

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA – LABORAL

**PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente**

**EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 005 2020 00092 01 Folio 103/21
Aprobado por Acta No. 94**

Montería, veintisiete (27) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 09 de marzo de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **MABEL ESTHER PETRO GONZÁLEZ** contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. La señora MABEL ESTHER PETRO GONZÁLEZ, instauró demanda en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., solicitado que,

- Se declare que fue inducida a error por parte de la AFP COLFONDOS S.A., al no ser informada suficiente, veraz e idóneamente sobre las eventuales condiciones pensionales a las que tendría derecho.
- Se declare que COLFONDOS S.A., incumplió su deber profesional que lo obliga a informarle sobre las eventuales consecuencias del traslado al RAIS.
- Se declare que COLFONDOS S.A., omitió suministrarle la información mínima que debe comprenderse en las etapas del proceso de afiliación y/o traslado de régimen pensional, desde la etapa precontractual de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; así como de las condiciones favorables y desfavorables necesarias para la formación del convencimiento a la hora de la afiliación.

- Se declare la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS a través de COLFONDOS S.A. y, en subsidio, se declare la nulidad del traslado del régimen pensional.
- Se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar la totalidad del ahorro obrante en su cuenta de ahorro individual, incluidos sus rendimientos al ISS, hoy COLPENSIONES.
- Se condene ultra y extra petita y, en costas a las demandadas.

2. Como hechos fundantes de sus pedimentos se sintetizan los siguientes:

- Narra la Sra. PETRO GONZÁLEZ, que nació el 04 de febrero de 1964.
- Indica que en vigencia del nuevo sistema general de pensiones, suscribió un formulario de vinculación a la AFP COLFONDOS S.A., el 22 de enero de 1996, sin ningún tipo de asesoría, pues – agrega –en momento alguno el asesor de la AFP, le brindó información sobre las posibles ventajas o desventajas de la afiliación o permanencia en el RAIS, dado su salario y expectativa pensional.
- Explica que recibió asesoría deficiente y sesgada, motivada por las metas que debía cumplir el área comercial de COLFONDOS S.A.
- Manifiesta que le informaron que podía pensionarse con una mesada pensional en cuantía superior a la que podía obtener de encontrarse afiliada al ISS, hoy COLPENSIONES.
- Cuenta que el asesor de COLFONDOS S.A., omitió datos trascendentales para el reconocimiento de la pensión en el RAIS, de cara a las condiciones más favorables del RPM; que fue informada que con dicha entidad, se obtendrían los mismos o mejores beneficios que los ofrecidos en el RPM.
- Dice que al momento de llevar a cabo la vinculación inicial, nunca se llenaron ni diligenciaron formatos de calidad de la información brindada por la asesora, a fin de establecer si la explicación del traslado era oportuna, eficaz y clara.
- Afirma que por lo antes narrado, no obtuvo un consentimiento pleno, informado y debidamente validado respecto del formulario que estaba suscribiendo, ya que nunca supo de las consecuencias negativas que ello implicaba.
- Comenta que existe una ausencia de consentimiento informado, pleno y oportuno, al existir falencia en la información efectuada, por ende, el consentimiento de la afiliación al RAIS se encuentra viciado, por ausencia de una información clara, toda vez que de haber sido informadas las condiciones,

características y por menores del RAIS, no hubiese efectuado suscripción alguna de formulario, sabiendo las implicaciones que ello conllevaría.

- Refirió que el plasmar la firma en los formularios no fue un acto libre, voluntario, informado y respaldado por ella.
- Comenta que COLFONDOS S.A., omitió informarle por escrito que tenía la posibilidad de trasladarse al RPMPD, cuando aún le faltaran más de 10 años para acceder a la pensión.
- Mencionó que mediante derecho de petición calendado 10 de febrero de 2020, solicitó a la AFP COLFONDOS S.A. y, posteriormente a COLPENSIONES la anulación, nulidad e ineficacia del traslado (sic) efectuado, dadas las omisiones anteriormente señaladas, siendo negativa la respuesta de ambas entidades.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, se opuso a lo pretendido por carecer de argumentos fácticos y jurídicos.

Como excepciones de mérito enarboló las denominadas "*INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMANDAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJÉZ, EXCEPCIÓN DE BUENA FE e INNOMINADA O GENÉRICA*".

Por su parte **COLFONDOS S.A.**, rebatió las pretensiones y propuso las excepciones perentorias que nominó "*INEXISTENCIA DE CAMBIO O TRASLADO DE RÉGIMEN, INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIA PARA LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN, INEXISTENCIA DE LA INTERRUPCIÓN DE LA CONTINUIDAD, PRESCRIPCIÓN, DEVOLUCIÓN DE FRUTOS Y OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN CASO DE DECRETARSE LA NULIDAD O INEFICACIA, BUENA FE e INNOMINADA O GENÉRICA*".

4. 6. El 05 de febrero de 2021, el Juzgado de instancia celebró las etapas de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas.

