sus rendimientos financieros que tienen que ver con los aportes efectuados por el actor y la UPB.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la UGPP apeló el fallo, arguyendo que, todos los aportes, cotizaciones, dineros y/o rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual que el demandante tiene con COLFONDOS S.A., deben ser trasladados a la UGPP, más no solamente los efectuados por la UPB.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales de las partes, salvo la de COLFONDOS, presentaron sus alegaciones, las cuales serán consideradas en lo que tengan que ver con la sustentación de la apelación efectuada en la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por la UGPP.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades

planteadas en los recursos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar si, en el caso, la orden a COLFONDOS S.A. de remitir a la UGPP, los dineros o saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus rendimientos financieros, cabe limitarla sólo a los aportes efectuados por la Universidad Pontificia Bolivariana.

3. Solución al problema planteado

3.1. En el caso, el actor demandó que le fuere pagado directamente a él, *«la suma total acumulada en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros»*. No obstante, ante la excepción de fondo propuesta por la UGPP, concerniente a que los saldos de esa cuenta de ahorro individual y sus respectivos rendimientos no debían ser devueltos al actor, sino a la UGPP, el actor manifestó allanarse a dicha excepción.

A su turno, COLFONDOS S.A. también asumió la posición de que la aludida devolución no correspondía efectuarla directamente al demandante.

3.2. Frente a todo lo anterior, el A quo, en la sentencia cuestionada, concluyó que, en efecto, no había lugar a devolver directamente al actor los saldos de la cuenta de ahorro individual y los correspondientes rendimientos financieros; y que, dada la prueba documental recaudada y lo planteada por las partes, incluyendo la posición del demandante de allanarse a la excepción de la UGPP, se evidencia una multiafiliación del demandante en los dos

regímenes pensionales, la cual dirimió teniendo a la UGPP como la destinataria de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante en COLFONDOS, pero que, para ser *«congruente con lo expuesto por la misma parte demandante no solo en su demanda, sino en sus alegaciones»*, debía disponer *«el envío de los aportes hechos por el actor y hechos por la Universidad Pontificia Bolivariana a la UGPP, para lo que esta entidad estime pertinente»*.

3.3. Pues bien; a juicio de la Sala, el A quo no debió limitar la devolución de los dineros ahorrados en la cuenta individual, a los que fueron aportados por el actor y la Universidad Pontificia Bolivariana, justificando esa limitación el principio de congruencia.

Lo anterior, porque, en primer término, en últimas el A quo ejerció su facultad de fallar de forma extra petita, habida cuenta que lo realmente pretendido por el demandante fue que la devolución o pago se efectuara directamente a él, por lo que, entonces, resulta un contrasentido argüir el principio de congruencia para limitar la devolución de saldos sólo a los aportes efectuados por el actor y uno de sus empleadores, cuando dicha devolución la impuso a favor de la UGPP, que no fue lo pedido en la demanda.

En segundo término, porque si la justificación de ordenar la remisión de los dineros del actor en el RAIS, a la UGPP, radicó en la existencia de una multivinculación del demandante en los dos regímenes pensionales, y, por ende, en la necesidad de resolver la misma, no resultaba razonable

disponer el envío parcial de los saldos o dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, porque de esa forma no resolvía la referida multiafiliación, lo que es improcedente dada la incompatibilidad de regímenes (Ley 100/93, art. 16).

Entonces, siendo que, el A quo sí ejerció la facultad extra petita al impartir la condena al fondo privado bajo la consideración de dirimir la multivinculación del demandante en los dos regímenes pensionales, lo consecuente es que aquélla –la condena a COLFONDOS- sea acorde a la normatividad que regula el tema, esto es, disponiendo el trasladado de la *«totalidad de los saldos»* (Vid. Decreto 692 de 1994, art. 17), *«junto con sus valorizaciones»* (Vid. Decreto 1161 de 1994, art. 10; o Decreto compilatorio 1833 de 2016, art. 2.2.3.1.20).

Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL3473-2020, reiteró la sentencia CSJ SL13873-2014, que a su vez reiteró lo adoctrinado en las sentencias CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 39772 y CSJ SL, 24 ago. 2002, rad. 18746, donde explicó:

“(...) al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida y cuáles no, la norma está precisando la vinculación que produce efectos jurídicos y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir

Rad. 23-001-31-05-001-2019-00278-01. Folio 209-2021.

consecuencias para el afiliado, lo cual se corrobora al establecer que **a esa administradora se deben transferir la totalidad de saldos**". Se destaca y se subraya.

Conforme a lo expuesto, procede modificar la sentencia apelada, en el sentido que el traslado que ha de efectuar COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, debe ser la totalidad de los dineros que hayan sido destinados o estén depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, y sus rendimientos financieros.

4. Costas

Dado que ninguno de las intervenciones replicó la alzada, se estiman no causadas las costas en el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°), y, por consiguiente, no habrá condena al pago de las misma.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido que la remisión que corresponde efectuar COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., a la UNIDAD

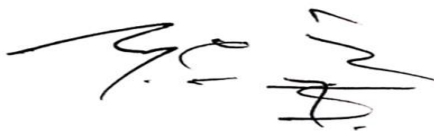
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (U.G.P.P), concierne a la totalidad de los saldos, esto es, todos los dineros que hayan sido destinados o estén depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante y sus rendimientos financieros.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente a su Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 209-2021..... 1

Radicado nº. 23-001-31-05-001-2019-00278-01..... 1

I. OBJETO DE LA DECISIÓN..... 1

II. ANTECEDENTES 1

 1. La demanda 1

 2. Trámite y contestación de la demanda..... 2

III. LA SENTENCIA APELADA..... 3

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN..... 4

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 4

VI. CONSIDERACIONES 4

 1. Presupuestos procesales..... 4

 2. Problema jurídico 4

 3. Solución al problema planteado 5

 4. Costas 8

VII. DECISIÓN 8

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE 9



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 228-2021

Rad. n° 23-001-31-05-002-2020-00192-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 1 de julio de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MERCEDES DE JESÚS MONTERROSA HERNÁNDEZ contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, al estimar que no fue debidamente informado de los aspectos favorables o desfavorables del mismo.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la parte demandante al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación o traslado de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que a la parte demandante le falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; que se está afectando la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Protección S.A.

Muestra inconformidad con la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, dado que éstos se efectúan por imposición expresa de la ley (Ley 797/2003, art. 7°), y, además, los mismos son los recursos destinados para la financiación de los fondos privados, por lo que dicha condena contribuye a desfinanciar a tales fondos.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la parte demandante y de COLPENSIONES presentaron alegaciones de conclusión, reafirmando sus posiciones sostenidas en la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha de desatarse el grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si procede la ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, **(ii)** las consecuencias de esa ineficacia.

3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma

3.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es cualificada, pues tratase de una libertad **informada**, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado, asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia. En ese orden de ideas, les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo

anterior, puesto que, conforme al artículo 1604 del CC, la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre el particular, resultan pertinentes, entre otras, las **Sentencias SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

3.2. Se aduce que la administradora del RAIS cumplió con las exigencias que exigía la Ley y la jurisprudencia para la época del traslado o afiliación a dicho régimen.

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las sentencias de la

Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexecutable de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

3.4. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

3.5. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez.

Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

3.6. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

En efecto, en la **SL2877-2020**, nuestro órgano de cierre señaló:

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

3.8. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la

acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, por ende, tampoco hay nada que modificar o revocar en torno a este punto.

4.2. Ahora, en cuanto a las réplicas sobre el tema de los gastos de administración, para no acogerlas, además de lo ya dicho, se trae a colación la sentencia **SL2877-2020** de la Honorable Sala de Casación Laboral, en la que ese órgano de cierre discurrió:

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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”.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES resultó ser parte vencida en la primera instancia, ya que se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron.

