

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ**  
**VILLADIEGO**

**Expediente 23-001-31-05-005-2020-00132-01 Folio 32-21**

**Montería, veintinueve (29) 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 y el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y Protección, contra la sentencia de fecha diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **HECTOR DE VIVERO PEREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**

**I. ANTECEDENTES**

**I.I. Pretensiones.**

Pretende el actor que se declare que la afiliación realizada a Protección S.A, es nula por vicios en el consentimiento, se entienda que siempre permaneció afiliado al RPM administrado por Colpensiones, que la administradora de pensiones y cesantías Protección S.A, devuelva a Colpensiones todas las cotizaciones realizadas por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que Colpensiones active su afiliación y decidir su futura solicitud de pensión de vejez conforme con

el Régimen de Prima Media; en consecuencia, condenar a Colpensiones a reactivar la afiliación del actor, condenar a Protección a devolver a Colpensiones las cotizaciones que ha realizado el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y condenar en costas a las demandadas.

## **I.II Hechos**

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

- Manifiesta la accionante que en el año 2020, solicitó ante Protección S.A, la proyección de la mesada pensional de su pensión de vejez.
- Aduce que, el día 08 de junio de 2020, Protección S.A, emitió simulación pensional donde informó que efectuado el reconocimiento pensional a partir del 1 de mayo de 2020, tendría una mesada pensional por valor de \$4.869.703, en modalidad de retiro programado, siendo esto un porcentaje inferior al 40% de su actual ingreso base de cotización.
- Alega el demandante que en el RPM al realizar la liquidación de la mesada pensional por medio de un calculista actuarial, al momento de cumplir los 62 años si estuviese en dicho régimen, otorgaría una mesada pensional superior a la otorgada por el fondo privado.
- Afirma que nuevamente en fecha 08 de julio de 2020, solicitó ante Protección S.A, la realización de proyección de la eventual mesada pensional y el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.
- Indica que, el día 12 de agosto de 2020, Protección emitió respuesta a la solicitud realizada, sin embargo, esta fue remitida a un correo que no corresponde al indicado en la solicitud, además no hizo entrega de la constancia de solicitud de afiliación a Protección S.A, pese a ser requerido.
- Afirma que, Protección S.A, en fecha 12 de agosto de 2020, expone la imposibilidad de traslado, pero a su vez evidencia graves errores en

las proyecciones pensionales efectuadas con dicha respuesta, como haber calculado la pensión en el RAIS sin considerar la existencia de beneficiarios que era conocidos por Protección, llegando así a crear una falsa expectativa pensional.

- Seguidamente, indica que el día 10 de julio de 2020, solicitó ante Colpensiones reactivar su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones realizadas en Protección S.A.
- Manifiesta que Colpensiones emitió respuesta a la solicitud, indicando que el cambio de régimen no fue aceptado por cuanto se encuentra a menos de 10 años de cumplir 62 años.
- Arguye que de la historia laboral de Colpensiones, se extrae que comenzó a cotizar en el RPM desde el 03 de octubre de 1980.
- Alega que se trasladó del RPM a Protección debido a que le prometieron mejor mesada pensional, donde se le indicó que le resultaba conveniente y beneficioso permanecer en el fondo privado.
- Indica el demandante que el fondo de pensiones Protección S.A, al momento de su traslado y durante su permanencia no le brindó una asesoría completa, cierta, confiable, oportuna respecto de las condiciones que más le convenían.
- Manifiesta que fue claramente inducido a error y engaño, propiciado por Protección.

## **II. Contestación de la demanda.**

### **II.I. COLPENSIONES.**

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad del actor al momento de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual,

y no es posible su retorno por estar a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

En su defensa formuló las excepciones de "inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, buena fe, prescripción, innominada o genérica".

**II.II PROTECCIÓN S.A:** Al contestar la demanda su apoderado judicial respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas en las que se involucre a su representado y en especial a que se declare la ineficacia o nulidad del traslado del demandante al fondo de pensiones Protección S.A, toda vez que se encuentran frente a un acto existente, valido y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

En su defensa formuló las excepciones de "inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, existencia de la doble asesoría y consentimiento informado por parte del demandante de ambos regímenes pensionales, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica."

ausencia de vicio de nulidad en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, innominada o genérica".

### **III. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia de fecha diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró ineficaz el acto de traslado de régimen pensional realizado por el actor del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por Protección S.A, en fecha 19

de abril de 1994, como consecuencia, de lo anterior, condenó a Protección S.A, a devolver a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo a la afiliación del demandante y que tenga actualmente en su cuenta individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, y las deducciones realizadas gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, aportes a fondo de pensión mínima y demás descuentos legales, incluidos sus frutos e intereses, ordenar a Colpensiones tener al actor como su afiliado y para ello deberá tener los aportes que devuelva Protección S.A, y condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reitera lo dicho por la jurisprudencia ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los pro y los contra de cada régimen pensional.

Frente a la reasesoria brindada, se debe establecer si cumplió con la asesoría que debió dársele en 1994, porque el principio de libre escogencia debe respetarse, así mismo, indicó que es deber de la AFP probar que brindó una información clara, precisa, por lo que reitera que en el presente caso brilla por su ausencia que se le haya brindado información necesaria en 1994, como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en su reiterada jurisprudencia sobre la información documentada.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

##### **IV.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la decisión adoptada en los siguientes términos, su inconformidad radica en el hecho que Colpensiones siendo ajena al acto de traslado efectuado por el demandante se vea inmerso en la declaratoria de la ineficacia del acto de traslado, teniendo en cuenta que la afiliación del señor Héctor de Vivero a su parecer gozo de plena validez, pues no se evidenció ningún factor determinante que condujera a pensar que su consentimiento estuviera viciado, el cual fue de manera libre y

voluntaria al ser el acto de traslado un acuerdo de voluntades en el que estuvieron involucradas las partes que en el intervienen.

Ahora, antes de esta disputa no existía intención por parte del demandante de trasladarse nuevamente de trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al RPM administrado por Colpensiones. Ahora, resulta precisar la oportunidad o posibilidad que tienen los afiliados de ejercer la manifestación de voluntad de retracto, en su momento el demandante si no estaba conforme con su afiliación tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de retracto, no obstante, nunca la ejerció por lo que se presume que su traslado gozo de plena validez.

Respecto a la condena en costas impuesta a Colpensiones solicita que se absuelva a su defendida, teniendo en cuenta que el acto de traslado objeto de controversia Colpensiones no tuvo intervención alguna, fue un tercero extraño y siempre actuó conforme a derecho. Conforme a lo expuesto solicito que revoque la sentencia de primera instancia en todos los puntos que resultan desfavorables a mi defendida Colpensiones.

#### **IV.II PROTECCIÓN S.A.**

Manifiesta el apoderado judicial de Protección que interpone recurso de apelación en contra de la sentencia para que el honorable Tribunal Superior de Montería, la revoque y sustenta que considerando lo determinado por el Juez de primera instancia, al demandante no le asiste derecho a la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al RAIS, toda vez que para la fecha del traslado Protección cumplió con su obligación en ese momento legal y le indicó claramente cual eran las condiciones cuando hizo el traslado.

Igualmente, solo el legislador a partir de la ley 1748 de 2014, decreto 2079 de 2015, tiene la obligación legal de hacer esta asesoría a las personas que pretendan vincularse al RAIS a través de un traslado, además de eso ya se encuentra probado dentro del proceso y hay prueba documental que da cuenta de ello, que en el año 2010 al demandante se le hizo una reasesoría donde se le indicó claramente cuáles eran las condiciones de su permanencia en el RAIS, se le indicó que se podía trasladar y conociendo su cálculo de pensión decidió continuar hasta la

fecha de la presentación de la demanda en el año 2020, por lo que ahora no se entiende como pretende la ineficacia, si se le hizo su doble asesoría y conocía las condiciones.

Además, solicitamos que se decrete la prescripción de acuerdo con el artículo 488 del CST, además solicitamos que se revoque la condena de devolución de gastos de administración y cualquier otro descuento que se le haya realizado al demandante en sus aportes los cuales hagan parte de su cuenta de ahorro individual como gastos de administración y prima de seguro y reaseguro toda vez que esto se encuentra exclusivamente por orden del legislador, igualmente, el descuento al fondo de garantías, por lo que consideramos que no se debe condenar a Protección a devolver unos descuentos que el legislador da la facultad para descontarlos para su correcto funcionamiento y desarrollo de su objeto social y si se mira la cuenta individual el demandante ha obtenido un incremento considerable a través de los incrementos financieros que le ha generado Protección S.A. En el evento que se ordene este descuento, se tenga en cuenta que también se ordene la devolución de los rendimientos financieros, toda vez que esta es la contraprestación que recibe Protección.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los apoderados judiciales de las demandadas Colpensiones y Protección S.A, hizo uso de esta etapa procesal reiterando lo manifestado en su recurso de apelación. De otra parte, el apoderado judicial de la parte demandante, solicita que se confirma la sentencia, acogiendo los argumentos expuestos por el Juez de Primera Instancia.

## **VI. CONSIDERACIONES:**

### **VI.I. Presupuestos procesales.**

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma.

### **VI.II Problema jurídico.**

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la ineficacia **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio 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, ha dispuesto 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).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "*pro*" y también los "*contra*" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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 respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

**"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor 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 del actor 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 el 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...".** (Subrayas de la Sala)

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL1689-2019, Radicado N° 65791, Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se dijo:

*"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.*

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por PROTECCIÓN S.A, no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, 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 fueron acreditadas por PROTECCIÓN S.A, administradora a la que se afilió el actor, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Ahora bien, frente a lo manifestado por el apoderado judicial de Protección al indicar que en el año 2010, se le realizó una reasesoría, en la cual se le indicó al actor cuales eran las condiciones de su permanencia en el RAIS, su ahorro individual para la fecha y la proyección pensional, y pese a esto el actor decidió continuar en dicho régimen. En ese orden, es importante manifestar que si bien se evidencia documento de fecha 27 de octubre de 2010, denominado reasesoría pensional, ello no da cuenta que al momento del traslado efectuado por el demandante, la AFP Protección cumpliera con su deber de proporcionar al afiliado la información sobre las implicaciones de abandonar el régimen de prima media y las consecuencia que esta decisión tenía a futuro, así mismo, las ventajas y desventajas de realizar dicho traslado, razón por la cual, no son de recibo los argumentos planteados por el recurrente.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, 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.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que PROTECCIÓN S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

De otra parte, se observa que el recurrente alega que no se deben regresar los gastos de administración y los rendimientos financieros; por ello, es importante resaltar que la jurisprudencia 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.**

De conformidad con lo anterior, se tiene que la jurisprudencia ha sido clara en indicar cuales son las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, entre ellas se encuentra la devolución de los aportes con sus rendimientos financieros, y gastos de administración, debidamente indexados. Por tanto, se confirmará la sentencia en este punto.

**II.** No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y lo alegado por el apoderado judicial de Protección, quienes propusieron como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, impele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

***"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"***

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

***“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”***

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

**“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. 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”.**

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

**III.** En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a

colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

**"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

**1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso,** *o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."*

En el presente asunto, se evidencia que las demandadas Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda. Por tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Por último, condenar en costas a la demandada Colpensiones y Protección S.A, dado que hubo réplica al recurso de apelación, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Como quiera que recientemente 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 en 1 SMMLV que, según artículo 5º 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, pues es un tema resuelto pacíficamente por la jurisprudencia.

## VII.DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera 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,

## VIII. RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** a la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** CONDENAR en costas y agencias en derecho en esta instancia a las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

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

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ  
VILLADIEGO**

**Expediente 23-001-31-05-001-2019-00012-02 Folio 73-21**

**Montería, veintinueve (29) 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 y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **MELANIO MANUEL MESTRA RAMOS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

**I. ANTECEDENTES**

**I.I. Pretensiones.**

Pretende el actor que se declare la nulidad del acto de traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A, como consecuencia de lo anterior, declarar que conserva el beneficio de transición en pensiones, le asiste derecho a reclamar su pensión de vejez según la normatividad anterior, condenar a las demandadas en costas y el Juez haga uso de las facultades Ultra y Extra Petita.

## **I.II Hechos**

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

- Manifiesta el accionante que inicialmente fue afiliado al extinto Seguro Social S.A, y estuvo vinculado hasta el 01 de enero de 2002.
- Aduce que, a partir de 02 de enero de 2002, figura como afiliado del fondo de pensiones Porvenir S.A.
- Alega el demandante que para la época que se produjo el traslado, los funcionarios del extinto Seguro Social, no le explicaron las implicaciones que traía efectuar el traslado del RPMPD al RAIS a una persona que se encuentra en transición.
- Afirma que a la entrada en vigencia del régimen de transición de la ley 100 de 1993, contaba con más de 38 años.
- Indica que, el traslado se produjo por la falta de información que no le suministraron sobre las consecuencias que le acarrearía dejar de lado su afiliación al Seguro Social S.A, y pasarse a un régimen de ahorro individual que perjudica su situación pensional.

## **II. Contestación de la demanda.**

### **II.I COLPENSIONES.**

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que el traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se ajustó a derecho y se llevó a cabo conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables.

En su defensa formuló las excepciones de *"buena fe, prescripción, falta de consentimiento o autorización para traslado a régimen privado, innominada o genérica"*.

**II.II PORVENIR S.A:** Al contestar la demanda su apoderado judicial respecto las pretensiones indicó que se opone a las mismas al carecer de fundamentos legales y de hecho que las sustenten.

En su defensa formuló las excepciones de *"falta de causa para pedir, buena fe, prescripción general de la acción judicial, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, las que resulten probadas en el curso del proceso"*.

### **III. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia de fecha doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró ineficaz el traslado de régimen realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por Porvenir S.A, en consecuencia, ordenó a Porvenir S.A, a devolver los aportes en pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y los bonos pensionales que tenga el demandante, condenó a Colpensiones a recibir los valores antes relacionados a favor de la demandante; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reitera lo dicho por la jurisprudencia ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, y en el presente caso la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **IV.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir a efectos de que el superior jerárquico revoque la sentencia proferida. El despacho resolvió decretar la ineficacia de la afiliación de la parte demandante ante el Régimen de Ahorro Individual y como consecuencia de ello ordenó el retorno al RPM administrado por Colpensiones, pretensión que no tiene vocación de prosperidad, toda vez que en el debate probatorio no quedó acreditado que el mismo estuviera viciado de forma alguna, razón por la cual se presume que aquel se efectuó contándose desde un principio con la decisión libre y voluntaria por parte del demandante tal cual como lo exige la ley 100/93, sin olvidar lo mencionado la parte demandada Porvenir S.A, en cuanto lo que se busca por la parte demandante que es mejorar la suma de la mesada más no discutir la ineficacia del traslado.

De la misma manera, se puede observar dentro del proceso además que el traslado y la permanencia se llevaron a cabo de forma libre y voluntaria por el demandante, siempre manifestó su voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, puesto que dicha conclusión se puede arribar con posterioridad a la revisión de las documentales obrantes dentro del expediente y de las alegaciones presentadas, los documentos hacen constar que una vez diligenciados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100/93 del respectivo formulario de afiliación de la administradora de pensiones Porvenir S.A, la parte actora procedió a materializar y efectuar aportes al sistema general de pensiones en cumplimiento de lo dispuesto por la normatividad.

De conformidad con lo expuesto, el demandante tuvo la oportunidad de solicitar el retorno al Régimen de Prima Media con anterioridad al presente proceso judicial, sin embargo, optó de manera uniforme y continua, seguir aportando a través de la AFP Porvenir al sistema general de pensiones, circunstancia que permite inferir la real intención del actor de permanecer en el régimen pensional. Por tanto, solicita que en el evento de considerar que las pretensiones del demandante tenían vocación de prosperar se confirme la sentencia objeto de apelación, en cuanto a que se trasladen no solamente los aportes sino también los rendimientos, utilidades y

todos aquellos emolumentos de la cuenta de ahorro individual del demandante.