Como prueba de oficio, solicitó a COLPENSIONES que certificara si la Sra. MABEL ESTHER PETRO GONZALEZ, estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, de ser así que indicara la fecha de afiliación y allegara el formulario de afiliación, en aras de determinar si antes de su arribo a COLFONDOS S.A.- ya hacía parte del RPM.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia dictada el 09 de marzo de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, resolvió "*DECLARAR la ineficacia del acto de elección de afiliación que*

hizo la señora MABEL ESTHER PETRO GONZALEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que lo hizo inicialmente a la AFP COLFONDOS S.A., el 22 de enero de 1996, ineficacia que se declara según lo dicho en la parte motiva de esta providencia. Como consecuencia de ello declarar para todos los efectos legales que esa elección es ineficaz y que nunca se tuvo como afiliada a COLFONDOS S.A, que las partes vuelven al estado anterior, que la situación vuelve a esa data del 96 como si nada hubiese ocurrido y que como se dijo al solicitar el traslado, manifiesta la actora su elección a Colpensiones y se tendrá vinculada a Colpensiones previo el cumplimiento de los requisitos administrativos que deba llenar la señora Mabel sin que se le imponga ninguna traba u obstáculo para poder adelantar la respectiva suscripción de los documentos que se requiera, por lo que se considera que ella pertenecería al régimen de prima media con prestación definida, sin que se le imponga ningún tipo de restricciones”.

En consecuencia, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A., entidad condenada a reembolsar a favor de COLPENSIONES, los valores que tenga o haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como *"cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746, esto es rendimientos financieros que se hubieran causado, gastos de administración del 3% y fondo de garantía del 1.5% del IBC cobrados o descontados de la cotización pagada durante el tiempo en que la señora MABEL ESTHER PETRO GONZALEZ estuvo afiliada en esa administradora de pensiones”.*

Condenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante y tenerla como afiliada al fondo de pensiones que administra, así como los gastos antes mencionados, habilitándola además para adelantar las respectivas acciones tendientes a recuperar esos reembolsos que debe hacer COLFONDOS S.A.

Por último, condenó en costas y agencias en derecho a las encausadas.

La decisión confutada, inició precisando que no se acreditó por la parte demandante que haya estado afiliada al RPMPD a través de CAPRECOM o de las Cajas Departamentales, situación ésta que se hace trascendental para resolver la litis, razón por la cual el despacho ofició a COLPENSIONES, para que aclarara tal panorama.

Posteriormente, esgrimió que la tesis del despacho se centra en que la falta de información trae como consecuencia la ineficacia del traslado no solo al momento del traslado de régimen, sino también al efectuar la afiliación inicial a uno de los regímenes establecidos en la Ley 100 de 1993.

En desarrollo de sus consideraciones, el A Quo citó las normas que regulan la tópic, así como diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre la situación objeto de debate, en las que se ancla su posición.

Explicó las diferencias, características y requisitos propios de cada régimen; la importancia de la voluntad y la libertad en la selección de un determinado régimen;

las implicaciones y sanciones a que se enfrentan las AFP cuando omiten su deber de información veraz e imparcial, precisando que al hablar de *selección*, la Ley no solo se refiere al traslado entre regímenes.

Refirió la importancia de proporcionar toda información que resulte relevante para la toma de la decisión del traslado, con la garantía de que dicha decisión sea libre, informada, autónoma y consciente de las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen y, de ser el caso, desalentar a las personas.

Adujo que la falta de información opera no solamente cuando el interesado viene afiliado de un régimen, pues no está limitado solo a ese momento y explicó:

" (...) que la norma dice "la elección" de cualquiera de los dos regímenes que la Ley 100 establecía que debía escogerse, entonces, aspectos como este se aplican también no solo al que ya viene de un régimen y se traslada o hace la elección inicial, sino del que tampoco viene afiliado y va a hacer la elección inicial (...)"

Acto seguido expuso lo concerniente a la carga de la prueba que se encontraba en cabeza de COLFONDOS S.A. y, que en el caso bajo estudio, no hay evidencia que acredite que la entidad cumplió con la obligación de actuar con diligencia y cuidado y que brindaron la información precisa a la potencial afiliada. En ese entendido, señaló, que efectivamente procede la declaratoria de ineficacia de la elección del RAIS.

Dijo que no tiene eco lo dicho por las accionadas de faltarle menos de 10 años, acotó que ello es planteado en un escenario donde la afiliación tuviese respaldo legal y no hubiese sido objeto de una ineficacia, pues, la consecuencia de ésta es que las cosas vuelvan al estado anterior al que se encontraban, que, entonces, al solicitar su traslado a COLPENSIONES, la interesada estaba manifestando su intención de pertenecer al RPM.

Arguyó que está demostrado que no se le brindó la información en ningún momento de la afiliación sobre las ventajas, desventajas y requisitos, la operatividad de cada régimen.

Acto seguido, explicó las consecuencias que tiene para cada una de las demandadas de la declaratoria de la ineficacia.

Señaló que la suscripción de un formulario no acredita que se le haya dado toda la información a la precursora y, que no tiene la potencialidad de enervar la carga probatoria que pesa sobre la Administradora de demostrar que cumplió con este deber insoslayable.

En soporte de su decisión trajo a cuento sentencias de este Tribunal y de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia [SL3745 de 2020 y SL985 de 2020].

III. RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., apeló el veredicto argumentando que cumplió con la obligación de dar información a la demandante al momento de la afiliación y, que a la luz del art. 13 de la Ley 100 de 1993, lo importante es que la afiliación sea libre y voluntaria, lo que implica que se tenga un conocimiento del régimen al cual se está afiliando.

Agregó que a la propulsora no se le podía hacer una comparación, por no venir de un RPM y, que al momento de la afiliación se le informó claramente que el monto de su pensión dependería de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros.

Indicó que no ha violado lo preceptuado en el art. 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y, posteriormente, hizo mención de la Ley 1748 de 2014, que regula la teoría de la doble información y la información documentada, advirtiendo que el legislador colombiano es muy claro al decir que la doble información surge al momento de efectuar el traslado, no cuando se da la afiliación inicial y citó:

"En desarrollo de lo anterior, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia" (Inciso 2°, Parágrafo 1°, Art. 2° Ley 1748 de 2014).