6. Costas

Dado que hubo replica al recurso de apelación, se condenará al pago de las costas de esta segunda instancia a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., en favor de la parte demandante (CGP, art. 365.8°).

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a cargo de COLPENSIONES y de PROTECCIÓN S.A., en 1 SMMLV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad.

La mentada condena en esta segunda instancia, estará a cargo de las demandadas en proporciones iguales (CGP, art. 365-6°).

VII. DECISIÓN

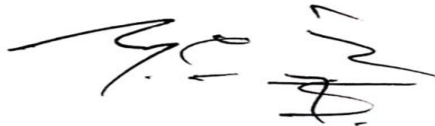
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado

KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

(Impedimento aceptado)

Contenido

FOLIO 228-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-002-2020-00192-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	2
1. Apelación de Colpensiones	2
2. Apelación de Protección S.A.	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES.....	3
1. Presupuestos procesales	3
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	9
6. Costas	10
VII. DECISIÓN	11
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	11



Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería

Sala Segunda de Decisión Civil – Familia – Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 221-2021

Rad. n° 23-001-31-05-004-2020-00204-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2.021).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 29 junio de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FRANCISCO JOSÉ TORDECILLA PORTILLO contra la ADMINISTRADORA

DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION
S.A y las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Pretende la parte actora la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, al estimar que no fue debidamente informado de los aspectos favorables o desfavorables del mismo.

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal, y, en la última, se profirió la;

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación de la parte demandante

al RAIS, al estimar que se le desconoció su libertad informada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

Arguye que COLPENSIONES no participó en la afiliación o traslado de la parte actora al RAIS, el cual fue un acto libre y autónomo, y, por ende, esa entidad no debe asumir las consecuencias de la nulidad, sino el fondo privado; que a la parte demandante no realizó cotizaciones a COLPENSIONES y le falta menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; que se está afectando la sostenibilidad del sistema; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Porvenir S.A.

Expone que la parte actora se trasladó libremente y, en cuanto a los gastos de administración, dijo que la administración es una función de los fondos y sin ello no hay rendimientos financieros, además que el legislador solo incluye la devolución de saldos y rendimientos financieros en los traslados de régimen.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de PORVENIR y COLPENSIONES presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación de las apelaciones efectuadas en la audiencia del artículo 80 del CPTSS (Vid. Sentencia SL4430-2014).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a la Sala desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, pero que además ha de desatarse el grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si

procede la ineficacia del traslado de la parte demandante al RAIS. Y, de ser así, **(ii)** las consecuencias de esa ineficacia.

3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma

3.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es cualificada, pues tratase de una libertad **informada**, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar al afiliado, asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o traslado, por lo que no basta la sola suscripción del afiliado de formatos y cartas atestando actuar con libertad y conciencia. En ese orden de ideas, les asiste a las administradoras de pensiones la carga de probar todo lo anterior, puesto que, conforme al artículo 1604 del CC, la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre el particular, resultan pertinentes, entre otras, las **Sentencias SL19447-2017, SL782-2018, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

3.2. Se aduce que la administradora del RAIS cumplió con las exigencias que exigía la Ley y la jurisprudencia para la época del traslado o afiliación a dicho régimen.

De lo anterior discrepa la Sala, porque la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre la libertad informada o deber de información documentada para que el traslado al RAIS sea eficaz, incumbiéndole a las administradoras la carga de la prueba, ha sido sentada con base en normas vigentes para la fecha en que se produjo el traslado o afiliación cuya nulidad se demanda, concretamente los artículos 13, literal b, de la Ley 100/93 y 1604 del Código Civil. Es que, además, las sentencias de la Corte con las que ha sentado su jurisprudencia en el tema, no son sentencias de nulidad o de inexequibilidad de normas jurídicas, que son justamente a las que cabe restringirles, y no siempre, efectos retroactivos.