## **II.II PORVENIR S.A.**

Manifiesta el apoderado judicial de Protección que interpone recurso de apelación en contra la decisión, con fundamento en las siguientes consideraciones, el despacho a decidido decretar la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual y su retorno al RPM. Frente a la ineficacia, la ley 100/93 estableció los dos regímenes pensionales figura que el despacho analizó y dejó en libertad a los trabajadores y a las personas para que se afiliaran a uno u a otro régimen estableciendo como condición para esa afiliación, la manifestación expresa de la libre voluntad del afiliado sin ninguna otra condición, la normatividad no exige ninguna condición distinta a la manifestación expresa voluntaria y libre del afiliado, no obstante, la jurisprudencia de la Sala Laboral ha precisado desde el año 2008 en adelante una jurisprudencia tendiente a decretar la ineficacia de estos actos jurídicos en virtud de la creación jurisprudencial de la falta de información, requisito que la ley 100 no estableció, razón por la cual dentro del acto jurídico de traslado del demandante se cumplieron los requisitos.

En segundo lugar, se refiere a la acción judicial encaminada a obtener esta ineficacia y es lo que se denomina dentro de las excepciones propuestas la prescripción de la acción, que la jurisprudencia ha venido estableciendo que el derecho pensional es imprescriptible y que todas las acciones relacionadas con el derecho pensional son imprescriptibles, y dentro de esa orbita considera que la acción que busca la ineficacia del acto también es imprescriptible, acto que no comparte desde el punto de vista jurídico por cuanto aquí no se debate el derecho a la pensión del demandante sino la validez de un acto jurídico. En ese sentido, deja sustentado el recurso de apelación interpuesto y se revoque la sentencia.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La apoderada judicial de la demandada Colpensiones, hizo uso de esta etapa procesal reiterando lo manifestado en su recurso de apelación. Las demás partes, guardaron silencio.

## **VI. CONSIDERACIONES:**

### **VI.I. Presupuestos procesales.**

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma.

### **VI.II Problema jurídico.**

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a la demandada Colpensiones.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio 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, ha dispuesto 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).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso

a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliado, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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 respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

**"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor 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 del actor 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 el 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...".*** (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación nº 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Diaz, se dijo:

*"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:*

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014) [...]*

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria,*

**Expediente rad. 23-001-31-05-001-2019-00012-02 Folio 73-21**

*mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)"*

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Porvenir S.A, no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, 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 fueron acreditadas por Porvenir S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Porvenir S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, y el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A, quienes presentaron como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indicarle que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

***"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"***

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

***“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”***

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

**“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. 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”.**

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

**III.** En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

**"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

**1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso,** *o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."*

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma.

En cuanto a las costas, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo réplica al recurso de apelación y, por ende, se estiman no causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Por último, el Dr. José David Morales Villa presenta sustitución de poder a favor de la Dra. Linda Emperatriz López, por lo anterior, en virtud de los artículos 74 y 75 del C.G.P, se procederá a reconocer personería a la señora abogada.

## **VI.DECISIÓN**

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

**VII. RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** a la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

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

**CUARTO: RECONÓZCASELE Y TENGASE** a la Dra. Linda Emperatriz López Fabra, identificada con la C.C. N° 1.067.935.889 y T.P. N° 314.696 del CSJ como apoderada sustituta de la entidad demandada Colpensiones.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado



KAREN STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**

**Expediente 23-555-31-89-001-2018-00317-01 Folio 141-21**

**Montería, veintinueve (29) 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 a favor de la parte demandante de la sentencia de fecha tres (03) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por la señora **MARÍA DE LA CRUZ RAMOS FLÓREZ** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF**.

**I. ANTECEDENTES**

**I.I. Pretensiones.**

Pretende la actora que se declare la existencia de una relación de carácter laboral con la demandada desde el 01 de abril de 1997 hasta el 30 de marzo de 2013; en consecuencia, condenar a la demandada a pagar las sumas de dinero que resulte de la diferencia salarial entre lo percibido por ella y el salario mínimo mensual legal vigente para cada año, prestaciones sociales, indemnización por no pago oportuno de cesantías, sanción moratoria según lo establecido en el artículo 65 del CST, sumas que

deberán ser indexadas desde el momento de su causación hasta la fecha del pago efectivo y condenar en costas a la demanda.

### **I.II Hechos**

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

1. Indica la demandante que labora al servicio del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en el programa de hogares comunitarios de bienestar desde el 01 de abril de 1997 hasta la fecha.
2. Manifiesta que, el cargo que desempeña en el ICBF, es de madre comunitaria, en el municipio de Planeta Rica- Córdoba.
3. Arguye que la actora que en el desempeño de sus labores, es la responsable de la alimentación, atención, protección, desarrollo y demás necesidades básicas bajo lo que dispone el ICBF.
4. Indica que como contraprestación económica ha recibido una remuneración denominada beca o bonificación, siendo una suma de dinero inferior al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente de cada año respectivo, equivalente al 50% del mismo, desde el día 01 de abril de 1997, fecha en la que inició su vinculación con el ICBF.
5. Manifiesta la demandante que durante la vigencia de la relación laboral no le cancelaron sus prestaciones sociales, tales como, cesantías, interés en cesantías, prima de servicios y vacaciones a las cuales tiene derecho.
6. Señala que la demandante ha prestado de manera personal al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, una función pública, es decir desarrolla para la entidad la política pública de atención a la niñez de escasos recursos, siendo los objetivos que desarrolla los consignados en las diferentes leyes, decretos o circulares que dieron nacimiento al ICBF.

7. Afirma que el día 25 de noviembre de 2016 la demanda presentó reclamación administrativa ante el ICBF, solicitando la existencia del vínculo laboral, reajuste de salario, pago de prestaciones sociales, pagos de aporte a la seguridad social, dicha solicitud fue respondido negativamente por la entidad.
8. Indica que interpuso recurso de reposición en contra del acto administrativo N. S-2017- 086253- 2300 expedido por el **ICBF**, y con posterioridad, mediante acto administrativo N. S- 2017-163812- 2300 de día 27 de marzo de 2017, le niegan la solicitud.

## **II. Contestación de la demanda.**

**II.I ICBF:** Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por ICBF, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez 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.

En su defensa formuló las excepciones de “inexistencia de la causa para demandar, imposibilidad fáctica y jurídica de reconocer la existencia de contrato realidad, prescripción, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, genérica o innominada”.

## **III. LA SENTENCIA EN CONSULTA**

Mediante sentencia de fecha 03 de mayo de 2021, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica, resolvió negar todas las pretensiones de la demanda.

En términos generales, la Juez de Primera Instancia señaló que el fallo será desfavorable las pretensiones debido a que existe ausencia de material probatorio que demuestre la prestación personal del servicio que se pregona con la demandada, requisito que debe probarse indiscutiblemente si se espera tener una decisión favorable.

**Expediente 23-555-31-89-001-2018-00317-01 Folio 141-21**

Seguidamente, manifiesta que la jurisprudencia de la H. Corte constitucional en sentencia unificada 079 de 2018, dejó sentado que el ICBF y las madres comunitarias no existe relación laboral gobernada por contrato de trabajo, ello teniendo en cuenta el artículo 44 superior, artículo 4 del decreto 1340 del 95 y el artículo 16 del decreto 1137 del 99, donde señala que en ningún caso los programas que desarrolle el ICBF implican una relación laboral con los organismos que desarrollen los programas.

En ese sentido, se entiende que la labor de las madres sustitutas se entiende que su labor responde a un enfoque solidario y de corresponsabilidad social en beneficio de los menores que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes guardaron silencio.

#### **V. CONSIDERACIONES:**

##### **V.I Presupuestos procesales.**

Se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la presente sentencia, iniciase el estudio de la Litis, afirmando 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.

**V.II Problema jurídico:** Para el caso concreto, en virtud de resolver el grado jurisdiccional de consulta corresponde a la Sala: ***i) Determinar si la relación entre la demandante, por sus actividades de madre comunitaria y el ICBF, tipificaron un contrato de trabajo y en caso afirmativo determinar la procedencia de las prestaciones, indemnizaciones y demás rubros laborales reclamados por la accionante.***

Para resolver el primer problema jurídico se debe traer a colación, lo reiterado por 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, T1605 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.) Observa la sala, que el único precedente que sostuvo que SÍ lo era (que si existía una relación de carácter laboral) fue la Sentencia T- 480 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.

El aludido carácter solidario y de corresponsabilidad, mas 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 objeto de alzada.

En conclusión, considera la Sala que la actividad de las madres comunitarias no tipifica contrato laboral con el ICBF, por todo lo anterior, 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 comunitarias de aquellas, motivo por el cual resulta atinada la sentencia proferida en primera instancia, la cual negó las pretensiones de la demanda.

Por último, es pertinente manifestar que no se condenará en costas en esta instancia, toda vez que no se causaron en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

## **VI. DECISIÓN**

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

### **VII. RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** a la sentencia consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, por las razones expuestas en la parte motiva.

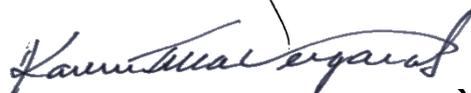
**SEGUNDO:** Sin Costas en esta instancia.

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

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**KAREM STELLA VERGARA LÒPEZ**



**CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ**  
**VILLADIEGO**

**Expediente 23-001-31-05-001-2020-00068-01 Folio 167-21**

**Montería, veintinueve (29) 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 y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones , Porvenir S.A y Colfondos S.A, contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **JORGE LUIS MADERO HERNANDEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.**

**I. ANTECEDENTES**

**I.I. Pretensiones.**

Pretende el actor que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A, y Porvenir desde el 1 de abril de 1994, en consecuencia, ordenar Porvenir S.A a trasladar los aportes realizados por la demandante a Colpensiones, junto con los rendimientos generados, ordenar a Colpensiones aceptar el traslado del

demandante y recibir los aportes pensionales del actor y, condenar en costas a las demandadas.

## **I.II Hechos**

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

- Manifiesta el accionante que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por Porvenir S.A.
- Alega el demandante que cuenta con 63 años, con 1.391 semanas cotizadas.
- Afirma que el 8 de abril de 1994, se efectúa el traslado del antiguo seguro social, hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A.
- Indica que en fecha 02 de abril de 2008 se efectúa el traslado de Colfondos al fondo de pensiones régimen de ahorro individual Porvenir S.A.
- Manifiesta el demandante que al momento del correspondiente traslado de régimen no recibió la asesoría e información acorde sobre los beneficios y/o perjuicios de régimen coexistente en el sistema general de seguridad social en los fondos de pensiones.
- Arguye el actor que el 25 de febrero de 2020, Colpensiones contestó que no era procedente dar trámite a la solicitud de traslado que solicitó, por cuanto se encontraba a menos de 10 años de adquirir su derecho pensional.

## **I.III Contestación de la demanda.**

### **I.III.I COLPENSIONES.**

**Expediente rad. 23-001-31-05-001-2020-00068-01 Folio 167-21**

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, teniendo en cuenta que el traslado de régimen pensional se ajustó a derecho y se llevó a cabo conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables.

En su defensa formuló las excepciones de *"falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción, falta de consentimiento o autorización para dar traslado a régimen privado, innominada o genérica."*

**I.III.II COLFONDOS S.A:** Al contestar la demanda su apoderado judicial respecto las pretensiones indicó que no se opone a las mismas y, no presentó excepciones.

**I.III.III PORVENIR S.A:** Se tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A.

## **II. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia de fecha veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado en su momento a Colfondos S.A y luego a Porvenir S.A, en consecuencia, se dispone que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de ocurrir dicho traslado, condenó a Colfondos S.A, a devolver a Porvenir S.A, los gastos de administración durante el término que estuvo afiliado el actor en esa administradora, condenó a Porvenir S.A, a devolver los aportes en pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales que tenga el demandante en su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, condenó a Colpensiones a recibir los aportes por pensión y demás emolumento que deba trasladar Porvenir S.A, a favor del actor, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia, indica que no se puede pretender que la elección efectuada por el demandante, sean asumidas por la entidad que representa, no es dable que después de haberse trasladado durante todo este tiempo pretenda retornar cuando se encuentra válidamente afiliada a Porvenir y en su oportunidad aceptó todas las condiciones ofrecidas por dicha entidad, se reitera que al demandante le faltan menos de 10 años para pensionarse, por lo que hay una prohibición legal para trasladarse.

El acto de traslado realizado por el demandante, Colpensiones nunca lo indujo, promovió o participó en su decisión de trasladarse de régimen, siendo Colpensiones totalmente ajena a dichas circunstancias, más aún conociendo que la demandante en ningún momento buscó información por parte de los asesores para adoptar su decisión, las cuales a voces del mismo actor realizó de manera libre y voluntaria. Teniendo en cuenta lo anterior, se solicita al Tribunal que tenga en cuenta para la decisión de este proceso que el acto jurídico realizado entre la AFP y el afiliado es meramente vinculante para las partes, por lo que se debe tener en cuenta la inoponibilidad de la entidad Porvenir y Colfondos S.A, frente a los intereses de Colpensiones, los actos realizados por la AFP fueron totalmente ajenos al conocimiento de Colpensiones, ya que es posible que se pudiera tener certeza que el acto jurídico realizado por la AFP iba encaminado a proteger y garantizar los derechos del afiliado y no por el contrario que se hayan querido vulnerar.

Por último, solicita al Tribunal revocar la condena en costas estipulada por el Juez de primera instancia, teniendo en cuenta el artículo 365 y 366 del CGP, de manera que para que las costas sean tasadas y liquidadas se tiene que esperar la ejecutoria del fallo y así de forma separada mediante auto tasar lo correspondiente frente a esta condena.

### **III.II COLFONDOS S.A.**

El apoderado de Colfondos apela la condena en costas impuesta a su representada, explicando que en ningún momento se opuso, puesto se allanó, y no presentó excepción contra las pretensiones de la demanda.

### **III.III PORVENIR S.A:**

El apoderado judicial de Porvenir S.A, manifiesta que interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por este despacho judicial, el Juez fundamento su decisión al estimar que Porvenir y Colfondos transgredieron el principio que estaba en cabeza de ellos, y en consecuencia, ordenó el regreso automático del demandante al RPM, administrado por Colpensiones, pues bien sobre el particular la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia asegura que la escogencia de régimen no es libre y voluntaria cuando las personas desconocen cuando tiene incidencia sobre sus derechos prestacionales por lo que aseguró que es obligación de la administradora de pensiones suministrar información clara y suficiente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen, tal como acaeció en el presente proceso del traslado que efectuó el actor en el año 2007, de igual forma, en la misma providencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral esgrime que no se puede obviar el consentimiento informado para su libre escogencia, el cual se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación.

Ahora bien, hace replica el apoderado judicial respecto al numeral tercero de la sentencia esgrimida por el despacho, el cual condena a Porvenir a devolver los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante tales como rendimientos, bonos pensionales, y gastos de

administración, sobre el particular indica que en cuanto a la devolución de gastos de administración no debe perderse de vista que las administradoras de pensiones son entidades autorizadas legalmente para realizar la función propia de administrar los ahorros para las pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones económicas y beneficios que la ley establece, dicho lo anterior la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución de la función de administración en cabeza de las AFP. En este orden, es claro que el legislador no incluye los gastos de administración al momento del traslado de régimen pensional, sino que por el contrario excluye tales emolumentos prestacionales.

De igual forma, refuerza lo anterior lo señalado por la Superintendencia financiera de Colombia en el concepto con radicado 2019152169003000 calendado con fecha 15 de enero de 2020, en el que se plantea en igual sentido por tal corporación que en atención a que el porcentaje de la prima provisional ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, no se considera viable el traslado de dichos recursos. En ese sentido, solicita al sensor de segunda instancia que al momento de realizar el recurso interpuesto y al momento de definir los problemas jurídicos planteados, absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

El apoderado judicial de Colpensiones y Porvenir S.A, hicieron uso de esta etapa procesal, reiterando lo manifestado en el recurso de alzada.

De otra parte, el apoderado judicial de la parte demandante indica que la decisión de primera instancia esta acorde a derecho y en la línea jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia. Por tanto, solicita se confirme la sentencia emitida en primera instancia.