Precisó, entonces, que la doble asesoría es solo para los casos de traslado de régimen y no de afiliación inicial, por lo tanto, no es ilegal la afiliación ni ha vulnerado derecho alguno y, reiteró que fue libre y voluntaria, por lo que no puede declararse ineficaz.

Arguyó que la jurisprudencia que cita el A-quo, no viene al caso porque ella opera para el evento de traslado de régimen y en el sub júdice se trata de afiliación inicial; que acá no es aplicable la teoría de la información documentada.

A su turno, **COLPENSIONES** se fue en alzada, señalando que en manera alguna intervino en la decisión adoptada por la demandante, al afiliarse al RAIS.

Refirió que dicha afiliación goza de plena validez, ya que no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento de la actora, sino que, por el contrario, la afiliación se produjo de manera libre y voluntaria, gozando de plena validez el negocio jurídico celebrado.

Reiteró que a la luz del art. 1495 del C.C., el acto de afiliación se constituye en un contrato por el cual una parte se obliga para con otra, que así las cosas, no es

razonable que COLPENSIONES, siendo ajena a ello y tal como quedó demostrado, deba soportar las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación.

Señaló que la Ley 100 de 1993, establece las características del Sistema General de Pensiones entre, ellas la facultad que tiene el afiliado de escoger libremente el régimen de pensiones al cual quiere pertenecer y el tiempo establecido para la viabilidad del traslado entre regímenes.

Citó la sentencia SL1024 de 2004, para explicar que la medida prevista en la norma conforme a la cual el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resultaba razonable, determinando que el objetivo perseguido con esta disposición era evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida.

Esgrimió que al 01 de abril de 1994, la impulsora no contaba con los requisitos para hacerse acreedora del régimen de transición, por lo que le es imposible, al día de hoy, trasladarse de régimen.

Hizo referencia a la permanencia de la inicialista en el RAIS, a través de COLFONDOS S.A., durante toda su vida laboral, comportamiento y actividad que denota el compromiso de pertenecer a este régimen en forma voluntaria y sin imposición alguna, en aras de aspirar a un derecho pensional, de modo que ante la ocurrencia de una situación particular que no le favorezca, pretende, entonces, el traslado al RPM, sin que hubiere hecho uso de la voluntad de retracto.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES**, suplicó la revocatoria de todos los puntos que le fueron desfavorables a su prohijada. Para ello, reiteró los argumentos esbozados al sustentar la alzada y reiterando que, conforme a los hechos y documentales, la señora Mabel Petro González, inició en el RAIS, administrado por COLFONDOS.

En igual sentido, el apoderado sustituto de **COLFONDOS S.A.**, manifestó que no existe razón alguna para declarar la ineficacia deprecada, pues no se trata de un traslado de régimen pensional, sino de una afiliación inicial al Sistema de Seguridad Social en Pensión de la demandante a través de esa entidad y, citó la providencia de fecha 15 de septiembre de 2019, en el proceso con radicado 23- 466-31-89-001-2018-00110-01, con ponencia del Dr. Cruz Antonio Yáñez Arrieta, *"donde dijo que la afiliación es un acto que se hace por una vez y no es posible notificarlo o declararlo ineficaz, la afiliación es una sola, es un acto primigenio que no puede repetirse, por lo que no se puede nulificar o declara ineficaz"*.

En lo demás, se reafirmó en los argumentos planteados en primera instancia.

Por su parte, el extremo convocante permaneció silente.

V. 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, es decir, los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

2. Problema jurídico a resolver

La Sala dilucidará: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia de la primera afiliación aquí pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia.

i) De la ineficacia de la primera afiliación al RAIS, pretendida por la actora.

Al respecto, es menester señalar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha edificado la teoría de la información documentada exclusivamente en los asuntos donde se pretenda la declaratoria del acto de **traslado** de régimen pensional del RPM al RAIS. (**Vid. Sentencia de 9 septiembre de 2008, rad No. 31989 MP Dr. Eduardo López Villegas, Sentencia datada 09 de septiembre de 2008, rad No. 31314 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, fallo de 22 de noviembre de 2011, rad 33083 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, SL19447-2017 MP Dr. Gerardo Botero Zuluaga, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2865-2019 y CSJ SL4937-2019, CSJ SL2955-2019, MP. Dr. Ernesto Forero Vargas, CSJ SL4933-2019, MP. Dr. Donald José Dix Ponnefz, CSJ SL1452-2019, CSJ SL2648-2019; CSJSL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL2865-2019; CSJ SL2955-2019; CSJ SL4856-2019, CSJ SL5462-2019, MP. Ana María Muñoz Segura, CSJ SL3464-2019, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL4336 de 2020 MP Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero**)

En tal discurrir, se advierte de entrada que, tal como quedó demostrado dentro del sub examine, la demandante pretende que se declare la ineficacia de la afiliación inicial que realizara al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., sin que existiera previamente una vinculación al RPM.

Ahora bien, de cara a los argumentos enarbolados por los recurrentes, debe precisarse que, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, la declaratoria de nulidad o ineficacia tiene un efecto ex – tunc, lo cual significa que

las cosas deben retrotraerse al estado natural anterior, situación que acá resulta jurídicamente imposible, dado que la afiliación de la impulsora lo fue desde el principio en el RAIS, no existiendo jamás ningún tipo de vínculo con el RPM.

De modo que, como se trata de un caso distinto a los dirimidos por el Alto Tribunal de Casación, es decir, no existen precedentes judiciales que deban ser acatados, no le es dable a este Colegiado apartarse del derrotero jurisprudencial enmarcado sobre estos asuntos.