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019,**

SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

3.4. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

3.5. Con relación a que la parte demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad exigida para la pensión de vejez. Cabe señalar que ello concierne a la prohibición prevista en el Art. 13, literal d., de la Ley 100/93, modificado por el 2 de la Ley 797/2003; empero, ésta no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

3.6. Expone COLPENSIONES que la parte actora no hizo cotizaciones a dicha entidad. Al respecto, cabe señalar

que, conforme a la historia laboral reportada por PORVENIR, la parte demandante hizo cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES, y, aún en el evento que no las hubiere realizado, ha de recordarse que una afiliación es válida así no se hayan efectuado cotizaciones (Vid. SL2887-2021; SL, 13 marz. 2013, Rad. 42787, SL16364, 22 oct. 2014, Rad. 39162 y en la SL6035, 4 marzo 2015, Rad. 49194). Ahora, si lo que quiere COLPENSIONES que se está en presencia de una afiliación inicial al RAIS, ello no es de recibo, porque, como lo ha dicho la Honorable Sala de Casación Laboral, no se trata de una selección inicial los casos de aquellos que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 venían cotizando a una caja, fondo, o entidad de seguridad social del sector público o privado, pues hacían parte del sistema de reparto simple (Vid. Sentencia SL1305-2021).

3.7. Aduce COLPENSIONES que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento de tipo consecuencialista no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada (**Vid. Sentencia SL3901-2020 y SL2877-2020**).

En efecto, en la **SL2877-2020**, nuestro órgano de cierre señaló:

“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de

pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

3.8. Se afirma que la parte demandante no ejercitó la facultad de retracto dentro del término de 5 días siguientes al traslado, según lo dispone el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994. Tal facultad de retracto no es incompatible con la acción de ineficacia del traslado que, como se dijo, es imprescriptible, y, por tanto, puede ejercitarse en cualquier tiempo.

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019,**

SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008).

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas, salvo a la demandada PROTECCIÓN S.A., porque, a voz del sentenciador inicial, ésta no es a la que actualmente se encuentra afiliado la parte demandante.

Lo anterior no es de recibo, puesto que PROTECCIÓN S.A., a pesar de no ser el último fondo privado al cual se encuentra afiliado la parte actora, lo cierto es que también le incumbe devolver los gastos de administración. Al respecto, la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL2832-2020**, discurrió:

“Además de lo anterior, emerge como consecuencia que Porvenir S.A. y Protección S.A., deban devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esas administradoras”.

Entonces, como en el caso se resuelve el grado jurisdicción de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia, para condenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver los gastos de administración debidamente indexados, por el período en que la parte demandante estuvo afiliada en ese ente.

4.3. Ahora, en cuanto a las réplicas sobre el tema de los gastos de administración, para no acogerlas, además de lo ya dicho, se trae a colación la sentencia **SL2877-2020** de la Honorable Sala de Casación Laboral, en la que ese órgano de cierre discurrió:

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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”.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque COLPENSIONES resultó ser parte vencida en la primera instancia, ya que se opuso a las pretensiones de la demanda y, además, formuló excepciones de mérito que no le prosperaron.

6. Costas

Dado que no hubo replica a los recursos de apelación, no hay lugar a condenar al pago de las costas de esta segunda instancia (CGP, art. 365.8°).

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el **numeral cuarto** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido que la condena

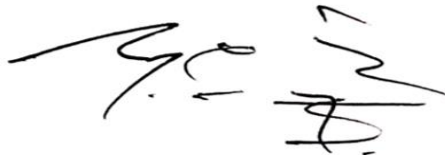
a la devolución de los gastos de administración indexados, también se impone a PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 221-2021	1
Rad. n° 23-001-31-05-004-2020-00204-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Porvenir S.A.....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma	5
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	9
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	12
6. Costas	12
V. DECISIÓN	12
RESUELVE:	12
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	13