#### **III. CONSIDERACIONES:**

## **1. Presupuestos procesales.**

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

## **2. Problema jurídico.**

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a las demandadas.

**I.** Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio 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, ha dispuesto 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).*

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "pro" y también los "contra" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso

a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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 respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

**"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor 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 del actor 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 el 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...".** (Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Diaz, se dijo:

*"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:*

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014) [...]*

**Expediente rad. 23-001-31-05-001-2020-00068-01 Folio 167-21**

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)"*

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Colfondos S.A y Porvenir S.A, no le brindaron la información necesaria al momento de la afiliación, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, 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 fueron acreditadas por Colfondos S.A y Porvenir S.A, administradoras a la que se afilió el actor, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A y Porvenir S.A, hayan brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el a-quo.

Por otro lado, se observa que el recurrente alega que no se debe condenar a Porvenir S.A, a devolver los rendimientos financieros y gastos de administración, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia 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.**

Así mismo, en sentencia más reciente SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, señaló que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias, se dijo:

*"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989,*

*esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.*

*En efecto, en la última providencia se señaló:*

*Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]*

*«La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que 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, la devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el apoderado judicial de Porvenir S.A.

Aunado a lo anterior, alega el vocero judicial de la demandada Porvenir S.A, que la Superintendencia financiera de Colombia en el concepto con radicado 2019152169003000 calendado con fecha 15 de enero de 2020,

**Expediente rad. 23-001-31-05-001-2020-00068-01 Folio 167-21**

indicó que en atención a que el porcentaje de la prima provisional ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, por lo que no considera viable el traslado de dichos recursos. Ahora, si bien el recurrente trae a colación el concepto emitido por la Superintendencia Financiera, no es menos cierto que se trata de un concepto que no obliga al Juez a aplicarlo máxime cuando el mismo desconoce el criterio reiterado de la honorable Corte Suprema de Justicia, el cual establece los efectos que conlleva la declaratoria de la nulidad del acto de traslado, tal como se indicó en las sentencias antes referenciadas. Razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia en este punto.

**II.** No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, impele indicar que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Labora, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

***"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"***

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

***“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”***

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

**“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. 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”.**

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

**III.** En lo concerniente a la condena en costas impuesta por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

**"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

**1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.**

*Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."*

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma.

En cuanto a lo alegado por el apoderado judicial de Colpensiones respecto a la tasación y liquidación de las costas y agencias en derecho, se debe indicar que el Juez de Primera Instancia se limitó a condenar y fijar agencias en derecho, más no realizó liquidación de estas, por lo que, la actuación del Juez de condenar en costas y fijar las agencias en derecho se encuentra permitido de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual 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. Razón por la cual se confirmará lo dispuesto en la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, frente a lo alegado por la apoderada judicial de Colfondos S.A, es pertinente indicar que efectivamente dicha entidad no se opuso a las pretensiones de la demanda y no presentó excepciones, por lo que no se presentó controversia en el presente asunto, razón por la cual de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, no habría lugar a condenar en costas a la misma, contrario a lo aducido por el Juez de primera instancia, al condenar en costas a la demandada desacertadamente por actuaciones anteriores al presente proceso. Por tanto, se revocará la sentencia de primera instancia en lo referente a este punto, en su lugar, se absolverá a Colfondos S.A, de la condena en costas impuestas.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas y agencias en derecho a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. en esta instancia, dado que hubo réplica al recurso de apelación y, por ende, se estiman causadas según lo establecido en el artículo 365 del CGP. De conformidad con la jurisprudencia antes referenciada respecto a las agencias en derecho, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV que, según 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.

Es necesario mencionar que el Dr. José David Morales Villa presenta sustitución de poder a favor del Dr. Yesid de Jesús Pérez Mendoza, por lo anterior, en virtud de los artículos 74 y 75 del C.G.P, se procederá a reconocer personería al señor abogado.

## **VI.DECISIÓN**

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

**VII. RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral sexto de la sentencia apelada y consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, y en su lugar, absolver a la demanda Colfondos S.A, de la condena en costas impuesta en primera instancia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás.

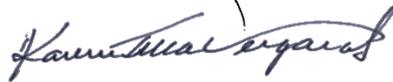
**TERCERO: CONDENAR** en costas y agencias en derecho a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, de acuerdo con lo indicado en la motiva.

**CUARTO:** Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

**QUINTO: RECONÓZCASELE Y TENGASE** al Dr. Yesid de Jesús Pérez Mendoza, identificada con la C.C. N° 1.047.459.830 y T.P. N° 334.160 del CSJ como apoderado sustituto de la entidad demandada Colpensiones.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**



**CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA**  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ  
VILLADIEGO**

**Expediente 23-001-31-05-004-2020-00175-01 Folio 206-21**

**Montería, veintinueve (29) 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 y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Protección S.A, contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **GUSTAVO DE JESUS SALGADO OTERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A, y HOSPITAL REGIONAL DE NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DE COROZAL (SUCRE).**

**I. ANTECEDENTES**

**I.I. Pretensiones.**

Pretende el actor que se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media administrado hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A, como consecuencia, ordenar a Colpensiones recibirlo en condición de afiliado al Régimen de Prima Media, en el mismo sentido, ordenar a Protección S.A, como actual administradora que autorice dicho traslado, transfiriendo los aportes y rendimientos financieros recibidos con destino a Colpensiones, ordenar a Colpensiones que una vez efectuado el traslado, proceda a resolver la pensión de vejez del actor en la forma y cuantía determinada en la ley, y condenar en costas a las demandadas.

**I.II Hechos**

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

- Manifiesta el accionante que desde el mes de abril de 1988 al mes de julio de 1989, prestó los servicios a la ESE HOSPITAL REGIONAL DE NIVEL 11 NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DE COROZAL.
- Aduce que, durante el tiempo que estuvo prestando sus servicios ESE HOSPITAL REGIONAL DE NIVEL 11 NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DE COROZAL, el actor estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Caja Nacional de Previsión Social.
- Alega el demandante que posteriormente prestó sus servicios a COMFACOR, quien como empleador lo afilió al extinto ISS hoy Colpensiones.
- Afirma que en octubre de 1998, se trasladó del régimen de prima media administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por Colfondos S.A.
- Indica que, con efectividad a partir del mes de enero de 2003, el actor se mantuvo en el régimen, pero hizo cambio de administradora de fondo de pensiones Colfondos a AFP Protección S.A.
- Afirma que en la actualidad se encuentra afiliado al fondo privado de pensiones Protección S.A.
- Arguye que nunca recibió información suficiente y clara de las consecuencias del traslado del régimen de prima media, al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Manifiesta que Colfondos S.A, al momento de la afiliación al RAIS y durante el tiempo que estuvo afiliado incumplió con sus obligaciones de información y asesoramiento que deben dar a sus afiliados.
- Alude que el 28 de enero de 2010, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, y Colpensiones negó la solicitud.

## **II. Contestación de la demanda.**

### **II.I COLPENSIONES.**

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad del actor.

En su defensa formuló las excepciones de *"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, ausencia de nexo causal*

*por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe, prescripción.”*

**II.II COLFONDOS S.A:** Al contestar la demanda su apoderado judicial respecto a las pretensiones manifestó que no se oponía a las mismas, y no presentó excepciones.

**II.III PROTECCIÓN S.A:** Indica que se opone a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo “inexistencia de razones para la anulación del acto de traslado de AFP, prescripción, buena fe, compensación, innominada o genérica.”

**II.IV: HOSPITAL REGIONAL DE II NIVEL NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DE COROZAL:** Al contestar la demanda manifestó que las declaraciones y condenas no se incoan en contra de dicha entidad, y los hechos en que se funda deberá probarse y propuso como excepciones “excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, inexistencia de nexo causal y falta de legitimación en la causa por pasiva.”

### **III. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia de fecha veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Protección S.A, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por COLFONDOS S.A, y posteriormente, a PROTECCIÓN S.A, en consecuencia, ordenó a Colpensiones proceda a recibir al demandante como afiliado en el régimen de prima media sin solución de continuidad; ordenar a Protección S.A, por ser la última institución pensional a la que se encuentra adscrito el demandante, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual del demandante, absolver a la ESE HOSPITAL DE II NIVEL NUESTRA SEÑORA DE LAS MERCEDES DE COROZAL de las pretensiones de la demanda, condenar en costas a PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES.

En síntesis, el Juez de primera instancia reiteró lo dicho por la jurisprudencia, la cual ha establecido que al momento de realizarse un traslado de régimen debe brindarse a ese futuro afiliado una información, clara, precisa, concisa, detallada de los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, e indicó que en el caso bajo estudio la administradora de pensiones no demostró haber brindado esa información requerida.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **IV.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por el despacho, habida cuenta que nos encontramos frente a un acto o negocio jurídico de traslado del cual Colpensiones, ni el instituto de seguros sociales participaron.

Por otro lado, considera pertinente que los honorables magistrados estudien la posibilidad de que sean los fondos privados quienes solventen los derechos y beneficios a que haya tenido lugar el demandante de haber permanecido afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, esto bajo el entendido que Colpensiones es un tercero ajeno.

Indica que el demandante nunca se encontró afiliado al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, es decir, si bien estuvo ante una caja de previsión departamental, nunca estuvo afiliado al ISS, tal como se evidencia en la historia laboral. Así mismo, se evidencia que el demandante nunca hizo uso de su derecho a retracto.

Así mismo, indica que no se están vulnerando derechos pensionales dentro de la litis, puesto que el actor puede acceder a una pensión bajo los parámetros que establezca el RAIS, por contar con un número de semanas y una suma considerable dentro de su cuenta de ahorro con solidaridad, esto quiere decir que se puede revisar el caso bajo las luces del artículo 1495 del C.C y en este sentido, se está bajo una clara prescripción de la acción del demandante, toda vez que el traslado data hace más de 4 años. Por otra parte, teniendo en cuenta la edad del demandante, pide se considere la posibilidad de relevarlos de las costas impuestas en primera instancia, habida cuenta de que para Colpensiones era imposible recibirlo como afiliado conforme a lo establecido en la ley 100/9. Por tanto, solicita se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas impuestas.

#### **IV.II PROTECCIÓN S.A.**

Manifiesta el apoderado judicial de Protección que interpone recurso de apelación en contra de la sentencia, solicita al Honorable Tribunal de Montería, que revoque la sentencia en el punto que se condena a su defendida a la devolución de los gastos de administración, exclusivamente en ese punto.

Lo anterior, toda vez que los gastos de administración, esos descuentos se hacen en virtud de una prescripción legal de carácter impositivo contenida en el artículo 6 de la ley 797 de 2003, en la cual se le impone la carga a las AFP de hacer unos descuentos a los aportes pensionales de los afiliados al RAIS, y estos descuentos de los gastos de administración son los determinados por el legislador para que se financie la AFP en este caso Protección S.A, por lo tanto, dichos descuentos son de carácter legal y considera que la decisión de ordenarlos es antijurídica. Razón por la cual considera que se debe revocar la sentencia en ese sentido.

#### **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

El apoderado judicial de Colpensiones, hizo uso de esta etapa procesal reiterando lo manifestado en el recurso de alzada.

El apoderado judicial de la parte demandante, indica que el traslado efectuado en el caso en cuestión, no se efectuó bajo los parámetros de libertad informada, por lo que, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

## **VI. CONSIDERACIONES:**

### **VI.I. Presupuestos procesales.**

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto las partes demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma.

### **VI.II Problema jurídico.**

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado pretendida, de ser así, establecer cuáles son las consecuencias de la nulidad **ii)** analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción. **iii)** Finalmente, establecer si erró el Juez de Primera Instancia al condenar en costas a la demandada Colpensiones.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio 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, ha dispuesto 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).

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los "*pro*" y también los "*contra*" que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen.

En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del

régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliados, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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 respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

**"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor 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 del actor 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 el 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...".**  
(Subrayas de la Sala).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencia SL17743-2021, radicación n° 85802, con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Diaz, se dijo:

*"La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:*

*«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014) [...]*

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)"*

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la accionante, que la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrada por Colfondos S.A y Protección S.A, no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pro y los contra de dicha actuación.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, 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 fueron acreditadas por Colfondos S.A y Protección S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

Frente al tema de la voluntad del actor al efectuar el aludido traslado, cabe resaltar que el mismo no desconoce haber realizado dicho traslado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa frente a las consecuencias que podría traer ese traslado bien fueran positivas o negativas, ello teniendo en cuenta que la suscripción del formato de vinculación, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, 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 que haya existido engaño y/o nulidad.

En lo atinente a que la demandante no ejerció la facultad de retracto, 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 ejercerse en cualquier tiempo.

De otro lado, aduce el apoderado de 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. 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".*

Como consecuencia de lo anterior, al no existir prueba que nos lleve a colegir que Colfondos S.A y Protección S.A, haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, debe advertirse inicialmente que dicha afiliación es nula, tal como lo coligió el respectivo a-quo.

Por otro lado, se observa que el apoderado judicial de Colpensiones alega que se considere la posibilidad de que el fondo privado, sea el que otorgue los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le corresponderían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia 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.**

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, se debe entender que siempre permaneció en el régimen de prima

media con prestación definida, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el apoderado judicial de Colpensiones.

De otra parte, el vocero judicial de la demandada Protección S.A, alega que no se deben regresar los gastos de administración al actor, por lo que se debe reiterar lo dispuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia, la cual ha sido pacífica en señalar que una de las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado es la devolución de los gastos de administración, postura que ha sido acogida por esta corporación en múltiples sentencias. En sentencia, SL 2870 de 2021, con ponencia del magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, se dijo:

*"Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.*

*En efecto, en la última providencia se señaló:*

*Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...]*

*«La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

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

De acuerdo con lo anterior, se procederá a confirmar en este punto la sentencia de primera instancia.

Finalmente, aduce el apoderado judicial de Colpensiones que el demandante si bien estuvo afiliado ante una caja de previsión departamental nunca estuvo afiliado al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Frente a este tema es preciso indicar que el demandante con antelación a su afiliación en el RAIS, hizo parte de una caja de previsión la cual quedó derogada con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones.

En ese orden, a la entrada en vigencia de la ley 100/93, en su artículo 4° y 6°, estableció que estaría conformado por "el ISS y las demás cajas o

entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación". Sin embargo, el artículo 34 ibidem, fijó una limitante para la afiliación de trabajadores, precisando, en relación con los servidores de niveles territoriales del sector público, que no podían exceder al 30 de junio de 1995. **(sentencia CSJ SL 2817-2019)**

De conformidad con lo anterior, debía entenderse que el régimen previsional quedó incorporado al régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, se colige que el demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con anterioridad al acto de traslado que efectuó al régimen de ahorro individual con solidaridad. Razón por la cual no son de recibo los argumentos esbozados por el recurrente.

Aunado a lo anterior, se evidencia que las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado fueron impuestas, salvo a la demandada Colfondos S.A, administradora de pensiones a las que se encontraba afiliado inicialmente el actor, por lo que corresponde a esta 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".*

Así las cosas, al resolverse el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se torna necesario, adicionar la sentencia de primera instancia, en consecuencia, condenar a COLFONDOS S.A. a devolver los gastos de administración debidamente indexados, por el período en que el demandante estuvo afiliado en dicho fondo de pensiones.