Apuntalando lo anterior, es plausible memorar la Sentencia STL10357 del 18 de noviembre de 2020, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en uno de sus apartes acuñó:

"(...) en ningún momento el sentenciador de alzada desconoció los precedentes jurisprudenciales que el tutelante referencia, relacionados con los lineamientos que deben tener en cuenta los jueces al momento de resolver aquellos temas que atañen a la ineficacia del traslado de regímenes pensionales por ausencia de consentimiento informado, encontrando la Corporación, que los argumentos soportes de la decisión cuestionada en esta acción de amparo, se tornan razonables (...).

el Tribunal fundamentó su proveído en otra circunstancia distinta a la que esgrime el accionante en esta acción de amparo y que fue debatida en el trámite del proceso judicial, pues se reitera, dejó a un lado, todo lo relacionado con la ineficacia del traslado, ante la existencia que avizó de una selección inicial de régimen; de ahí que mal puede pregonarse por parte del sentenciador de alzada el que haya desconocido nuestro propio precedente jurisprudencial o que se haya apartado de él para resolver el asunto que es objeto de estudio". [Se destaca].

De donde emerge que, la H. Sala de Casación Laboral, ha estimado razonable la improcedencia de la ineficacia en los casos de afiliación inicial, no desconociendo con ello sus propios precedentes. Así las cosas, como quiera que la precursora no acreditó algún perjuicio en su derecho o expectativa pensional, pues, ni siquiera es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, ya que, su afiliación inicial la realizó el 22 de enero de 1996, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

Ya por último, debe relievase que si bien el A-Quo tomó como parte de sus argumentos la providencia emitida por este Tribunal dentro del proceso ordinario laboral con radicado 2019 00257, folio 214-2020, con ponencia del Magistrado Marco Tulio Borja Paradas, lo cierto es que este Colegiado mediante sentencia del 11 de diciembre de 2020, en el proceso ordinario laboral con rad. 23-001-31-05-002-2019-00102-01, folio 186-2020, recogió dicho criterio, acogiendo la tesis de la improcedencia de la ineficacia cuando se trata de una primera afiliación.

En consecuencia, la censura tiene vocación de prosperidad, por lo cual se revocará la sentencia de primera instancia. Sin costas en la alzada, pues no hubo réplica. En primera instancia debe pagarlas la actora a las convocadas.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada el 09 de marzo de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **MABEL ESTHER PETRO GONZÁLEZ** contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, y en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones del libelo genitor.

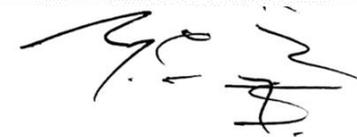
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta Superioridad por no encontrarse causadas. En primera instancia debe pagarlas la demandante a favor de las accionadas.

TERCERO: Oportunamente regrese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 005 2019 00271 01 Folio 116/21
Aprobado por Acta No. 94

Montería, veintisiete (27) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 17 de marzo de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **CIELO DEL CARMEN GÓMEZ CÁRDENAS** contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

1. La Sra. Cielo Del Carmen Gómez Cárdenas, instauró demanda en contra de PORVENIR S.A., a fin de que se declare ineficaz el traslado realizado del RPMPD al RAIS, administrado por la accionada, por haber sido inducida a error al no ser informada suficiente, veraz e idóneamente sobre las condiciones pensionales al ingresar a dicho régimen; que se declare que la encausada incumplió su deber profesional de informarle las eventuales consecuencias negativas del traslado al RAIS; suministrarle la información mínima que debía comprenderse en las etapas del proceso de afiliación y/o traslado de régimen pensional, desde la etapa precontractual hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; y, de las circunstancias favorables y desfavorables necesarias para la formación del convencimiento a la hora de la afiliación.

En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar los valores percibidos a nombre de la actora a título de cotizaciones, bonos pensionales, si hubiere lugar a ellos, cantidades adicionales de la aseguradora, con los frutos, intereses o rendimientos, así como los valores correspondientes a la cuota de administración a favor de COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a percibir las cantidades de dinero por los conceptos y a señalados y a actualizar la historia laboral de la demandante conforme los valores recibidos.

Por último, rogó que se condene extra y ultra petita, y en costas y agencias en derecho a las convocadas.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional de la actora a PORVENIR S.A. y se condene a esta entidad a trasladar la totalidad del ahorro obrante en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES.

2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

- Narra la impulsora que nació el 01 de octubre de 1958, por lo que a la fecha de presentación de la demanda, tiene 60 años de edad.
- Indica la que inició su actividad laboral efectuando cotizaciones a CAJANAL EICE, como empleada de la Contraloría General de la República, desde el 03 de junio de 1985 y terminó el 15 de mayo de 1989.
- Explica que posteriormente inició su vinculación al RPM del ISS –hoy COLPENSIONES; que el 28 de febrero de 2003, se afilió a PORVENIR S.A., sin una real y acertada asesoría.
- Relata que al lugar de trabajo de la demandante llegaron varios asesores comerciales de Porveir S.A. y le indujeron en error para que suscribiera el formulario de traslado; que junto a sus compañeros de trabajo, recibieron una asesoría deficiente y sesgada, según las exigentes metas comerciales de esta.
- Expone que le informaron que podía pensionarse con una mesada pensional en cuantía superior a la que podría obtener en el ISS hoy COLPENSIONES, lo que no era verdad. Asimismo, le informaron que con PORVENIR S.A., obtendría los mismos o mejores beneficios que los ofrecidos en el RPM, lo que igualmente no es cierto según sus condiciones económicas laborales.
- Afirma que la asesora de PORVENIR S.A. omitió datos trascendentales para el reconocimiento de la pension en el RAIS, frente a las condiciones mas favorables del RPM.
- Indica que, al momento de la vinculación inicial, nunca se llenaron o diligenciaron formatos de calidad de la información brindada por la asesora de PORVENIR S.A., a fin de establecer si la explicación de traslado de régimen era oportuna, eficaz y clara.
- Explica que, por lo anterior, no entregó un consentimiento pleno, informado y debidamente validado respecto del formulario que estaba suscribiendo, ya que nunca supo de las consecuencias negativas que ello implicaba, por lo que existe

una ausencia de consentimiento informado, pleno y oportuno, al existir falencias en la información efectuada, viciando su consentimiento.

- Afirma que, de haber sido informadas las condiciones, características y por menores del RPM, no hubiese efectuado suscripción alguna del formulario, a sabiendas de las implicaciones negativas que ello conllevaba.
- Asegura que, el plasmar la firma en los formularios no fue un acto libre, voluntario, informado y respaldado por ella, que la persona que la afilió no contaba con la cualificación académica, financiera y profesional suficiente para brindarle asesoría.
- Explica la actora que la AFP omitió informarle que tenía la posibilidad de trasladarse al RPM cuando aún le faltaban más de 10 años para acceder a la pensión; tampoco fue informada por escrito sobre la posibilidad de retornar al mencionado régimen, según lo exige el numeral 4º de la circular Externa 01 de 2004 de la Superfinanciera.
- Expone que solicitó a PORVENIR S.A. información laboral, parámetros técnicos y actuariales, rentabilidades anuales obtenidas, cálculos de pensión, asesoría y demás información que se hubiere tenido en cuenta para el traslado al RAIS, obteniendo como respuesta de la entidad que *"(...) no existe un documento físico que soporte dicha explicación, dado que la asesoría se brindó de manera verbal en el momento de la vinculación. Sin embargo dejamos claro que...el cálculo de la mesada pensional se efectúa de acuerdo con el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, así como del bono pensional al cual tiene derecho, más los rendimientos (...)"*.
- Finalmente, agrega que presentó ante COLPENSIONES reclamación administrativa laboral, agotando así el requisito de procedibilidad.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES-**, se opuso a las pretensiones de la misma por carecer de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

Como excepciones de mérito planteó las denominadas *"INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJEZ; INNOMINADA O GENÉRICA y PRESCRIPCIÓN"*

Por otra parte, en auto del 08 de febrero de 2021, el despacho resolvió tener por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.**, teniéndolo como un indicio grave en su contra.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia dictada el 17 de marzo de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar ineficaz el acto de traslado de régimen pensional realizado por la Sra. CIELO DEL CARMEN GÓMEZ CARDENAS del RPMPD administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES al RAIS de PORVENIR S.A., el día 01 de abril de 2003, y declaró que para todos los efectos legales, la actora siempre estuvo vinculada al RPMPD que ahora administra COLPENSIONES.

En consencuencia, declaró no probadas las excepciones enarboladas por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a devolver y/o entregar a COLPENSIONES "(...) los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de CIELO DEL CARMEN GOMEZ CARDENAS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, ello con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y que incluyan las deducciones realizadas gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, aportes a fondo de pension mínima debidamente indexados, ASÍ COMO deberá remitir LA INFORMACION relacionada con la conformacion de su historia laboral de la señora Gomez Cardenas".

Asimismo, ordenó a COLPENSIONES, "(...) tener a la señora CIELO DEL CARMEN GOMEZ CARDENAS como su afiliada dando validez a los aportes pensionales que recibirá de parte de PORVENIR S.A con los rendimientos financieros generados y bono pensional como se dijo en el numeral tercero y que no se le imponga ninguna traba administrativa, que se entiende ya afiliada según los efectos de esta sentencia, así mismo queda habilitada para reclamar judicialmente tendientes a obtener dichos aportes".

Por último condenó en costas y agencias en derecho a las encartadas.

En sustento de su decisión, el Juez singular señaló inicialmente que la Ley 100 de 1993, trajo consigo dos regímenes, el RPMPD y el RAIS; explicó diferencias, características, requisitos propios de cada régimen; la importancia de la voluntad y la libertad en la escogencia de uno de ellos; y las implicaciones y sanciones a que se enfrentan las AFP cuando incumplen las obligaciones que les impone la Ley.

Posteriormente citó las normas que regulan este asunto, así como diversas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el tema objeto de debate.

Enfatizó en la importancia del deber información que debe comprender todas sus etapas, desde la antesala de la afiliación y, de ser necesario, la implicación de desanimar al potencial afiliado, dadas las consecuencias mayúsculas de esta decisión.

Posteriormente advirtió que la suscripción de formularios preimpresos no exhonera a las entidades del deber de probar que suministraron la información suficiente, indicando además que la posibilidad de retractarse con que cuentan los afiliados,

no sanea dicha omisión, por ende, en el caso bajo estudio no se probó el cumplimiento de tal carga.

Esbozado todo lo anterior, procedió a explicar las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado, esto es, que las cosas deben volver a su estado anterior como si el acto de traslado no hubiese existido y, subsiguientemente, estudió los medios exceptivos propuestos por COLPENSIONES, recordando que la demanda se tuvo por no contestada por parte de PORVENIR S.A.

Al finalizar, condenó en costas y agencias en derecho a las encausadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.**, apeló argumentando que la vinculación de la Sra. GÓMEZ CÁRDENAS se produjo en el año 2003, es decir, después de casi 10 años de haber entrado a regir el sistema general de pensiones que lo fue el 01 de abril de 1994, por lo que para esa época había suficiente información de cuales eran las características de cada uno de los regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones.