**II.** No obstante a lo anterior, no puede pasar por alto esta Sala que se está desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien propuso como excepción de mérito la de **prescripción**, en ese orden de ideas, y a fin de estudiar la misma, imple indicarle que la Jurisprudencia de nuestra H. Corte suprema de justicia, manifestó que en sentencia a SL-4989 de noviembre 14 de 2018, radicada bajo el número 47125 proferida por la Sala Laboral, en donde en un caso idéntico al que nos convoca estudio el fenómeno prescriptivo en forma general, medio exceptivo que había sido propuesto tanto por Colpensiones, como por las administradoras de pensiones del RAIS, señalando la Corte sobre el tema lo siguiente:

**"Aunado a lo precedente, se desestiman las excepciones formuladas por la entidad demandada, incluyendo la de prescripción, debido a que la reclamación del derecho fue realizada el 11 de mayo de 2004 y la demanda radicada el 15 de junio de 2004, calendas respecto de las cuales transcurre una temporalidad insuficiente al término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 488 el C.S.T"**

Acorde al anterior criterio jurisprudencial anotado, ese fenómeno prescriptivo comenzaría a contarse a partir de la reclamación administrativa, **EMPERO** en jurisprudencia posterior, en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, manifestó:

**"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"**

De tal pronunciamiento se colige, la solicitud de la nulidad en la afiliación y/o traslado, podrá realizarse en cualquier tiempo, debido a la irrenunciabilidad del derecho pensional que se encuentra en controversia. En la misma providencia se manifestó:

**"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. 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".**

Expuesto lo precedente, es viable como lo señaló el a-quo, declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

**III.** En lo concerniente a la condena en costas impuestas por el Juez de Primera Instancia a la demandada Colpensiones, es pertinente traer a

**Expediente rad. 23-001-31-05-004-2020-00175-01 Folio 206-21**

colación lo estatuido en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso, aplicable por remisión del canon 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual, en su tenor literal expresa lo siguiente:

**"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

**1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso,** *o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe."*

En el presente asunto, se evidencia que la demandada Colpensiones, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones de la demanda, razón por la cual si hay lugar a la condena en costas impuestas a la misma por el Juez de Primera Instancia.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas y agencias en derecho en esta instancia a las demandadas Colpensiones y Protección S.A, dado que fue la parte vencida dentro del proceso y hubo réplica al recurso de apelación y, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Como quiera que recientemente 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 en 1 SMMLV que, según artículo 5º 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.

## **VII.DECISIÓN**

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

**VIII. RESUELVE:**

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

de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

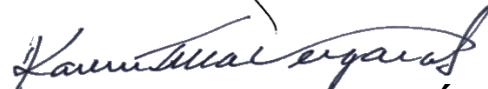
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás.

**TERCERO: CONDENAR** en costas y agencias en derecho a las demandadas Colpensiones y Protección S.A, de acuerdo con lo indicado en la motiva.

**QUINTO:** Oportunamente devuélvase el expediente a su juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**  
Magistrada



**CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA**  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**

**Expediente 23-001-31-05-003-2018-00305-01 Folio 213-21**

**Montería, veintinueve (29) 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 a favor de la parte demandante de la sentencia de fecha veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por la señora **NORIS DEL CARMEN RIVERO PADILLA** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF**.

**I. ANTECEDENTES**

**I. Pretensiones.**

Pretende la actora que se declare la existencia de una relación de carácter laboral con la demandada desde el 09 de noviembre de 1992 hasta la fecha sigue vigente la vinculación; en consecuencia, condenar a la demandada a pagar las sumas de dinero que resulte de la diferencia salarial entre lo percibido por ella y el salario mínimo mensual legal vigente para cada año, prestaciones sociales, indemnización por no pago oportuno de cesantías, sanción moratoria según lo establecido en el artículo 65 del CST, sumas que deberán ser indexadas desde el momento

de su causación hasta la fecha del pago efectivo y condenar en costas a la demanda.

## **I.I Hechos**

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

1. Indica la demandante que labora al servicio del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en el programa de hogares comunitarios de bienestar desde el 09 de noviembre de 1992 hasta la fecha.
2. Manifiesta que, el cargo que desempeña en el ICBF, es de madre comunitaria, en el municipio de Montería- Córdoba.
3. Arguye La actora que en el desempeño de sus labores, es la responsable de la alimentación, atención, protección, desarrollo y demás necesidades básicas bajo lo que dispone el ICBF.
4. Indica que como contraprestación económica ha recibido una remuneración denominada beca o bonificación, siendo una suma de dinero inferior al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente de cada año respectivo, equivalente al 50% del mismo, desde el día 01 de abril de 1997, fecha en la que inició su vinculación con el ICBF.
5. Manifiesta la demandante que durante la vigencia de la relación laboral no le cancelaron sus prestaciones sociales, tales como, cesantías, interés en cesantías, prima de servicios y vacaciones a las cuales tiene derecho.
6. Señala que la demandante ha prestado de manera personal al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, una función pública, es decir desarrolla para la entidad la política pública de atención a la niñez de escasos recursos, siendo los objetivos que desarrolla los consignados en las diferentes leyes, decretos o circulares que dieron nacimiento al ICBF.

7. Afirma que el día 29 de diciembre de 2016, presentó reclamación administrativa ante el ICBF, solicitando la existencia del vínculo laboral, reajuste de salario, pago de prestaciones sociales, pagos de aporte a la seguridad social, dicha solicitud fue respondido negativamente por la entidad.
8. Indica que interpuso recurso de reposición en contra del acto administrativo N. S-2017-109647-2300 expedido por el **ICBF**, y con posterioridad, mediante acto administrativo N. S- 2017- 163782-2300 de día 27 de marzo de 2017, le niegan la solicitud.

## **I.II Contestación de la demanda.**

**I.II.I. ICBF:** Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por ICBF, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez 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.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de la causa para demandar, imposibilidad fáctica y jurídica de reconocer la existencia de contrato realidad, prescripción, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, genérica o innominada"*.

## **II. LA SENTENCIA EN CONSULTA**

Mediante sentencia de fecha 25 de junio de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, resolvió declarar probada la excepción de mérito denominada imposibilidad fáctica y jurídica de reconocer la existencia de contrato realidad propuesta por la demandada, en consecuencia, absolvió de todas las pretensiones de la demanda al ICBF.

En términos generales, la Juez de Primera Instancia señaló que no se encuentra acreditado con las pruebas documentales, que las mismas

**Expediente 23-001-31-05-003-2018-00305-01 Folio 213-21**

prestaran sus servicios personales a favor del ICBF, por lo que en primera medida indica que no está demostrado que entre las partes existió un contrato de trabajo.

Seguidamente, manifiesta que la jurisprudencia de la H. Corte constitucional en sentencia unificada 079 de 2018, dejó sentado que el ICBF y las madres comunitarias no existe relación laboral gobernada por contrato de trabajo. En ese sentido, se entiende que la labor de las madres sustitutas se entiende que su labor responde a un enfoque solidario y de corresponsabilidad social en beneficio de los menores que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

### **III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

### **IV. CONSIDERACIONES:**

#### **1. Presupuestos procesales.**

Se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la presente sentencia, iniciase el estudio de la Litis, afirmando 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:** Para el caso concreto, en virtud de resolver el grado jurisdiccional de consulta corresponde a la Sala: ***i) Determinar si la relación entre la demandante, por sus actividades de madre comunitaria y el ICBF, tipificaron un contrato de trabajo*** y en caso afirmativo ***determinar la procedencia de las prestaciones, indemnizaciones y demás rubros laborales reclamados por la accionante.***

**2.1.** Para resolver el primer problema jurídico se debe traer a colación, lo reiterado por 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, T1605 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.) Observa la sala, que el único precedente que sostuvo que SÍ lo era (que si existía una relación de carácter laboral) fue la Sentencia T- 480 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.

El aludido carácter solidario y de corresponsabilidad, mas 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 objeto de alzada.

**2.2.** En conclusión, considera la Sala que la actividad de las madres comunitarias no tipifica contrato laboral con el ICBF, por todo lo anterior, 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 comunitarias de aquellas, motivo por el cual resulta atinada la sentencia proferida en primera instancia, la cual negó las pretensiones de la demanda.

Por último, es pertinente manifestar que no se condenará en costas en esta instancia, toda vez que no se causaron en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

## **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera 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,

**VI. RESUELVE:**

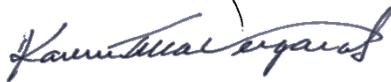
**PRIMERO: CONFIRMAR** a la sentencia consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**  
Magistrado



**KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**



**CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA**  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**

**Expediente 23-001-31-05-003-2018-00152-01 Folio 217-21**

**Montería, veintinueve (29) 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 a favor de la parte demandante de la sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por la señora **ANA JOSEFA HERNANDEZ JIMENEZ** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF**.

**I. ANTECEDENTES**

**I.I Pretensiones.**

Pretende la actora que se declare la existencia de una relación de carácter laboral con la demandada desde el 02 de mayo de 1989 hasta la fecha; en consecuencia, condenar a la demandada a pagar las sumas de dinero que resulte de la diferencia salarial entre lo percibido por ella y el salario mínimo mensual legal vigente para cada año, prestaciones sociales, indemnización por no pago oportuno de cesantías, sanción moratoria según lo establecido en el artículo 65 del CST, sumas que deberán ser

indexadas desde el momento de su causación hasta la fecha del pago efectivo y condenar en costas a la demanda.

## **I.II Hechos**

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

1. Indica la demandante que labora al servicio del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en el programa de hogares comunitarios de bienestar desde el 02 de mayo de 1989 hasta la fecha.
2. Manifiesta que, el cargo que desempeña en el ICBF, es de madre comunitaria, en el municipio de Montería- Córdoba.
3. Arguye la actora que en el desempeño de sus labores, es la responsable de la alimentación, atención, protección, desarrollo y demás necesidades básicas bajo lo que dispone el ICBF.
4. Indica que como contraprestación económica ha recibido una remuneración denominada beca o bonificación, siendo una suma de dinero inferior al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente de cada año respectivo, equivalente al 50% del mismo, desde que inició su vinculación con el ICBF.
5. Manifiesta la demandante que durante la vigencia de la relación laboral no le cancelaron sus prestaciones sociales, tales como, cesantías, interés en cesantías, prima de servicios y vacaciones a las cuales tiene derecho.
6. Señala que la demandante ha prestado de manera personal al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, una función pública, es decir desarrolla para la entidad la política pública de atención a la niñez de escasos recursos, siendo los objetivos que desarrolla los consignados en las diferentes leyes, decretos o circulares que dieron nacimiento al ICBF.

7. Afirma que el día 25 de noviembre de 2016, presentó reclamación administrativa ante el ICBF, solicitando la existencia del vínculo laboral, reajuste de salario, pago de prestaciones sociales, pagos de aporte a la seguridad social, dicha solicitud fue respondido negativamente por la entidad.
8. Indica que interpuso recurso de reposición en contra del acto administrativo N. S-2016-684453-0101 expedido por el **ICBF**, y con posterioridad, mediante acto administrativo N. S- 2017- 018174-0101 de día 17 de enero de 2017, le niegan la solicitud.

## **II Contestación de la demanda.**

**II.I. ICBF:** Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por ICBF, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez 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.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de la causa para demandar, imposibilidad fáctica y jurídica de reconocer la existencia de contrato realidad, prescripción, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, genérica o innominada"*.

## **III. LA SENTENCIA EN CONSULTA**

Mediante sentencia de fecha 28 de junio de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería-Córdoba, resolvió declarar probada la excepción de mérito denominada imposibilidad fáctica y jurídica de reconocer la existencia de contrato realidad propuesta por la demandada, en consecuencia, absolvió de todas las pretensiones de la demanda al ICBF.

En términos generales, la Juez de Primera Instancia señaló que no se encuentra acreditado con las pruebas documentales, que las mismas prestaran sus servicios personales a favor del ICBF, por lo que en primera

medida indica que no está demostrado que entre las partes existió un contrato de trabajo.

Seguidamente, manifiesta que la jurisprudencia de la H. Corte constitucional en sentencia unificada 079 de 2018, dejó sentado que el ICBF y las madres comunitarias no existe relación laboral gobernada por contrato de trabajo. En ese sentido, se entiende que la labor de las madres sustitutas se entiende que su labor responde a un enfoque solidario y de corresponsabilidad social en beneficio de los menores que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes guardaron silencio, en esta etapa procesal.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **V.I Presupuestos procesales.**

Se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la presente sentencia, iniciase el estudio de la Litis, afirmando 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.

**V.II Problema jurídico:** Para el caso concreto, en virtud de resolver el grado jurisdiccional de consulta corresponde a la Sala: ***i) Determinar si la relación entre la demandante, por sus actividades de madre comunitaria y el ICBF, tipificaron un contrato de trabajo*** y en caso afirmativo ***determinar la procedencia de las prestaciones, indemnizaciones y demás rubros laborales reclamados por la accionante.***

Para resolver el primer problema jurídico se debe traer a colación, lo reiterado por 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, T1605 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.) Observa la sala, que el único precedente que sostuvo que SÍ lo era (que si existía una relación de carácter laboral) fue la Sentencia T- 480 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.

El aludido carácter solidario y de corresponsabilidad, mas 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 objeto de alzada.

En conclusión, considera la Sala que la actividad de las madres comunitarias no tipifica contrato laboral con el ICBF, por todo lo anterior, 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 comunitarias de aquellas, motivo por el cual resulta atinada la sentencia proferida en primera instancia, la cual negó las pretensiones de la demanda.

Por último, es pertinente manifestar que no se condenará en costas en esta instancia, toda vez que no se causaron en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

## **VI. DECISIÓN**

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

**VII. RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** a la sentencia consultada de origen y fecha reseñado en el preámbulo de esta providencia, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin Costas en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**

**Expediente 23-555-31-89-001-2020-00045-01 Folio 326-2020**

**Montería, veintinueve (29) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021)**

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primero (01) de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **MARIA ROSALBA QUINTERO BEDOYA** contra la **RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA**, representada legalmente.

**I. ANTECEDENTES**

**I.I Pretensiones.**

Pretende la actora se declare que entre ella y la empresa RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 5 de octubre de 2002 hasta el 13 de junio de 2016, y como consecuencia de lo anterior, se condene a la parte demandada a pagar auxilio de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, y vacaciones en los extremos 5 de octubre de 2002 hasta el 13 de julio de 2016, indemnización moratoria contemplada en el art. 65 del C.S.T., sanción por no consignación de cesantías e indexación.

**I.II Hechos**

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

- Indica la actora que el día 5 de octubre de 2002, celebró un contrato verbal con la demandada empresa RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., desempeñando el cargo de vendedora y/o asesora de ventas, devengando un S.M.L.M.V.
- Arguye que cumplía un horario rotativo de 8:00 am a 2:00 pm y de 2:00 pm a 8:00 pm, de lunes a domingo.

- Aduce que, al momento de entrar a trabajar le asignaron un código de ventas, el cual fue el N°0589, entregándole además un carnet de identificación y uniformes de dotación cada seis meses, siendo asignada a un puesto de trabajo fijo, el cual le fueron rotando con el transcurrir de los años.
- Dice que se le hacía entrega de metas para cumplir, como trabajadora de puntos de venta, y que para los años 2007, 2008 y 2009, les entregaban unos formatos de pago de nómina, los cuales, por motivos desconocidos no les volvieron a pasar.
- Alega, en ningún momento dejó el puesto de trabajo abandonado, ni tampoco renunció al cargo asignado por la empresa, ya que solo presentó un permiso indefinido, y esto fue por motivos de enfermedad el día 20 de mayo de 2016, siendo aceptada hasta el 13 de junio de 2016 y recibida por su jefe inmediato, en razón a su diagnóstico de cáncer de seno, por lo que fue llevada a cirugía y tratamientos médicos por más de dos años, sin que en ese lapso de tiempo la empresa manifestara su apoyo de cualquier índole o pagara salarios.
- Manifiesta que el día 2 de enero de 2017, presentó una carta donde les entregaba las incapacidades generadas por su tratamiento médico, recibidas por la señora Lina Vargas el mismo día, y que durante el transcurrir del mes, recibió una llamada de la señora SANDRA FRANCO, Jefa de Recursos Humanos de la empresa, donde le indicaba su vinculación a la nómina, adquiriendo los beneficios que de ella se derivan.
- Finalmente arguye que la demandada, no ha pagado ni efectuado consignaciones por los conceptos adeudados, para las fechas 5 de octubre de 2002 hasta el 13 de junio de 2016.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **II.I. Red de Servicios de Córdoba S.A.**

El Profesional del derecho defensor de los intereses de la pasiva, se pronunció argumentando ser cierto que la demandante fue vinculada, pero lo fue desde el 15 de octubre de 2002, hasta el 21 de mayo de 2016 a través de un contrato de carácter mercantil.

Añadiendo que la actora dejó de vender el producto para el cual fue contratada, y esto se demuestra a través de la carta anexada por ella misma al proceso, donde informó que se ausentaría de manera indefinida por una cirugía que se practicaría en Medellín.

Así mismo aclara, las colocadoras de apuestas permanentes independientes, se les cancela solamente un porcentaje equivalente al

10% de la venta diaria de las apuestas, y que no es cierto que se cumpliera con un horario.

Concluye diciendo que si bien, no hubo pago de prestaciones sociales, vacaciones y mucho menos sanción moratoria, esto lo fue en atención al contrato suscrito, ya que, al ser de carácter mercantil, es ajeno a dichos emolumentos sociales.

En cuanto a las pretensiones formuladas, se opone a su totalidad, formulando a su vez las excepciones de "prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, carencia de derecho sustantivo y las que resulten probadas en el curso del proceso".

### **III. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia de fecha 1º de octubre de 2020, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica decidió: DECLARAR que entre la accionante MARIA ROSALBA QUINTERO BEDOYA y la demandada RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 31 de diciembre de 2002 y terminó el 21 de mayo de 2016, y como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la empresa demandada RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., en calidad de empleador, a pagar a la demandante los conceptos adeudados, esto es, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicio, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías y sanción moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T. y DESESTIMAR las excepciones de CARENANCIA DEL DERECHO SUSTANTIVO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, y ESTIMAR PARCIALMENTE probada la excepción de PRESCRIPCIÓN, así mismo CONDENAR a la demandada RED DE SERVICIOS DE CORDOBA S.A., en calidad de empleador a pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensión durante el tiempo que duró la relación laboral, al fondo que la señora MARIA ROSALBA QUINTERO BEDOYA elija. A falta de elección, deberán realizarse los aportes causados; y pagar los aportes correspondientes al período laborado por la actora, esto es, desde el 31 de diciembre de 2002 hasta el 1º de mayo de 2007, inclusive; y del 17 de septiembre de 2009 hasta el 21 de mayo de 2016 al fondo que elija la demandante o en su defecto a COLPENSIONES, previo calculo actuarial de la entidad escogida, tomándose como salario la suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

Pudo determinar la a-quo, de las pruebas testimoniales y documentales, se evidencia, la existencia de una relación de carácter laboral, probándose la dependencia, aunado a que no logró desvirtuarse por parte de la demandada la presunción que se activó, en razón a la demostración de la prestación personal del servicio de la actora.

## **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

### **IV.I. RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

El apoderado judicial en primer lugar, argumenta que el contrato de colocadores dependientes e independiente es completamente legal, que su única diferencia es el tipo de exclusividad que no hay en el mercantil, la cual nunca se pactó con la demandante, tal y como se demostró a través de la prueba testimonial, ya que la señora MARIA QUINTERO, ofrecía no solo apuestas sino otros productos que ni siquiera estaban en el portafolio.

Alega respecto a la presunción, en la documental está el contrato mercantil celebrado, donde la actora sabía muy bien lo que hacía, además, se encuentra una tabla de comisiones que corresponde al monto que devengaba, contrariando su dicho en el interrogatorio, de que prácticamente regalaba su trabajo, aclarando además que el vestuario publicitario que ostentaban, no puede ser considerado como dotación.

Argumenta que los testimonios traídos por la demandante fueron contradictorios, a diferencia de los de la accionada, los cuales son unísonos en sus dichos, y que el hecho de no conocer al trabajador personalmente, no quiere decir que no tengan conocimientos al respecto, puesto que les era imposible con tantos trabajadores tener presente a cada uno de ellos.

Cuestiona la condena en primas, ya que según su criterio, los mismos testigos dijeron que ganaban una suma por concepto de estas, añadiendo también que el pago de cotizaciones adosado a la documental, fue desconocido por la empresa, por lo que no se predica autenticidad.

Finalmente indica que en la demanda no se estableció o planteó el contrato realidad declarado, indicando la actora un contrato verbal, cuando lo cierto es que fue de índole mercantil y escrito, que el cumplimiento de horario no es prueba de un contrato de trabajo. En lo concerniente a la condena por sanción moratoria dice, su aplicabilidad no es automática, y que existió buena fe al momento de pasar a la actora a un contrato dependiente, ya que se hizo para ayudarla por la situación de salud que venía presentando.

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Solamente el apoderado de la empresa RECORD S.A. ejerce este derecho, reiterando lo dicho en su defensa a lo largo del proceso y expresando que el señor Juez de instancia no hizo un estudio o análisis sobre el verdadero contrato mercantil de colocadores de apuestas permanentes independientes. Pues dicho contrato es totalmente legal, se encuentra determinado y encajado en la Ley 50 de 1.990 en su artículo 13 donde se realizó su creación, sino que además se encuentra reglamentado por

Leyes y Decretos, entre ellos la Ley 613 de 2.001 y el decreto Reglamentario 1350 de 2.003.

Señala que, si bien la demandante expresa que realmente se dio un contrato laboral, hay que establecer primero si efectivamente se cumplieron las condiciones del contrato mercantil suscrito por las partes. Para ello hay que determinar las funciones de los contratos de Colocadores de Apuestas Permanentes dependientes con contrato laboral e independiente con contrato mercantil. Y observando que ambas se encuentran regidas por las mismas Leyes y Decretos, teniendo un solo objetivo, el cual es la venta de apuestas permanentes, se debe considerar que tienen la misma actividad.

Y estima, lo otro que hay que mirar, es la diferencia que existe entre las dos clases de contratos.

Indica además que, los testimonios de la parte demandante son contradictorios y por ello Juez de primera instancia, al no hacer un estudio pormenorizado de las pruebas, no podía determinar que la presunción del artículo 24 del CST había sido destruida por la parte demandada, como ocurrió en realidad. Y concluir que lo que realmente existió fue un contrato mercantil entre las partes.

Señala que, si se toman las pruebas allegadas al proceso, en ninguna parte se establece, que la demandante cumplía un horario obligatorio por parte de la empresa.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **VI.I. Presupuestos procesales.**

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

### **VI.II. Problema jurídico.**

Corresponde a esta Sala determinar; **i)** Si entre las partes existió una relación laboral, verificando si se reunieron los elementos del contrato de trabajo; ser así, **ii)** establecer si hay lugar al pago de los emolumentos laborales deprecados, así como la sanción por no consignación de cesantías y sanción moratoria del art. 65 del CST

### **VI.III. Procederemos a dilucidar si entre las partes existió o no una relación de carácter laboral.**

Ahora bien, respecto al contrato de trabajo, el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que es "aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o"

jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

Seguidamente, se debe precisar que para que pueda estructurarse un contrato de trabajo es necesaria la coexistencia de los elementos esenciales, tipificados en el artículo 23 C.S.T, esto es, que se preste personalmente la actividad contratada, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución.

Ahora, frente a la alegación de la existencia de un contrato de trabajo la jurisprudencia de la H. CSJ SCL ha sido pacífica al manifestar que al trabajador (demandante) solamente le incumbe probar la prestación personal del servicio, presumiéndose en consecuencia los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la retribución, evento en el cual, le corresponde al empleador demandado desvirtuar la subordinación. De la misma manera, el trabajador debe acreditar los extremos temporales, el monto salarial, la jornada laboral, para poder obtener a su favor el reconocimiento de las pretensiones reclamadas relacionadas con las prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones **(ver en este sentido sentencias de 25 de octubre de 2011, radicado 37547; SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377; 29 de mayo de 2019, radicado 61170; y SL3367-19 de 9 de julio de 2019, entre otras).**

Dada la no discusión de las partes sobre la prestación de servicios de la actora a la demandada APUESTAS DE CÓRDOBA S.A., entonces, debe indagarse sobre las demás pruebas, a fin de verificar si, lo que ocurrió en la realidad, fue la prestación de los servicios de la actora, de forma personal, con exclusividad y subordinación, porque, de ser así, en virtud del principio de la primacía sobre la realidad, habría que concluir que lo realmente acontecido entre las partes fue un contrato de trabajo.

Y, al respecto, la parte actora, sugiere se demuestra una subordinación, esto bajo el entendido que no laboraba de manera independiente, sino que desarrollaba sus actividades con los medios suministrados por la empresa demandada, en cumplimiento de un horario establecido, y bajo órdenes impartidas, demostrándose así a su consideración la existencia de un contrato de trabajo. Pátese, entonces, a analizar tales pruebas a fin de determinar la existencia o no del contrato de trabajo entre las partes.

Pues bien, en aras desvirtuar la aludida presunción de contrato de trabajo, se observa que, como pruebas, resultan relevantes valorar el contrato escrito suscrito por las partes, testimoniales e interrogatorios de parte practicados.

En cuanto al contrato suscrito por las partes, aunque éste aparece calificado como de índole mercantil y señalando a la demandante como colocadora independiente de apuestas permanentes, no es dable reconocerle la eficacia probatoria de derruir la presunción de contrato de

trabajo en comentario, a la luz de la jurisprudencia constitucional y laboral.

En efecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia **C-665 de 1998**, señaló:

“El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente”.

En similar sentido, se ha pronunciado la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en sentencias **SL3795-2020, SL, 17 abr. 2013, rad. 39259 y SL21923-2017**. En la última discurrió:

“No podía el operador judicial de primer grado, considerar desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo del simple contenido literal de los mismos, en primer lugar, porque ellos son el medio a través del cual se instrumentaliza el encubrimiento de la realidad, lo que obliga a su análisis en contexto con los demás medios de prueba”.

En lo referente al interrogatorio de parte del representante legal de la demandada RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., su dicho solo puede tener relevancia probatoria en cuanto a la afirmación de hechos que perjudiquen a esa parte, más no en los hechos que la favorecen. Con otras palabras, los dichos de parte ofrecen eficacia probatoria cuando comportan confesión y no cuando en hechos que la benefician, **«por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba» (vid. Sentencias SL2373-2020, SL4594-2019, STL9684-2018, STL8125-2014 y SL, 19 sep. 2007, Rad. 31177)**.

Así, pues, todas esas afirmaciones del referido representante legal tendientes a acreditar el carácter independiente de la prestación de los servicios personales de la actora, no tiene eficacia probatoria.

En cuanto al dicho de los señores JESÚS LÓPEZ JARABA y SANDRA FRANCO, testigos de la parte demandada, no son conocedores de cómo prestó los servicios la demandante, tal y como lo indico la a-quo, pues no la conocen, su fuente de conocimiento se basó sólo en la revisión de documentos, más no en el conocimiento directo de cómo se desarrolló en los hechos, la relación de la actora.

Y recuérdese que uno de los aspectos más esenciales para la credibilidad del dicho del testigo es la fuente o ciencia de su dicho, de ahí que el juez debe exigir al testigo que exponga la ciencia de su dicho, tal como lo impone el artículo 228, numeral 3º, del CPC, hoy 221, numeral 3º, del CGP. Y, por consiguiente, si dicha ciencia o fuente de conocimiento no está establecida, o si ella lo viene hacer el dicho de la propia parte que se

beneficia con lo atestado, o si no es directa, poca convicción infunde (**Vid. TSM, Sala 4 CFL, Sentencia del 20 de marzo de 2019, Rad. 2018-00149-01 folio 097. M.P. Dr. Cruz Antonio Yáñez Arrieta**).

Ahora, el apoderado de la parte demandada ha venido insistiendo en el planteamiento jurídico, consistente en que el contrato de colocador de apuestas permanentes sólo es laboral si se pacta cláusula de exclusividad, y que, como en el suscrito con la actora no aparece dicha cláusula, razón suficiente, a su juicio, para dar por sentado que se trató de un contrato mercantil. Asimismo, plantea la idea de que, como para la actividad contratada se ha de realizar, a través de un software y en línea con diversas entidades que supervisan o controlan (vr.gr.: Departamento de Córdoba), necesariamente la labor del colocador permanente debe realizarse con equipos de la empresa contratante.

Empiécese por dilucidar lo relativo a la cláusula de exclusividad pactada o no en los contratos de colocadores de apuestas permanentes, concretamente su incidencia para la calificación de laboral o no de tales contratos.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 97-A del CSTYSS, el cual fue incorporado a dicho código por el artículo 13 de la Ley 50 de 1990, preceptúa:

“Los colocadores de apuestas permanentes, al igual que los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, podrán tener el carácter de **dependientes o independientes**. Son colocadores de apuestas dependientes los que han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria. **Son colocadores de apuestas independientes las personas que por sus propios medios** se dediquen a la promoción o colocación de apuestas permanentes, sin dependencia de una empresa concesionaria, en virtud de un contrato mercantil. **En este evento no se podrán pactar cláusulas de exclusividad**”. Se destaca.

Pues bien; de la norma en comentario se extrae que, la cláusula de exclusividad no debe ser pactada en los contratos de colocadores de apuestas independientes. Empero, ello no significa ni dicho precepto legal lo dispone, que el contrato de ese agente colocador no será laboral por el sólo hecho de no tener pactado la referida cláusula. No. Lo que esa cláusula descarta es el contrato mercantil, más la ausencia de la misma no desvirtúa el contrato de trabajo del colocador de apuestas permanentes, si éste realiza su actividad bajo la dependencia o subordinación de la empresa concesionaria, siendo un hecho fundamentalmente indicante de esa dependencia, si la actividad no la realiza con sus propios medios.

En cuanto a que, la sola ausencia de cláusula de exclusividad no desvirtúa el carácter laboral del contrato, el jurista Sandro José Jácome Sánchez ha señalado:

“¿Los contratos de trabajo con agentes independientes siempre requieren de pacto de exclusividad?

El artículo 97 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe para la relación contractual con el agente independiente pactar cláusulas de exclusividad que le impidan contratar con varias compañías dedicadas a este ramo. Lo cual no quiere decir que para que exista una relación con el agente dependiente debe existir un compromiso de exclusividad, ya que dicho compromiso debe nacer del concurso de voluntad de las partes, como **tampoco se puede inferir que frente a la ausencia del compromiso de la cláusula de exclusividad se deslegitime la relación laboral contractual**, teniendo en cuenta que es válido que un trabajador suscriba contratos de trabajo con dos o más empleadores conforme lo señala el artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo.

(...).

(...) los colocadores de apuestas permanentes (...) la ley laboral los clasificó de la misma manera que los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, y bajo las mismas consideraciones que estos”<sup>1</sup>. Se destaca.

A su turno, el jurista Fabián Ignacio Hernández Henríquez, ha expresado:

“(...) y decir que el hecho de la exclusividad implicaría contrato mercantil, tampoco es un elemento que determine la existencia o no de un contrato de trabajo, pues un empleado puede no tener la mencionada cláusula y, aun así, ser trabajador dependiente laboral de un empleador”<sup>2</sup>.

Y, en lo atinente a que, la actora necesariamente debió realizar la actividad contratada de colocadora de apuestas, con equipos o medios de la empresa, porque la debe ejecutar, a través de un software y en línea con diversas entidades que supervisan o controlan (vr.gr.: Departamento de Córdoba), cabe señalar que, aun aceptando esta afirmación, es decir, dando por sentado que el referido software no pueda ser instalado en computadores propios del agente colocador y realizar de esa forma su actividad en línea con sus propios equipos, como sí es posible en los casos de otros agentes colocadores, por ejemplo, los de SOAT, tal hecho, de ser

<sup>1</sup> JÁCOME SÁNCHEZ, Sandro José y otros. “Compendio teórico práctico de derecho del trabajo”. Colegio de abogados del trabajo de Colombia, Primera Edición 2013, Legis, págs. 321 a 322.

<sup>2</sup> HERNÁNDEZ HENRÍQUEZ, Fabián Ignacio y otros. “Derecho Individual del Trabajo”. Primera Edición, 2019, Universidad del Rosario, p.451.

cierto, no tiene la fuerza de modificar la legislación laboral, para concluir que, entonces, el colocador de apuestas no será dependiente así utilice los medios o equipos de su contratante.