Explicó que el formulario suscrito por la actora con fecha de efectividad del 01 de abril de 2003, contempla claramente que había sido asesorada acerca del significado, implicaciones, beneficios, condiciones y sobre los requisitos legales para acceder a la pensión que otorga el sistema, seleccionando a PORVENIR S.A., para que administrara sus aportes pensionales, habiendo sido informada en forma previa del derecho a retractarse de su decisión, que por tanto, es claro que la afiliada - hoy demandante - tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de retracto.

Esgrimió que no existe razón jurídica o fáctica para la declaratoria de nulidad y/o ineficacia pretendida, y, citó el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, para indicar que cuando los afiliados se trasladan del RAIS al RPM, se transfieren a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos acreditados y los términos de semanas cotizadas de acuerdo con el salario base de cotización, advirtió que no procede la condena de devolución de los gastos de administración, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 20 ídem.

Hizo mención a que en el RPM se destina un 3% de las cotizaciones para financiar gastos administración, pensión de invalidez y sobrevivientes y que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por lo que no están sujetos a la prescripción.

Resaltó que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto con radicación Número 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2005, en forma expresa indicó que, en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguros y la comisión de

administración en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza e incrementar el capital existente en la cuenta de la afiliada, por ello, al ordenar el traslado de estos gastos a COLPENSIONES, se configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta.

Que condenar a la devolución de estas sumas, es tanto como ordenarle a una compañía a reparar el valor de la poliza aunque no se presente el siniestro amparado.

Que no existe norma que disponga tal devolución, pues el artículo 113 literal b de la Ley en cita, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen, esto es, el saldo de la cuenta individual incluyendo los rendimientos.

Arguyó que según el artículo 1746 del C.C., al declararse la nulidad de un acto jurídico, la parte que recibió frutos de la relación contractual debe restituirlos, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

Citó las sentencias SL12136 de 2014, SC341 de 2006 y SC651 de 1997, para explicar lo relativo a la libertad en la escogencia de uno u otro régimen que obliga a los fondos de pensiones a suministrar la información clara y suficiente sobre los efectos que genere el cambio de régimen, sin obviar que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción del formulario 01 8413 que suscribió la afiliada en febrero del año 2003, con efectividad del 01 de abril del año 2003, siendo tal formulario un documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP.

Señaló que con la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con que contaba la demandante para disponer, con efecto vinculante, de los derechos y deberes, existiendo una presunción de buena fe.

Agregó que *"(...) debe recordarse que en las actuaciones de un particular ante las autoridades públicas debe presumirse la buena fe de la primera de manera de que aquel que pretende impugnar sus actos como de mala fe debe demostrarlo a través de medios idóneos (...)"*.

Concluyó diciendo que en el proceso simplemente se ha afirmado que la administradora faltó al deber de información, pero que no está acreditado que al momento de la vinculación, la demandante no hubiere sido lo suficientemente asesorada, que recibió la información clara y precisa de cuáles eran las condiciones e implicaciones del traslado de régimen.

En igual sentido, la apoderada de **COLPENSIONES**, interpuso el remedio vertical indicando que, conforme a lo dispuesto en el art. 1495 del C.C., el acto de afiliación se constituye en un contrato que involucra a las partes que intervinieron en él, por

lo que esa entidad no debe soportar las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia del acto de traslado, pues es un tercero ajeno a tal convención, que nunca intervino en la decisión adoptada por la demandante, acto que a su sentir gozó de plena validez toda vez que no se evidenció ningún factor determinante que pudiera viciar su consentimiento, siendo que el mismo se produjo de manera libre, consciente y voluntaria.

Arguyó que la precursora era totalmente consciente de las consecuencias jurídicas de ese traslado, tal como lo ratifica el hecho de haber permanecido afiliada durante tanto tiempo a la AFP PORVENIR y no haber solicitado oportunamente el retorno a COLPENSIONES, dejando ver con su comportamiento y actividades el compromiso de querer permanecer y pertenecer a ese régimen pensional al cual había llegado voluntariamente y sin presión alguna, en aras quizás de aspirar aún mejor derecho pensional, de manera que ante la ocurrencia de una situación particular que tal vez no le favoreció, pretende ahora retornar al RPMPD.

Mencionó que la libelista tuvo la oportunidad o el derecho de retractarse, no obstante nunca lo ejerció, agregando que le es imposible optar por un cambio de régimen por mandato expreso de la Ley 797 de 1993, modificatorio del art. 13 de la ley 100 de 1993.

Esgrimió que en la providencia censurada se desconoce las sentencias C-1024 de 2004 y la C-625 de 2007, en las que se establece que nadie puede resultar subsidiado a costa de recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a ese sistema, dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad, eficiencia y sostenibilidad del sistema de preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago de futuras mesadas y el ajuste periódico de las mismas.

Dijo que precisamente la Corte Constitucional consideró que la medida prevista en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, conforme a la cual un afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad por tener derecho para acceder a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, pues consideró que el objetivo perseguido con la mencionada disposición era evitar precisamente la descapitalización de los fondos del régimen de solidaridad.

Finalizó solicitando la absolución de la condena en costas, en razón a que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado objeto de controversia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Oportunamente Colpensiones alegó conclusivamente, reiterando los argumentos expuestos al sustentar la alzada y solicitando la revocatoria del veredicto fustigado.

V. 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, es decir, los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

2. Problema jurídico

Se dilucidará: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia; **iii)** Analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción y **viii)** la condena en costas.

3) De la ineficacia del traslado.