Con otras palabras: aun aceptando que, por virtud del contrato de concesión que tiene celebrado RED SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A. con el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, o incluso por virtud de normas administrativas o reglamentarias y hasta legales, deban los colocadores de apuestas contratados por aquélla, utilizar los locales, medios y equipos de su contratante, no deja de ser esto un hecho fundamentalmente indicante de una relación dependiente o laboral, pues la norma laboral que así lo establece (CST, art. 93A), no está derogada, además que ello es un hecho, aunque no esencial, sí connatural del trabajo dependiente.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia **T-761 de 2004** discurrió:

Así las cosas, es claro que la actividad que efectúa el actor de la presente acción se puede ejercer bajo dos modalidades: i) la de colocador de apuestas permanentes dependiente; y ii) la de colocador de apuestas independiente.

Ahora bien, **esta última modalidad**, que es la que, según el actor mismo, es la que él desempeña, tal y como lo indica el artículo transcrito, **se caracteriza por el hecho de que la promoción de ventas se efectúa por los propios medios**". Se destaca.

Así que, la imposición de emplear medios o equipos y locales de la empresa concesionaria, no es motivo para imponer el carácter independiente del agente colocador de apuesta, sino, por el contrario, debe ser mirado como un hecho sustancialmente indicante de su carácter dependiente, máxime cuando en la actualidad se pregona la evolución del concepto o elemento dependencia-subordinación de la relación de trabajo, como consecuencia de las innovaciones tecnológicas, la aparición de nuevas formas de organización de trabajo y de una nueva realidad productiva, de tal suerte que, para predicar la relación de trabajo, la nota de la dependencia no ha de exigirse de forma rígida, sino flexible, para lo cual resulta de suma importancia, más que una jornada laboral explícita, el hecho de si el trabajador ha sido realmente incorporado en la organización de trabajo del empresario que lo contrató, ejerciendo.

En efecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia **SL, 11 feb. 2003, rad. 19013**, ha señalado que: *«la existencia del convenio de trabajo, porque éste no desaparece cuando las actividades no se ejerzan en una jornada laboral explícita»*. Y, en el derecho comparado, el Tribunal Supremo Español, en la sentencia **STS 2924/2020, recurso 4746/2019**, discurrió:

“Desde la creación del derecho del trabajo hasta el momento actual hemos asistido a una evolución del requisito de

dependencia-subordinación. La sentencia del TS de 11 de mayo de 1979 ya matizó dicha exigencia, explicando que «la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa». En la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas

(...).

Este Tribunal define la dependencia o subordinación como la integración «en el ámbito de organización y dirección del empresario (es decir, la ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral) [...] cristalización de una larga elaboración jurisprudencial en la que se concluyó que no se opone a que concorra esta nota de la dependencia la "autonomía profesional" imprescindible en determinadas actividades» (sentencia del TS de 19 de febrero de 2014, recurso 3205/2012). La dependencia es la «situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa» (por todas, sentencias del TS de 8 de febrero 2018, recurso 3389/2015; 1 de julio de 2020, recurso 3585/2018; y 2 de julio de 2020, recurso 5121/2018). Es decir, la dependencia o subordinación se manifiesta mediante la integración de los trabajadores en la organización empresarial”.

(...).

(...) no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso”.

Se suma a lo dicho el hecho que la demandante ejerció su actividad sin una organización empresarial propia, y, en contraste, sí estuvo integrada en la estructura organizativa de la demandada RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA, lo cual es un indicio de laboralidad previsto en el párrafo 13 de la recomendación sobre la relación de trabajo nº 198 de 2006 de la OIT, el que además ha sido acogido por la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL4479-2020**:

“a modo de doctrina autorizada, conviene recordar que de acuerdo con la Recomendación n.º 198 de la OIT, uno de los indicadores de la relación de trabajo es la «*integración del trabajador en la organización de la empresa*»”.

En conclusión, se impone declarar la existencia del contrato de trabajo con los extremos temporales declarados por el Juez de primer grado,

procediendo a confirmar lo referente a las condenas por concepto de cesantías, intereses de cesantía y vacaciones.

De otra parte, respecto a los puntos apelados por concepto de primas e indemnización moratoria del artículo 65 del CST tenemos:

#### **Prima de servicios:**

No habrá lugar a condenar por este concepto, porque las mismas testigos de la parte demandante expusieron que RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A., semestralmente pagaba una prestación dineraria que equivalía a este concepto de prima, otorgándole razón al apelante, por lo que se revocará dicho emolumento.

#### **Indemnización moratoria del artículo 65 del CST e indemnización por no consignación de cesantías.**

Dado que este tema del contrato laboral o no de agentes colocadores de apuestas permanente con la aquí demandada, ha sido controversial no sólo en el ámbito de este proceso, sino en múltiples procesos que ha tenido este Tribunal la oportunidad de decidir, en la que generalmente se establecido la ausencia de la relación laboral, ha de concluirse que, el mensaje judicial a la RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA S.A. sobre el tema, no ha sido claro, y, por ende, no es dable asumir que su proceder ha sido bajo el alero de la mala fe.

Se suma a lo anterior, que, para la conclusión del carácter laboral de la relación, resultó indispensable la presunción de contrato de trabajo del artículo 24 del CST.

Recuérdese que, este Tribunal ha establecido una sub-regla a partir de un análisis global de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte sobre el tema, según la cual cuando la declaratoria del contrato de trabajo se funda exclusivamente en la presunción de su existencia por acreditación de la prestación personal de los servicios, sin que exista prueba de que la parte demandada haya ejercido el poder subordinante, en principio o por regla general, **no hay lugar a imponer las sanciones o indemnizaciones moratorias, porque generalmente la ausencia de prueba de la subordinación comporta igualmente una ausencia de prueba de la mala fe de la demandada.** Sub-regla en comentario que este Tribunal ha derivado de un análisis global a los precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, ya que ésta normalmente encuentra como hecho fundamental para inferir la mala fe del empleador, si éste ejerció el poder de subordinación.

En efecto, Corte, por ejemplo, en sentencia **SL, 30 abr. 2013, rad. 45765**, señaló:

“Todos esos elementos probatorios **evidencian inequívocamente que la subordinación fue una constante** en la relación entre las partes, por lo que no es de recibo la excusa del Instituto, de tener

una creencia razonable sobre la naturaleza distinta a la laboral de los contratos que suscribió con el demandante, y en esa medida, su actuación no estuvo revestida de buena fe”.

Y a su turno, en la sentencia **SL558, 14 ag. 2013, rad. 42767**<sup>3</sup>, expresó:

“Si **la censura invoca** el contenido literal de las aludidas documentales, **para decir que actuó convencida de que no tenía las obligaciones inherentes a las de un empleador** respecto del demandante y por eso no las cumplió, aspecto este, según él, inobservado por el fallador en la valoración de las citadas pruebas, **es de destacar por la Sala, para no darle la razón al recurrente en su infundada acusación, que el juez colegiado declaró la existencia de la relación laboral basado no solo en la aplicación de la presunción del artículo 24 del CST a la prestación personal del servicio del actor a la sociedad demandada, sino en la constatación, al igual que lo había hecho el a quo, de que la mencionada relación laboral que ligó a las partes sí se había dado bajo la continuada subordinación propia del contrato de trabajo**”. Se destaca.

En la **SL19093-2017**, dijo:

“Encuentra la Sala que deviene procedente [se refiere a la indemnización moratoria del artículo 1º del Decreto 797 de 1949], **dado que se encuentra demostrado dentro del plenario que la demandada actuó en todo momento como un verdadero empleador, exigiendo horario, y utilizando el poder subordinante**, al servicio de la demandada”.

Recientemente en la **SL1426-2018**, señaló la Corte:

“Es el propio demandado el que expresamente reconoce la existencia de un contrato de trabajo, como se puede verificar en el folio 44, en el cual se le recuerdan las funciones que debe cumplir el actor, además de que **es incontrovertible el ejercicio de la subordinación** y la remuneración por los servicios prestados”.

Y, en fin, múltiples precedentes del mentado órgano de cierre siguen la misma orientación expuesta, de la cual este Tribunal ha derivado la sub-regla en comentario (Vid. **SL43457, 23 jul. 2014, rad. 43457; SL7145, 3 jun. 2015, rad. 43621; SL17714-2017, SL16988-2017, SL13070-2017 y SL6380-2015**).

Es más, esta sub-regla a la que se viene haciendo referencia, fue encontrada razonable por la Honorable Sala de Casación Laboral, mediante sentencias **STL2100-2019** y **STL, 13 may. 2020, rad. 59396**.

<sup>3</sup> M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Lo expuesto se estima suficiente para no imponer las sanciones en comento.

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo replica al recurso de apelación y por ende se estiman no causadas, de conformidad con lo establecido en el art. 365 del C.G.P.

### **VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera 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,

### **VIII. RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Planeta Rica, en el sentido de ABSOLVER a la demandada RED DE SERVICIOS DE CÓRDOBA, representada legalmente, de las condenas impuestas por concepto de PRIMAS DE SERVICIOS, SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS y SANCIÓN MORATORIA establecida en el artículo 65 del CST.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**CUARTO:** En su oportunidad, devolver el proceso a su Juzgado de origen.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado



**KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**

**Expediente 23-182-31-89-001-2019-00103-01 Folio 390-2020**

**Montería, veintinueve (29) de septiembre del año dos mil veintiuno (2021)**

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de octubre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **SHIRLEY SOFIA MEDRANO VIDES** contra la **MANEXKA E.S.P. EN LIQUIDACIÓN**.

**I. ANTECEDENTES**

**I.I Pretensiones.**

Pretende la actora se ordene a MANEXKA EPS INDIGENA EN LIQUIDACIÓN, el pago de la acreencias laborales y obligación con el sistema de seguridad social, esto es, cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías adeudados para los años 27 de marzo de 2017 al 31 de julio de 2019.

**I.II Hechos**

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

- Indica la actora que ejerció una prestación personal de servicio a favor de MANEXKA EPS INDIGENA EN LIQUIDACIÓN, mediante contrato a término fijo, cumpliendo labores desarrolladas como coordinadora del municipio de San Andrés de Sotavento, obedeciendo órdenes impartidas por su jefe inmediato, no existiendo queja alguna en el desempeño de sus cargos.
- Arguye que la relación se mantuvo desde el 1 de enero de 2016 hasta el 28 de junio de 2019, cumpliendo con sus actividades en el municipio de San Andrés de Sotavento.

- Aduce que mediante resolución 000527 del 27 de marzo de 2017, expedida por la superintendencia nacional de salud se ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes, negocio e intervención forzosa administrativa para liquidar la asociación de cabildo del resguardo indígena Zenú de San Andrés de Córdoba y Sucre.
- Dice que desde el 27 de marzo de 2017, hasta que se dio por terminada la relación laboral de manera unilateral el 28 de junio de 2019, no se le hicieron pagos en relación a salarios, primas, cesantías y vacaciones, así como tampoco le consignaron pagos a seguridad social.
- Argumenta que, mediante comunicado les fue informado por parte del agente liquidador que la totalidad de los trabajos de la entidad continuaban vinculados hasta tanto se surtieran los trámites legales que definan su situación laboral con la entidad y así mismo que los trabajadores que continúan vinculados a la entidad, seguirían desarrollando sus funciones más las labores propias del proceso de liquidación, de conformidad con las directrices impartidas para liquidar y que mientras esté vigente el vínculo laboral, los empleados tenían la obligación de estar disponibles y al servicio de la entidad, indicando que una vez se hiciera efectiva la supresión de cargos, se reconocerían y cancelarían sus prestaciones sociales e indemnizaciones.
- Finalmente relata, presentó a través de su apoderada un formulario único de registro reclamación a la demandada, solicitando el pago de sus acreencias laborales y obligación con el sistema de seguridad social el día 26 de febrero de 2019, a lo que responden negando la solicitud, por lo que presentó recurso de reposición con subsidio de apelación el día 17 de julio de 2019, sin respuesta alguna hasta la fecha.

## **II. Contestación de la demanda**

### **II.I MANEXKA EPS EN LIQUIDACIÓN**

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por la demandada MANEXKA EPS, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, manifestando que la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión, bienes, haberes y negocios de MANEXKA EPSI mediante Resolución 000527 del 27 de marzo de 2017, y en ese sentido, no habría reconocimiento de pago de acreencias laborales y pagos de seguridad social, debido a que dejó de existir uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, el cual es la prestación personal del servicio, ocasionándose una imposibilidad absoluta para ejecutar esta.

Arguye también, la prestación del servicio se generó porque la entidad dejó de cumplir su objeto social, el cual consistía en cumplir funciones de aseguramiento en salud, lo cual implica que la entidad tenga afiliados activos para prestarle servicios de salud a través de la red prestadora, supuesto que no se cumplió, teniendo en cuenta que se surtió un traslado de afiliados a otras EPS.

En cuanto a los hechos narrados argumenta, es cierto que la señora MADRANO VIDES estuvo vinculada mediante un contrato de prestación de servicios desde el 1 de enero de 2013, más no desde el 1 de septiembre de 2012, terminando el 27 de marzo de 2017 por la liquidación de la demandada.

Informando, es cierto que se presentó recurso de reposición por parte de la demandante en fecha 17 de julio de 2019, y que actualmente MANEXKA EPSI EN LIQUIDACIÓN, se encuentra efectuando con la mayor celeridad el estudio de todos los recursos interpuestos contra las resoluciones N° 007 del 28 de junio de 2019 y 008 del 15 de julio de 2019 por OPS, el cual implica acceder a las bases de datos, situación que ha sido compleja, para realizar nuevamente la auditoria de cada acreencia reclamada de forma detallada y exhaustiva.

En su defensa formuló la excepción de "cobro de lo no debido, terminación de contrato por inexistencia de prestación personal del servicio y por inexistencia del objeto social de la empresa".

### **III. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia de fecha 14 de octubre del 2020, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú decidió: ABSOLVER a la entidad demandada en lo referente a las acreencias desde el 27 de marzo de 2017 a 28 de junio de 2019, en consecuencia, NEGAR la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Pudo determinar el a-quo, los testimonios recepcionados no dan claridad respecto a los requisitos necesarios para que sea declarada la pretensión principal, sin darse constancia alguna de la prestación personal del servicio o subordinación, ya que no se allegó documental alguna que pudiera corroborarlo.

Manifestando, además, el cargo desempeñado por la actora, no se realizó desde la intervención de MANEXKA en fecha 28 de marzo de 2017, por tanto, si bien el contrato terminaba el último mes de dicho año, lo cierto es que es de conocimiento público la entrada en liquidación de la

accionada, la cual cesó sus actividades, neutralizándose desde marzo su razón social.

Citando el art 61 del CST, el cual estipula que el contrato se puede terminar por clausura o liquidación de la empresa, por lo que si procede el despido.