Sea lo primero advertir que como fundamento legal para elucidar este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, la cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, dispuso que "*...las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad...*"; información que "*...se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está... dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica...*". (Ver al respecto Sentencia CSJ SCL del 9 de septiembre del año 2008, expediente 31989, sentencia SL -33083 de 2011).

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al particular, la H. Sala de Casación

Laboral, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, acuñó lo siguiente:

"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta la actora tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora a la entidad demandada.

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por la demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña...". [Se destaca].

De igual manera, esa Sala de la Corte, en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, se pronunció sobre el tema y en la última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dijo expresamente:

"En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el fondo de pensiones demandado proporcionara al afiliado una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, Porvenir S.A. no logró demostrar –como le correspondía– que suministró al demandante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó una exhaustiva capacitación a sus asesores a fin de garantizar una orientación profesional a sus afiliados, el medio de convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación visible a folio 128, pues conforme su dicho, la imposición de la firma de Zúñiga Pino «deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a Porvenir S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea."

Aterrizando en el sub examine, encontramos que la demandante manifestó que, al momento de efectuar el traslado, PORVENIR S.A., le suministró una información deficiente y sesgada, y omitió datos trascendentales para el reconocimiento de la

pension en el RAIS, como lo son las condiciones, ventajas y desventajas del RAIS, viciando así su consentimiento.

Acorde a lo anterior, es claro que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fue acreditado que esta haya cumplido con su deber de información en los términos enantes planteados.

En tal discurrir, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la administradora del RAIS le haya brindado la información completa y veraz, al efectuar el aludido traslado, nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso el sentenciador de primer grado y como lo ha sentado la jurisprudencia de estos órganos de cierre al interpretar los artículos 4, 5, y 13, lit. b), de la Ley 100/93, razón por la cual, de antaño a los fondos administradores de pensiones y cesantías les corresponde cumplir con la obligación de informar bien al potencial usuario o afiliado de las ventajas y desventajas que le acarrearía la afiliación a su fondo.

Frente al tema de la voluntad y determinación de la precursora al realizar el traslado, cabe resaltar que ésta no desconoce que lo hizo, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa sobre las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación que incluso contiene un acápite denominado "voluntad de selección y afiliación", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

De otra latitud, debe advertirse que, si bien COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar a la propulsora por fuera del sistema, máxime cuando es Colpensiones la encargada de la administración del RPM, pues el propósito de la demandante es estar afiliada al RPM, régimen que está a cargo de COLPENSIONES.

4) Consecuencias de la ineficacia del traslado

La jurisprudencia contrario a lo argüido por el apoderado judicial de PORVENIR S.A., ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o 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 de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL**

31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019; encontrando la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros.

Ahora, debe advertirse que no le asiste razón al apoderado de PORVENIR S.A., cuando esgrime que no deben devolverse los frutos financieros de que trata el art. 1746 del Código de Comercio, pues estos frutos no son del fondo, sino que son precisamente rendimientos de los aportes que en su cuenta tiene el afiliado.

Sobre la tónica debe traerse a cuento la sentencia SL2877-2020, en la que se indicó:

"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."

Ergo, se tiene que todas las consecuencias fueron impuestas en la sentencia de primera instancia, por lo que no habrá lugar a modificaciones en este sentido.

5) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, en sentencia SL 361-2019, se dijo:

"Ahora bien, en punto al error jurídico que se endilga al ad quem por haber ignorado la naturaleza irrenunciable del derecho a la seguridad social, en la medida en que declaró probada la excepción de prescripción, cabe recordar que, al tratarse de una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, en aras de obtener su íntegro reconocimiento, tal cual lo ha estimado esta Corporación por ejemplo en sentencia CSJ SL8544-2016"

Y posteriormente explicó:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el

error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

De la anterior cita jurisprudencial se colige que, es imprescriptible la oportunidad para solicitar la ineficacia del traslado de régimen por tratarse de una controversia de índole pensional, asociada estrechamente al derecho en comento, por ende, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo, sin que pueda incidir el momento en que los actores se pudieren haber enterado de la falta de información.

Cabe precisar que, en cuanto a limitación que trae la norma para traslados de regímenes cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para adquirir la edad, esta no aplica por ser precisamente esa la consecuencia de la omisión de información, esto es, la ineficacia del traslado y que todo quede en el estado en que estaba como si nunca hubiera existido el cambio al RAIS.

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el juez singular, declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) por lo que, se itera, se confirmará la sentencia apelada y consultada.

6) Condena en costas

Censura COLPENSIONES esta erogación, a lo que tiene que decir la Sala que dicha condena es procedente a la luz del numeral 8 del artículo 366 del CGP, pues las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda y, además, formularon medios exceptivos que no les prosperaron, resultando vencidas en la primera instancia, de donde emerge que deben correr con las costas de este juicio.

7. Se exonera a las convocadas de costas en esta Superioridad, pues no hubo réplica.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 17 de marzo de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **CIELO DEL CARMEN GÓMEZ CÁRDENAS** contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente regrese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL, FAMILIA Y LABORAL

DR. PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado ponente

Expediente 23-001-31-05-003-2018-00158-01 Folio 140-21
Aprobado por Acta N°

Montería, veintisiete (27) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 20 de abril de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **MARIBEL ARTEAGA RESTREPO** contra el **ICBF**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Pretende la demandante que en atención al art. 53 de la Constitución Política que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, el principio de favorabilidad e irrenunciabilidad a los derechos establecidos en las normas laborales, se declare la existencia de una relación laboral vigente, entre ella y el ICBF, desde el 06 de enero de 1993.