#### **IV. RECURSO DE APELACION –PARTE DEMANDANTE**

El recurso de apelación impetrado por el apoderado judicial de la parte demandante se impetró textualmente, así:

*"Presento recurso de apelación, de acuerdo con el art. 62, mi recurso se basa en tres aspectos muy importantes, la judicatura no tiene en cuenta ni los principios mínimos del derecho laboral, están en el código laboral al comienzo, no existe la existencia de estos principios, la judicatura tiene en cuenta el art. 61 pero el numeral dos aparece que no existe para la judicatura que son los permisos del ministerio del trabajo, a la presente judicatura no existen esos permisos que fueron demostrados debidamente en el proceso, y si nos vamos a la parte también probatoria, hay subordinación, hay tres actos, el comunicado del 27 de marzo, es un acto de respetar a los derechos de los trabajadores mediante un oficio, el segundo acto de subordinación fue el 10 de enero de 2019 con pruebas aportadas de ello, de los edictos emplazatorios cuando daban por terminado los contratos de trabajo.*

*La pregunta que queda para el debate es, el agente liquidador si tuvo actos de subordinación y la judicatura aquí presente no protege el eslabón más débil de una relación laboral que siempre son los trabajadores, no se garantizó los mínimos derechos por parte de la sentencia, ni el principio de estabilidad reforzada, ni libertad del trabajo, no se tuvo en cuenta el art. 53, no se tuvo en cuenta los derechos a la seguridad social, ni el mínimo derecho de los trabajadores, que debe ser juez procesal el juez del trabajo, además, no se tiene en cuenta que el art. 53 de la constitución política y que es vinculante a través de jurisprudencia constitucional del art. 01, sentencia 01 del 94 y también se tenga en cuenta un principio, que también hay dudas de los extremos temporales sobre la terminación del contrato del trabajo, que se llama principio de indubia pros operación, que significa que toda duda surgida en un proceso laboral tiene que ser a favor de los trabajadores, existen unas glosas reconociendo el derecho, pero la judicatura aquí en el presente caso no se tiene en cuenta nada, no respeta los mínimos derechos del trabajador que se encuentran en el art 13 del código sustantivo del trabajo y tampoco respeta la protección de los derechos del trabajador.*

*Manifiesto ante todo que la judicatura no respeta los derechos mínimos de las acreencias reconocidas y la indemnización por no pedir los permisos ante el ministerio del trabajo, manifestando que la duda que se encuentra dentro de este proceso, debe ser resuelta a favor de los trabajadores, y*

*no dejarlo en el mambo jurídico, sin tener os mínimos de protección, si el juez del trabajo no protege los derechos mínimos del trabajador, que se encuentra reconocido el principio de realidad sobre las formas, donde quedan abandonados por culpa del agente liquidador que dice que se da por terminado el 27 de marzo pero retoma el 10 de enero de 2019 y los trabajadores son el eslabón más débil de la relación y tienen que ser defendidos por esto”*

## **V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La apoderada judicial de Maxeca presenta alegatos solicitando sean negadas las pretensiones de la demanda, puesto la demandante solo probó una relación laboral desde el primero (1) de enero del 2017 hasta 27 de marzo del mismo año, a partir de esa fecha no logra probar prestación personal del servicio, subordinación ni remuneración, finalmente indica que Manexka reconoce la indemnización por despido injusto.

## **VI. CONSIDERACIONES**

### **VI.I. Presupuestos procesales.**

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

### **VI.II. Problema jurídico.**

Corresponde a esta Sala determinar;

**i)** Cual fue la naturaleza del contrato que sostuvieron las partes, verificando si se reunieron los elementos preceptuados por la norma para ello, y **ii)** establecer si efectivamente dicho vinculo se desarrolló en los extremos temporales aducidos por la trabajadora y **iii)** si hay lugar al pago de los emolumentos laborales solicitados en la demanda.

**Procederemos a dilucidar si entre las partes existió o no una relación de carácter laboral en los extremos señalados por la demandante.**

Ahora bien, en primer lugar, es preciso indicar lo que es en realidad un contrato de trabajo, por lo que nos remitiremos al artículo 22 del Código Sustantivo del trabajo, el cual tiene como tenor literario “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

Así las cosas, para que pueda estructurarse un contrato de trabajo es necesaria la coexistencia de los elementos esenciales, tipificados en el artículo 23 C.S.T.

*"1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:*

*a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*

*b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*

*c) Un salario como retribución del servicio.*

*2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen."*

Conforme a lo antes mencionado, será pertinente remitirnos al artículo 24 del C.S.T, el cual reza **"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"**. Esto acompañado del debido soporte probatorio que inicialmente está en cabeza del demandante y contra la cual puede la parte demandada aportar pruebas que lleven a desvirtuar dicha presunción.

La parte actora arguye que laboró para la entidad MANEXKA EPS INDIGENA EN LIQUIDACIÓN de manera ininterrumpida desde el 27 de marzo del año 2017, hasta el 28 de junio del año 2019, desarrollando sus labores como COORDINADORA DEL MUNICIPIO DE SAN ANDRÉS DE SOTAVENTO, bajo la continuada subordinación de la demandada y por tanto, se demuestra la existencia de un contrato de trabajo sin solución de continuidad.

Así las cosas, es necesario evaluar las pruebas obrantes en el expediente, a fin de verificar si se reunieron los elementos de la relación laboral alegada, y si el vínculo que sostuvieron las partes obedeció a un contrato de trabajo a término indefinido.

En primer lugar, se tiene de las pruebas aportadas, más específicamente de las documentales allegadas, los Contratos individuales de trabajo a término fijo de un año suscritos (FL 68-81), el primero con fecha de inicio 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2013, el segundo desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2014, con una notificación de terminación de

un mes de anticipación y el último establecido desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2017.

De lo anteriormente anotado se evidencia, los contratos que suscribieron las partes en el presente caso, obedecieron a una serie de contratos a término fijo, teniendo lugar para la fecha de inicio reclamada por el actor, el que fue celebrado en el año 2017, fungiendo en el mismo como extremo final el 31 de diciembre del mismo año, sin embargo de acuerdo a la pretensión planteada, se sugiere, el mismo mutó a ser un contrato a término indefinido, que tuvo lugar hasta el año 2019, y respecto a dicho planteamiento, resulta procedente traer a colación lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, **en Sentencia SL9643-2017**, del tres de mayo de 2017, magistrado ponente **GERARDO BOTERO ZULUAGA**, donde al respecto reiteró:

*“Frente a alegación del recurrente, que promueve la tesis de la mutación de un contrato laboral de plazo fijo, a uno a término indefinido, la Corte considera importante recordar que su jurisprudencia ha sido uniforme en orientar que el contrato laboral a término fijo se puede renovar de manera sucesiva, porque así lo permite el artículo 46 del Código Sustantivo Laboral, que lo regula.*

*Al respecto, en la sentencia CSJ 35901 de diciembre 2 de 2001, expresó: “De hecho la ley prevé que los contratos a término fijo se prorroguen automáticamente, si no se ha hecho oportunamente el respectivo preaviso; y aún en caso de que este se hubiera formulado, nada impide que se prescinda de él, y en lugar de que opere la prórroga se suscriba un nuevo contrato, sin solución de continuidad.”*

Y siguiendo el hilo de la sentencia citada, también se expresó:

*“E incluso, en un paso conceptual más adelante, la Sala también ha explicado que la sucesiva renovación del contrato laboral a término fijo, no lo trasfigura en uno a término indefinido. Así lo dejó consignado en la sentencia CSJ 19343 del 7 de febrero de 2003, cuando puntualizó:*

*Consecuente con lo anterior, de ninguna manera puede pensarse por el recurrente que al demandante no se le podía dar por finalizado el vínculo contractual, luego de habersele dado el aviso que señala el precepto en comento, porque de verdad que no le servía el argumento consistente en que mientras subsistieran las causas que le dieron origen, el vínculo permanecería vigente en el tiempo, lo que sería como cambiarle el término de fijo por el de indefinido sin más, cuando el precepto solo habla de renovación, que de ninguna manera cambia la naturaleza del contrato, lo cual solo depende del acuerdo de voluntades.”*

De lo anterior se concluye, no podría pretenderse un contrato de trabajo a término indefinido, habida cuenta que lo que en realidad se suscribió fue un contrato a término fijo, el cual no puede cambiar su naturaleza.

Aclarándose además, tampoco podría inferirse que se trata de un contrato a término fijo que se continuó renovando hasta el año 2019, ya que desde el momento de la entrada en liquidación de la entidad MANEXKA, en fecha 27 de marzo de 2017, la trabajadora no siguió realizando su labor, es decir, no se dio una prestación personal del servicio de su parte, ya que de las pruebas allegadas, específicamente las testimoniales recepcionadas, vislumbra, fueron unísonas las declarantes ANA APONTE PACHECO, NARLY CORREA MARTINEZ y FARLY IZQUIERDO PEREZ al manifestar que a partir del 27 de marzo de 2017 la demandada fue intervenida, por lo cual los equipos y computadores fueron bloqueados, llevándose sus discos duros, y que las oficinas las dejaron selladas.

Además, es clara la señora ANA APONTE cuando señala que debían asistir, aunque en ocasiones solo fuera a sentarse, y menciona, no había alguien que le impartiera algún tipo de órdenes a la demandante.

Y dice: *"los usuarios los distribuyeron unos quedaron en MUTUAL SER y CAJACOPI"*

Ahora bien, sabiendo que del mismo dicho de las testigos, se informa, la labor que desarrollaba la trabajadora SHIRLY SOFIA MEDRANO VIDES era para realizar diseños de la plataforma de la empresa, la parte de publicidad como trabajadora social, hacer material educativo, dependiendo del área de talento humano, y teniendo en cuenta que a través del contrato laboral N° 081-2017 se dispone dentro de sus obligaciones, la de *"ejecutar por sí mismo las funciones asignadas y cumplir estrictamente las instrucciones que le sean dadas por MANEXKA E.P.S. INDIGENA o por quienes le representen, respecto del desarrollo de sus actividades"*, sería inadmisibles concluir que se siguieron desarrollando las actividades objeto del contrato celebrado entre las partes, máxime cuando *"MANEXKA EPS-I en liquidación, a partir del 27 de marzo de 2017 no continuó ejerciendo actividades propias de su objeto social, de administración de riesgos financiero, de gestión del riesgo en salud, con el fin de atender las necesidades de sus afiliados, teniendo en cuenta que materialmente nunca se devolvió la población afiliada a la entidad, razón por la cual la entidad se encontraba en una situación irresistible de continuar ejerciendo su objeto social"*, así lo afirma el Agente Especial Liquidador, mediante resolución 007 del 28 de junio de 2019, situación que se corrobora a través de los testimonios, cuando informan, no se volvieron a atender usuarios.

Y si en gracia de discusión estuviera, alega el recurrente en su apelación "hay subordinación en los extremos laborales deprecados", ya que se demostró a través de comunicados fechados 27 de marzo y 10 de enero de 2019, de los edictos emplazatorios cuando daban por terminado los contratos de trabajo, sin embargo se observa los mismos no son demostrativos de dicho elemento, ya que de ellos solo se denota la toma de posesión e intervención forzosa administrativa para liquidar la ASOCIACIÓN DE CABILDOS DEL RESGUARDO INDÍGENA ZENÚ DE SAN

ANDRÉS DE SOTAVENTO CÓRDOBA Y SUCRE "MANEXKA", sumándose que lo acontecido en fecha 10 de enero, fue la diligencia de toma de posesión de la entidad, regulada a través de la resolución N° 000052 fechada 8 de enero de 2019 y reiterándose que al no demostrarse el elemento principal que es el servicio prestado por la actora, mal podría pretenderse la existencia de una subordinación, la cual ya fue derruida.

De acuerdo con lo anotado, se logra verificar respecto a la terminación del contrato N° 081-2017, estipulado con un plazo de doce meses, desde el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017, efectivamente si fue terminado de manera anticipada el día 27 de marzo del mismo año, ocurriendo esto debido a la entrada en liquidación de la entidad accionada MANEXKA EPS EN LIQUIDACIÓN, estando dicha situación en concordancia con lo dispuesto en el artículo 61 del CST, donde se estipulan las causales de terminación del contrato de trabajo, así:

*"Artículo 61. Terminación del contrato, el contrato de trabajo termina:*

**(...) Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento.**

*2. En los casos contemplados en los literales e) y f) de este artículo, el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social resolverá lo relacionado con el permiso en un plazo de dos (2) meses. El cumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario responsable en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente".*

Empero, resulta que, la iniciación de un proceso de liquidación no conlleva, por regla general, a la terminación automática de los contratos de trabajo, pues, en primer término, cabe señalar que, a pesar de que un elemento esencial del contrato de trabajo lo es la prestación de servicios y que, ésta -la prestación de servicios- no pueda darse una vez se inicia la liquidación de la empresa empleadora, porque le está vedado iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto, conservando su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, no puede pasarse por alto que, según el artículo 140 del CST, cuando la causa de la falta de esa prestación de servicios es achacable al empleador, éste debe continuar pagando los salarios. Precisamente, en este artículo 140 es que, la Honorable Sala de Casación Laboral, en múltiples precedentes, ha dispuesto como medida alternativa al reintegro del trabajador en entes en liquidación, la condena al pago de los salarios dejados de percibir hasta cuando se registre la finalización de dicha

Liquidación (Vid. Sentencia SL9189-2016, reiterada en la SL3842-2019).

Y, en segundo término, en principio, es decir, como norma general, no es el inicio de un proceso de liquidación la causa de terminación del contrato de trabajo, sino la liquidación definitiva de la empresa empleadora, y, aún más, para que ello ocurra, ésta -la empleadora-, según lo estatuido en el artículo 61, numeral 2° del CST, debe solicitar Autorización al Ministerio del Trabajo e informar por escrito de este hecho a sus trabajadores.

Sin embargo, lo que se ha expuesto admite excepciones. Es decir, en casos excepcionales el inicio de la liquidación de una entidad, supone la terminación automática de los contratos de trabajo, y ello acontece para El caso de los trabajadores que tienen los niveles de administradores y directivos, y así lo señaló la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia **SL3338-2018**, y en este punto se hace necesario aclarar, si bien el cargo estipulado en el contrato de trabajo N° 081-2017, suscrito por la actora y la entidad demandada, es el de **COORDINADORA DE BIENESTAR LABORAL Y SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**, y partiendo de allí, mal podría interpretarse que correspondía a una labor administrativa; lo cierto es que a través de las testimoniales recepcionadas, se evidencia que fueron unísonos al manifestar que la trabajadora desarrollaba **actividades de diseños y publicidad, realizando labores como trabajadora social**, las cuales corresponden a funciones de subnivel dentro de una dependencia, la cual es la de talento humano, por lo cual, no hay lugar a la aplicabilidad del precedente en cita para el caso en concreto.

Y si bien en el interrogatorio realizado al agente liquidador de la accionada, señor GILDARDO TIJARO GALINDO, este argumenta que no fue posible solicitar el respectivo permiso ante el Ministerio de Trabajo, debido a que fueron expulsados de la sede, no siendo posible adelantar dicha actividad ya que su seguridad se encontraba en juego y que además no han podido realizar el pago por concepto de despido injusto, por no contar con los recursos para hacerlo, manifestando que se cancelarán en cuanto se inicie algún recaudo, lo cierto es que esta no es una excusa válida a la luz de lo dispuesto por la normatividad en cita, por tanto, se procederá a imponer una condena por concepto de despido injusto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 64 del CST, esto es, lo correspondiente al término que faltó para culminar lo acordado a través del contrato N° 081-2017, en la suma de \$17.082.374, así:

<b>LIQUIDACIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIJO SIN JUSTA CAUSA - CONTRATO A TERMINO FIJO</b>				
DESDE	HASTA	PERÍDO A LIQUIDAR	SALARIO MENSUAL	VALOR
28/03/2017	31/12/2017	3 días + 9 meses	1.877.184	17.082.374
<b>TOTAL</b>				<b>17.082.374</b>

Por último, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, dado que no hubo replica al recurso de apelación y por ende se estiman no causadas, de conformidad con lo establecido en el art. 365 del C.G.P.

### **VII.DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera 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,

### **VIII.FALLA**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia apelada, de fecha 14 de octubre de 2020, proferida por el **JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE CHINÚ**, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **MANEXKA EN LIQUIDACIÓN**, a pagar a la demandante **señora SHIRLY MEDRANO VIDES** la suma de \$17.082.374 por concepto de indemnización por despido injusto, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

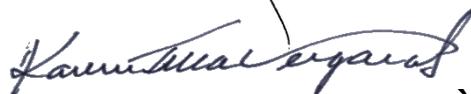
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**TERCERO:** Oportunamente vuelva el expediente a su oficina de origen.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado

  
KAREM STELLA VERGARA LÒPEZ

  
CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA  
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL**

**Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ**  
**VILLADIEGO**

**Expediente 23-001-31-05-005-2020-00234-01 Folio 144-21**

**Montería, veintinueve (29) 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 y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A, contra la sentencia de fecha diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **NAHUM RAMÓN HOYOS ESPITIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **COLFONDOS S.A.**

**I. ANTECEDENTES**

**I.I. Pretensiones.**

Pretende el actor que se declare la nulidad de la afiliación que suscribió en la AFP Colfondos S.A; en consecuencia, ordenar la ineficacia de dicha afiliación, en el sentido que se entienda que la misma no produjo efectos, por tanto, se efectúe el retorno de todos los aportes, esto es, saldo de la cuenta individual, rendimientos financieros, gastos de administración al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, y finalmente, condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas.

**I.II Hechos**

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

- Manifiesta el accionante que a finales del año 2001, fue afiliado a Colfondos S.A, por parte de la empresa Inmel Ingenieria S.A.S.
- Alega el demandante que en el año 2003, empezó a laborar para el Municipio de Montería, afiliándolo este a Colfondos S.A.

- Afirma que su afiliación a Colfondos S.A, obedeció a dos factores principales a saber: la voluntad y/o presión de su empleador y a la capacidad de convencimiento del asesor comercial de Colfondos quien no dio una explicación clara, transparente y suficiente sobre las ventajas y desventajas que el régimen al cual iba a pertenecer traía.
- Indica que hasta antes de la presentación de la demandada consideraba, erradamente, que estaba afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, no tenía conocimiento que se encontraba cotizando a Colfondos S.A.
- Manifiesta que en fecha 16 de octubre elevó solicitud de nulidad de la afiliación suscrita a Colfondos S.A, con el fin de que se efectuará el retorno de todos los aportes del saldo de su cuenta individual al sistema de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.
- Arguye que la petición descrita fue resuelta mediante oficio enviado el 30 de octubre de 2020, en la cual la entidad demandada Colfondos S.A, indicó que la solicitud de anulación de vinculación pensional al RAIS no puede ser atendida por la misma, toda vez que no eran los competentes para declarar la ineficacia del traslado o anulación del cambio de régimen.

## **II. Contestación de la demanda.**

### **II.I COLPENSIONES.**

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, buena fe, prescripción, falta de consentimiento innominada o genérica"*.

**II.II COLFONDOS S.A:** Al contestar la demanda su apoderado judicial respecto las pretensiones indicó que se opone a las mismas, toda vez que el acto de afiliación a Colfondos S.A, fue realizado con pleno respeto de la normatividad y jurisprudencia vigente para la materia y habiendo brindado al afiliado toda la información requerida.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de fundamento legal y jurisprudencia para la nulidad o ineficacia de la afiliación, inexistencia de la interrupción de la continuidad, prescripción, devolución"*

*de frutos y obligaciones reciprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia, buena fe, innominada o genérica”.*

### **III. LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia de fecha diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, declaró ineficaz el acto de afiliación o elección inicial del régimen pensional que hizo el demandante el día 02 de enero de 2003, con los efectos allí señalados a 2001 en el fondo de pensiones administrado por Colfondos S.A, y como consecuencia de ello, declarar para todos los efectos que esa elección inicial quedará sin efecto, y deberá escoger si desea continuar en ese fondo una vez se le dé la respectiva explicación o si desea vincularse a Colpensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenó a Colfondos S.A, a entregar a la entidad o fondo de pensiones al que el actor decida su elección inicial los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, y que incluyan las deducciones realizadas, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, aportes a fondo de pensión mínima debidamente indexados, ello con todos sus frutos e intereses, esto es, rendimientos que se hubieren causado; no habrá lugar a que Colpensiones en caso de ser elegida por el demandante como su elección inicial, imponga alguna traba, ya que las cosas vuelven a su estado anterior; condenó en costas a las demandadas.

En síntesis, el Juez de primera instancia indica que la ley 100 de 1993, y en el Decreto 692 de 1994 en su artículo 11, se habla de la afiliación y que esta debe ser libre, que debe implicar las aceptaciones de las condiciones propias del régimen que solo se consiguen con la obtención de una información clara, precisa y completa, explicándose los beneficios, los pro y contra.

Seguidamente, indica que la parte demandada no cumplió con la carga de la prueba, pues no demostró haber brindado la información completa al afiliado. En ese entendido, manifiesta que si hay lugar a declarar la ineficacia de la elección inicial.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **IV.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

Manifiesta la apoderada judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el despacho, toda vez que considera que la afiliación efectuada en su día por el demandante gozó de plena validez, siendo el afiliado totalmente consciente del acto y de las consecuencias jurídicas de la afiliación, tal como significa el hecho de permanecer afiliado durante toda su vida a la AFP Colfondos y de haberse abstenido hasta la fecha de solicitar la afiliación o cambio de régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, llevando a pensar con su comportamiento y actividades el compromiso de

**Expediente rad. 23-001-31-05-005-2020-00234-01 Folio 144-21**

querer permanecer en ese régimen pensional al cual había llegado voluntariamente, y sin posición alguna de haber aspirado a un derecho pensional, de manera que quizás ante la ocurrencia en los últimos momentos de una situación que no le favoreció, pretenda hoy en día hacer parte del RPM obviando que en su oportunidad tuvo el derecho de ejercer el retracto, no obstante, nunca lo ejerció, guardando silencio, y por ende dando a entender que ese tiempo en el que ha estado afiliado a Colfondos S.A, estuvo de acuerdo con su afiliación y condiciones que en ese momento le fueron ofrecidas por la administradoras de su elección, evidenciándose el deseo del acto de continuar en dicho régimen.

Como quiera que el demandante no logra acreditar que su consentimiento estuviere viciado, se considera que la ineficacia de la afiliación efectuada, no se encuentra llamada a prosperar y por ende no hay lugar a regresar las cosas a su estado inicial. De manera, que de no ser posible que las cosas vuelvan a su estado inicial, resulta imperativo manifestar que por mandato de la ley 797 de 2003, le es imposible al día de hoy cambiarse de régimen, pues la norma es muy clara.

En consecuencia, de conformidad con la ley y la jurisprudencia constitucional se considera que las personas que están a menos de 10 años de adquirir su derecho de pensión no pueden hacer cambio de Régimen. En relación a la condena en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones solicita que se absuelva de la misma, teniendo en cuenta que Colpensiones no tuvo implicación alguna en el acto de afiliación objeto de controversia.

#### **IV.II COLFONDOS S.A.**

Manifiesta el apoderado judicial de Colfondos S.A, que interpone recurso de apelación en contra la decisión, indicando que contrario a lo considerado por el Juez de Primera Instancia en el presente asunto no deben remitirse en su totalidad a la línea jurisprudencial construida por la Corte Suprema de Justicia respecto de la doble asesoría y consentimiento informado en caso de ineficacia, traslados o afiliaciones, considera que no es acertado, toda vez que esa posición jurisprudencial no es una posición legal, es una construcción jurisprudencial que se basa en el análisis, deducción de diferentes artículos, prescripciones normativas que se encuentran en la ley 797 de 1993, como en el estatuto de la seguridad social en Colombia, todo el grupo de normas que conforman ese estatuto, por lo tanto, no existe una norma expresa dentro de la normatividad Colombiana que imponga una doble asesoría.

Por lo que no comparte que sea desatinada la aplicación o defensa de Colfondos S.A, en el presente asunto, teniendo en cuenta que en el presente asunto considera que el fallador debe apartarse y no condenar a Colfondos en el presente asunto, y manifiesta que el Juez de Primera Instancia que en este caso al haber una afiliación inicial no se debe regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sino que quedaría el demandante, pues el Juez ordena una desafiliación y dicha desafiliación conllevaría a un desconocimiento del derecho al demandante a pertenecer a un régimen de seguridad social en Colombia, por lo que

considera que no es dable en el presente asunto la condena, toda vez que la jurisprudencia de la Corte Constitucional esta construida como ya había reiterado en la existencia de un traslado, así lo ha determinado la misma en todo su desarrollo jurisprudencial.

Con respecto a la devolución de los gastos de administración, consignaciones al Fondo Nacional de Garantías, considera que no se debe dar toda vez que esos descuentos son de orden legal, y estos dineros ya están en manos de terceros en el caso de los seguros de invalidez y sobrevivencia, y los otros están en fondo públicos, por lo tanto, causaría un traumatismo exigir la devolución de estos dineros, además exigir que lo haga de las propias utilidades de Colfondos violaría el ejercicio normal de lo que es el objeto social de Colfondos que es la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, lo cual ha hecho de forma correcta, tanto es así que ha obtenido unos rendimientos financieros, por tanto, solicitar la devolución de esos dineros es desconocer su derecho a seguir ejerciendo su objeto social. Por tanto, solicita que se revoque la sentencia en todo lo desfavorable a su defendida.

#### **IV.III ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La apoderada judicial de la parte demandante, hizo uso de esta etapa procesal, solicitando que la sentencia de primera instancia sea confirmada en toda y cada una de sus partes, desestimando los argumentos expuestos por los apelantes.

De otra parte, la apoderada judicial de Colpensiones reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación, a fin de que se revoque la sentencia.

#### **V. CONSIDERACIONES:**

##### **V.I Presupuestos procesales.**

Las partes no discuten los presupuestos de eficacia y validez y la Sala los encuentra presentes, por lo que desatará el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

##### **V.II Problema jurídico.**

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** hay lugar a que se decrete la nulidad de la afiliación inicial realizada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A, de ser así, establecer las consecuencias de la nulidad de la afiliación inicial.

Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio 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, ha dispuesto 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 respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

**"...Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor 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 del actor 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 el 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...".** (Subrayas de la Sala).

En ese orden, en el sub examine, se hace necesario poner de presente que de acuerdo a las pruebas documentales allegadas al plenario se extrae que el actor realizó su afiliación inicial en el régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A, a partir del 02 de enero de 2003.

Así las cosas, se debe reiterar que lo decantado por la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, ha sido con respecto a el deber de las administradoras de pensiones en suministrar una información certera sobre los beneficios y/o desventajas del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, circunstancia que no se presenta en el caso bajo estudio, pues lo que se evidencia es que el demandante nunca se afilió al régimen de prima media con prestación definida, ello teniendo en cuenta que su única afiliación es la realizada al RAIS.

Es menester manifestar que este Tribunal por medio Sala Especializada del 10 de junio de 2021 con Acta N°001, acogió por mayoría el criterio sobre la improcedencia de la nulidad de la primera afiliación, por lo cual, en esta providencia se ratifica tal criterio y se corrige cualquier criterio divergente.

Acorde a ello, claro es que, no habría lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, pues se reitera en el presente caso no se dan los requisitos establecidos por la jurisprudencia para declararse una nulidad de la afiliación. Aunado a lo anterior, es preciso indicar que el artículo 2 de la ley 797 de 2003, establece que en la afiliación inicial el afiliado puede escoger el régimen de su preferencia.

Expuesto lo precedente, se revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se absolverá a las demandadas de las condenas impuestas.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas y agencias en derecho a la parte demandante en primera y segunda instancia, dado que fue la parte vencida dentro del proceso, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Como quiera que recientemente 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 en 1 SMMLV que, según 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.

## **VI.DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera 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,

**VII. RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, y en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva.

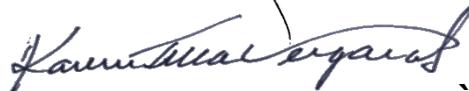
**SEGUNDO: CONDENAR** en costas y agencias en derecho en primera y segunda instancia a la parte demandante, de acuerdo con lo indicado en la motiva.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO  
Magistrado



**KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**  
**(CON ACLARACIÓN)**



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA  
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA****SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL****ACLARACIÓN DE VOTO****RADICADO N° 23-001-31-05-005-2020-00234-01 FOLIO 144**

Procedo a poner de presente mi aclaración de voto en esta oportunidad dentro de la sentencia proferida dentro del asunto del epígrafe en fecha 29 de septiembre de 2021, en el tema de la nulidad y/o ineficacia de afiliación inicial al sistema general de pensiones por ausencia de información veraz y completa de las consecuencias positivas y negativas que ofrecen los dos regímenes previstos en la ley 100/93, toda vez que en asuntos anteriores al que nos ocupa, donde se discutió por la Sala el mismo tema, la suscrita salvó el voto apartándose de la posición mayoritaria bajo el argumento de que, si bien lo que se había decantado por la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia hacía referencia al deber de las administradoras de pensiones en suministrar una información certera sobre los beneficios y/o desventajas del *traslado de régimen* de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, a nuestro sentir, la circunstancia de que lo debatido no se enmarcara en aquel específico escenario del precedente jurisprudencial, no impedía a la Sala examinar las consecuencias de la omisión del deber de información que recae en los fondos y administradoras de pensiones al momento de la afiliación inicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 así como la sanción prevista en el artículo 271 *ibidem*.

En otrora oportunidad consideró la suscrita que la ley no hacía diferenciación frente al deber de información para la afiliación al sistema de pensiones como para el traslado entre regímenes, como tampoco exoneraba a las administradoras y fondos de pensiones del citado deber para el momento inicial de la afiliación, por cuanto consideramos que fue precisamente la Ley 100 de 1993 la que introdujo dentro del sistema pensional los dos regímenes -prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad-, otorgándole a las personas que venían afiliadas al antiguo sistema pensional, al igual que aquellos que ingresaran a partir de la entrada en vigencia de la ley 100, la oportunidad de escoger entre las dos opciones que la norma les ofrece; además de que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral había planteado el deber de información en cabeza de las administradoras y fondos de pensiones tanto para la afiliación como para el traslado de régimen, y si bien dicho análisis lo hacía al dirimir asuntos relacionados con el traslado de régimen, ello, a nuestro sentir, no exoneraba de aplicar la ley en asuntos donde se invoca nulidad de afiliación inicial por

omisión del deber de información dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Ejemplo de lo anterior, citábamos la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68838, MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo; la SL 4336 del 4 de noviembre de 2020, Radicado 77804, MP Dr Martín Emilio Beltrán Quintero, y la SL 1818 del 2021, Radicado 86533 del 3 de mayo de 2021, MP Dr Carlos Arturo Guarín Jurado.

No obstante, en esta oportunidad no puede desconocer la suscrita el precedente de la Sala de Casación Laboral en reciente providencia, la SL 3587-2021, Radicación 82873, adiada 18 de agosto de 2021, MP Dr Jorge Prada Sánchez, donde alude a la afiliación inicial al sistema de pensiones de un trabajador en los siguientes términos:

***“Dada la senda seleccionada para el ataque, está fuera de discusión que la afiliación de María Stella Flórez Jiménez al Sistema General de Pensiones se produjo el 1 de octubre de 1995 a través de la AFP Protección S.A., se trasladó el 22 de agosto del 2000 a Porvenir S.A. y no estuvo afiliada a la administradora del régimen de prima media con prestación definida, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por manera que reporta 0 semanas cotizadas a Colpensiones.***

(...)

***Conviene memorar que como la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, es volver la situación al estado en que se hallaría de no haber existido el acto de traslado (statu quo ante), la demandante no puede pretender retornar a un régimen al cual nunca perteneció, pues únicamente ha estado afiliada al RAIS desde el 1 de octubre de 1995, que no al RPM, por lo que no está llamado a operar el mecanismo reclamado por simple sustracción de materia (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).***

***Importa precisar que si lo que pretendido es retornar al régimen de prima media con prestación definida por resultarle más favorable, debió aprovechar la oportunidad que brindó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según el cual, una vez elegido el régimen pensional, para que fuera procedente el traslado, debía transcurrir un tiempo de permanencia mínimo de 3 años, que fue incrementado por la Ley 797 de 2003 a 5 años.***

***Como lo anterior no ocurrió, la accionante consolidó el derecho a la prestación por vejez bajo los parámetros del régimen de ahorro individual con solidaridad, único al que ha estado vinculada, sin que exista la posibilidad de variar dicha condición, pues no hizo uso de la posibilidad legal que tenía a su alcance para moverse dentro del sistema, a fin de lograr el objetivo propuesto”.***

En el caso bajo estudio de la Sala en esta ocasión, se plantea la afiliación inicial del demandante al sistema general de pensiones, específicamente al Fondo COLFONDOS en el año 2001, sin que se aluda a una afiliación anterior al régimen de prima media, lo que lleva a la suscrita a concluir que se enmarca dentro de las mismas circunstancias planteadas en el precedente previamente citado, y en consecuencia a reconsiderar nuestra tesis inicial y acoger el precedente último citado, que será aplicado en lo sucesivo frente a asuntos similares y por tanto se hace imperioso aclarar el voto en esta ocasión.

  
**KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**  
 Magistrada