En consecuencia, se condene al pago del reajuste salarial, prestaciones sociales, indemnización por no pago de prestaciones sociales, indemnización por no pago oportuno de cesantías y sanción moratoria por el no pago de las prestaciones.

Adicionalmente, solicita la indexación de las sumas reconocidas; que se falle extra y ultra petita y, costas y agencias en derecho a cargo de la entidad demandada.

2. Hechos

Las pretensiones precedentes se fundamentaron en los siguientes hechos que la Sala sintetiza así:

1. Indica la impulsora que labora al servicio del ICBF, desde el 06 de enero de 1993, hasta la fecha (de presentación de la demanda), desempeñando el cargo de madre comunitaria en el Municipio de Pueblo Nuevo – Córdoba.
2. Manifiesta que en el desempeño de sus funciones, es la responsable de la atención de las necesidades básicas de nutrición, salud, educación y bienestar de los niños a su cargo.
3. Arguye que las funciones las desempeña personal y subordinadamente, con una jornada laboral de 8 horas de lunes a viernes.
4. Afirma que como contraprestación económica ha venido recibiendo una remuneración denominada beca o bonificación, siendo una suma de dinero inferior al salario mínimo legal mensual vigente de cada año, equivalente al 50% del mismo.
5. Alega que durante la relación laboral no le cancelaron sus prestaciones sociales, tales como: cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, a las cuales tiene derecho.
6. Cuenta que presentó reclamación administrativa el día 29 de diciembre de 2016, en la que deprecó el reconocimiento de la existencia del vínculo laboral y el pago de acreencias laborales, pretensiones estas que le fueron negadas mediante acto administrativo No. S-2017-109647-2300 del 01 de marzo de 2017.
7. Relata que repuso la antedicha decisión y que en acto administrativo No. S-2017-163782-2300 del 27 de marzo de 2017, se ratificó la decisión.

3. Contestación de la demanda.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, el ICBF repelió todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que las mismas desconocen la Constitución y la Ley, así como el principio de confianza legítima, considerando que la Corte Constitucional de manera pacífica y unificada ha interpretado que entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- y las madres comunitarias no existe vínculo laboral.

Como excepciones de mérito propuso las denominadas "INEXISTENCIA DE LA CAUSA PARA DEMANDAR; IMPOSIBILIDAD FÁCTICA Y JURÍDICA DE RECONOCER LA EXISTENCIA DE CONTRATO REALIDAD, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN DE BUENA FE, FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA POR PASIVA, COBRO DE LO NO DEBIDO Y GENÉRICA O INNOMINADA".

II. LA SENTENCIA CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha 20 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, declaró probada la excepción perentoria nominada *IMPOSIBILIDAD FÁCTICA Y JURIDICA DE RECONOCER LA EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO* propuesta por la entidad accionada, por consiguiente absolvió al ICBF de todas y cada una de las suplicas elevadas en el libelo demandatorio.

En sustento de su decisión, la A-Quo citó las sentencias T-104 de 2017 y la SL4702 de 2018 y al estudiar el acervo probatorio concluyó que no se encuentra acreditado en las documentales que la demandante haya prestado sus servicios personales a favor del ICBF, por lo que no es predicable que entre las partes haya existido un contrato de trabajo.

De otra latitud, trajo a cuento la sentencia SU- 079 de 2018, en donde la Corte Constitucional apuñó:

"La Sala concluye que el ICBF no vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital de las accionantes, toda vez que entre la entidad y las madres comunitarias y sustitutas, el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional no prevén la posibilidad de que se estructure una relación laboral. Los Programas de Hogares Comunitarios y Sustitutos

se fundamentan en una labor voluntaria y solidaria de carácter social. En consecuencia, al no existir un vínculo laboral entre el ICBF y las referidas madres, no se genera la obligación para la entidad de reconocer acreencias laborales ni el pago de aportes parafiscales en su favor.”.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad las partes permanecieron silentes.

IV. CONSIDERACIONES:

1. Presupuestos procesales.

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la - trabajadora-demandante, conforme al artículo 69 del CPT y SS, se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la presente sentencia, iniciando por indicar que los presupuestos procesales (demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte y competencia del juez) se encuentran reunidos y por ende la sentencia será de mérito ya que no se evidencian irregularidades que obliguen a la Sala a proferir fallo inhibitorio.

2. Problema jurídico.

El núcleo de la contienda se ciñe en determinar: **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.*

La actividad de madres comunitarias no tipifica contrato laboral con el ICBF. La doctrina constitucional sentada por la Sala Plena Guardiania 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 de 2016 de la Sala Octava de Revisión, que, justamente, por contrariar la doctrina de la Sala Plena de la Corte Constitucional, fue declarada nula mediante Auto 186 de 2017.

Así pues, 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 SU 079 de 2018, acertadamente invocada por la A-quo para sustentar la sentencia consultada.

Ahora, descendiendo los anteriores prolegómenos al caso que ocupa la atención de esta Judicatura, es evidente que la presunta relación laboral que invoca la demandante con el ICBF, y, de contera, los rubros laborales consecuenciales, se hincan en la actividad de madre comunitaria de aquellas, razones suficientes para negar las petitorias expuestas en el libelo inicial, de conformidad con la jurisprudencia constitucional previamente enunciada.

Es por lo anterior que resulta atinada la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda.

Por consiguiente, se convalidará la sentencia escudriñada, sin imposición de costas por haberse desatado el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Administrando justicia en nombre de la Republica y por autorizada de Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada de fecha 20 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **MARIBEL ARTEAGA RESTREPO** contra el **ICBF**.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado