

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

**PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador**

**EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 005 2021 00076 01 FOLIO 279/21
Aprobado por Acta No. 39**

Montería, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 04 de agosto de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **MARGARITA ROSA BELLO VILLANUEVA** contra **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. La Sra. MARGARITA ROSA BELLO VILLANUEVA, instauró demanda en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de que se decrete la nulidad o ineficacia del acto de traslado del RPMPD al RAIS de COLFONDOS S.A., en consecuencia, se declare como única afiliación válida al sistema general de pensiones la efectuada al RPMPD que antes administraba el ISS, hoy COLPENSIONES.

Asimismo, se condene a COLFONDOS, a trasladar a COLPENSIONES, los aportes en pensiones recibidos en vigencia de su afiliación ilegal, con la equivalencia de ahorro exigida en caso que hubieren permanecido dichos aportes en el RPM; que se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes que traslade COLFONDOS S.A.; que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar las prestaciones económicas que en el futuro acredite cumplir (Pensión de Vejez).

Por último, pidió que se condene al pago de intereses moratorios "a la tasa máxima permitida por la ley"; que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas; y, que se condene extra y ultra petita.

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

- Narra la actora que nació el día 17 de octubre de 1960, por lo tanto, cuenta con 60 años de edad.
- Cuenta que cotizó al Sistema De Seguridad Social en Pensión, en el RPMPD administrado anteriormente por el ISS, hoy COLPENSIONES y, posteriormente, el 01 de junio del año 1994, fue trasladada al RAIS de COLFONDOS S.A.
- Expone que, al momento de la afiliación a COLFONDOS, la entidad no le suministró la información documentada de forma detallada, clara y concisa, sobre las consecuencias negativas de dejar el RPMPD, para trasladarse al RAIS, desconociendo lo reglado por el art. 60 de la Ley 100 de 1993. Además – indica al momento de la afiliación COLFONDOS S.A. la indujo en error, ya que la información que le brindó no fue completa, comprensible y precisa en cuanto a los pros y contras del cambio de régimen pensional, monto del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a la pensión de vejez y la proyección de la primera mesada pensional por vejez, que recibiría con el ISS y la que recibiría con COLFONDOS.
- Manifiesta que elevó derecho de petición a COLFONDOS, bajo el radicado #190712-000007, con el propósito de que le suministraran toda la información de su situación pensional actual, y cuándo se podría pensionar, ya que, al momento del traslado de régimen, el fondo de pensiones no lo hizo. Igualmente solicitó el traslado al RPM administrado por COLPENSIONES.
- Expresa que, en respuesta, la entidad le suministró los detalles y por menores de su situación pensional y el momento en que podría disfrutar de su pensión, y respondió negativamente en cuanto a la solicitud de traslado.
- Relata que presentó solicitud de cambio de régimen a COLPENSIONES, empero, la respuesta fue negativa.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones "*por carecer de argumentos facticos y jurídicos que le permitan ser procedentes*".

Como excepciones de mérito propuso las denominadas "*INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR*

CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE REGIMEN; EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN; EXCEPCIÓN DE BUENA FE; e INNOMINADA O GENÉRICA”.

Por su parte **COLFONDOS S.A.**, no se opuso a las pretensiones de la demanda y, por tanto, no propuso medios exceptivos.

4. En audiencia el Juzgado de instancia celebró las etapas de conciliación, resolución de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas, y ordenó requerir a la demandada COLFONDOS S.A., el historial de aportes a pensión de la señora Margarita Bello Villanueva en el término de 3 días.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 04 de agosto de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería resolvió declarar ineficaz el acto de traslado del RPM realizado por la Sra. Margarita Rosa Bello Villanueva, hacia el RAIS administrado por COLFONDOS, el 14 de mayo de 1994. Como consecuencia de lo anterior, declaró que, para todos los efectos legales, la Sra. Margarita Rosa Bello Villanueva se entenderá que siempre estuvo y se encuentra afiliada al RPMPD que ahora es administrado por COLPENSIONES.

Asimismo, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y condenó a la AFP COLFONDOS S.A. a reintegrar a COLPENSIONES los valores que tenga y hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora en su cuenta individual, tales como *"cotizaciones, bonos pensionales, ello como dijo la corte por todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; así mismo, de su propio pecunio se incluyan las deducciones realizadas, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, aportes a fondo de pensión mínima debidamente indexados ASÍ COMO LA INFORMACION relacionada con la conformación de su historia laboral. Una vez hecho ello, debe remitir informe sobre su cumplimiento al último empleador o que el viene haciendo aportes a pensión a favor de la demandante, en caso de que la señora Margarita este en otra parte deberá enviarse a su nuevo empleador, una vez ejecutoriada esta sentencia”.*

Igualmente condenó a COLPENSIONES a tener a la Sra. Bello Villanueva *"como su afiliada dando validez a los aportes pensionales que deberá recibir de parte de COLFONDOS S.A con los rendimientos financieros generados y bono pensional SI LO HUBIERE, y demás emolumentos ordenados en el numeral anterior, que deberá darle la validez necesaria para que esta logre beneficiarse de las prestaciones pensionales que se originen dentro de este régimen pensional. Así mismo se le*

autoriza para que por vía judicial o administrativa reclame tales aportes ordenados en el numeral tercero de esta sentencia, por vía judicial o administrativa a Colfondos S.A”

En último lugar ordenó remitir copia de la sentencia al empleador de la Sra. Bello Villanueva para que proceda en adelante a hacer las respectivas cotizaciones a COLPENSIONES, e impuso condena en costas y agencias en derecho a cargo de la misma.

En sustento de su decisión, el juez de conocimiento inició advirtiendo que, según reporte de semanas cotizadas, la demandante se encontraba afiliada desde el año 1985 al RPMPD y desde mayo de 1994, se trasladó a COLFONDOS S.A., además, resaltó que COLFONDOS S.A. aceptó no haberle brindado a la demandante una información veraz y completa, por lo que ello no fue objeto de prueba.

Acto seguido procedió a explicar que la Ley 100 de 1993, trajo consigo la unificación de los regímenes de pensión estableciendo el RPMPD y el RAIS, que son coexistentes pero excluyentes entre sí. Asimismo, el art. 13 ibídem estableció que los afiliados podrían escoger entre uno y otro régimen, pero esta escogencia debía estar precedida de una información clara, precisa e ilustrada a cerca de las condiciones, requisitos, características y consecuencias de cada régimen.

Además, explicó que se establecieron sanciones y multas para quienes desconozcan este principio, así como el deber de información que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación. Deber que a su vez se ha hecho más exigente hasta llegar a la doble asesoría.

Igualmente citó las normas que regulan este asunto, así como lo sentado por la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el tema objeto de debate.

Acto seguido procedió a explicar los efectos y consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado frente a cada una de las accionadas, y los medios exceptivos propuestos COLPENSIONES, declarándolos no probados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada sustituta de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación en contra de la decisión proferida argumentando que, durante el transcurso del proceso se logró establecer que su representada no intervino ni participó en el acto de afiliación efectuado por la demandante, de manera que no debe soportar las consecuencias jurídicas derivadas del mismo.

Señaló que, conforme al art. 13 de la Ley 100 de 1993, la selección tanto de administradora como de régimen compete única y exclusivamente a la voluntad del

afiliado, indica que en el caso de la demandante se produjo en forma libre y voluntaria, siendo la única manera de desvirtuar esa regla legal la existencia de una fuerza que viciara el mismo, aspecto que no se evidenció en el presente caso pues no se aportó prueba alguna que soporte la existencia de vicio alguno.

En atención a ello, el traslado efectuado en su momento por la demandante al RAIS gozó de plena validez, siendo la afiliada consiente del acto y las consecuencias jurídicas del mismo, tal como lo ratifica el hecho de haber permanecido afiliada a la AFP de su elección y haberse abstenido de solicitar su retorno al RPMPD, hasta entonces, cuando ya está próxima a adquirir el status de pensionada siendo que, por disposición de la Ley y la jurisprudencia, le es imposible cambiarse de régimen.

Lo anterior, en razón de que la norma fue clara al señalar que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, límite que fue considerado como razonable por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004, C-625 de 2007, entre otras, donde se consideró que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago de futuras mesadas y los reajustes periódicos de las mismas.

Indicó que la demandante, tampoco hizo uso de la voluntad de retracto prevista en el art. 3 del Dec. 1161 de 1994, en tanto que guardó silencio frente a las condiciones ofrecidas por la administradora del fondo de pensiones, circunstancia que lleva a pensar que se encontraba a gusto con ello en aras de aspirar a un mejor derecho pensional, de manera que, ante la ocurrencia de una situación particular que quizá no le haya favorecido, pretenda retornar al RPMPD administrado por COLPENSIONES.

Por último, solicitó que su representada sea absuelta de la condena en costas, atendiendo a que no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado controvertido, sino que fue un tercero ajeno cuyas actuaciones se hicieron conforme a derecho.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término correspondiente, la demandada **COLPENSIONES** presentó sus alegatos de conclusión, reiterando lo vertido en su recurso de apelación.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, entidad de la que a voces del artículo 69 del CPT y SS, la Nación es garante.

2. Problema jurídico a resolver

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

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, 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, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde 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.

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

vincularse a Porvenir S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.”

Aterrizando en el sub examine, encontramos que la demandante manifestó que, al momento de la afiliación, COLFONDOS S.A. no le suministró la información documentada, detallada, clara y concisa, sobre las consecuencias negativas de dejar el RPMPD, para trasladarse al RAIS. Aunado a ello, al momento de la afiliación COLFONDOS S.A. le indujo en error, ya que la información que le brindó no fue completa, comprensible y precisa en cuanto a los pros y contra del cambio de régimen pensional, monto del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual para poder acceder la pensión de vejez y la proyección de la primera mesada pensional por vejez, que recibiría con el ISS y la que recibiría con COLFONDOS.

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

En ese orden de ideas, al haber sido admitido por administradora del RAIS que omitieron suministrar la información pertinente al efectuar el aludido traslado, ello nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso el sentenciador de primer grado y como lo ha sentado la jurisprudencia de estos órganos de cierre al interpretar los artículos 4, 5, y 13, lit. b) de la Ley 100/93.

Frente al tema de la voluntad y determinación de la actora para trasladarse, cabe resaltar que la misma no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado “*voluntad de selección y afiliación*”, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar a la actora por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, 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.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

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

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde 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”.

Y posteriormente explicó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de

prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

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

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

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó el actor.

IV) Condena en costas

Finalmente, en cuanto a la solicitud de la vocera sustituta de COLPENSIONES frente a esta erogación, considera la Sala que dicha condena es procedente a la luz del numeral 8 del artículo 366 del CGP, pues las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda y, además, formularon medios exceptivos que no les prosperaron resultando vencidas en la primera instancia.

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 04 de agosto de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral radicado bajo el número **23 001 31 05 005 2021 00076 Folio 279-21**,

promovido por **MARGARITA ROSA BELLO VILLANUEVA** contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 001 2021 00145 01 Folio 405-21
Aprobado por Acta No. 39

Montería, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 11 de octubre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **YOLY AUGENIA CORONADO VERGARA** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. La Sra. YOLY EUGENIA CORONADO VERGARA, instauró demanda en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin de que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD administrado por el extinto ISS, hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PROTECCIÓN y COLFONDOS, ante la omisión del deber de información a su favor en calidad de afiliada acerca de las consecuencias negativas de dicho traslado.

En consecuencia, se declare como única afiliación válida al sistema general de pensiones, la efectuada al RPMPD, administrado anteriormente por el extinto ISS, hoy COLPENSIONES; que se condene a PROTECCIÓN y COLFONDOS, a trasladar todos los aportes junto con los rendimientos financieros efectuados a favor de COLPENSIONES, que se condene ultra y extra petita; y, que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

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

- Narra la actora que nació el día 21 de octubre de 1965 y cuenta con 55 años de edad¹.

¹ A la fecha de presentación de la demanda

- Indica que el 01 de mayo de 1995, fue afiliada al RPM administrado anteriormente por el extinto ISS, hoy COLPENSIONES.
- Expone que fue afiliada y cotizó desde julio de 1995 en el RAIS administrado por COLFONDOS.
- Manifiesta que nuevamente fue afiliada al RPM en junio de 1997 y, posteriormente, fue afiliada y cotizó desde enero de 2000 en el RAIS administrado por PROTECCIÓN. Finalmente, fue afiliada y cotizó desde mayo de 2012 en el RAIS de COLFONDOS.
- Expresa que, al momento de dicha afiliación a PROTECCIÓN y COLFONDOS, no le suministraron información documentada sobre las consecuencias negativas de apartarse del RPMPD y trasladarse al RAIS, ni del monto del capital que tenía que reunir en la cuenta de ahorro individual para poder percibir su pensión de vejez. Asimismo, tampoco le suministraron información documentada sobre la proyección del valor de la primera mesada pensional que recibiría en uno y otro régimen y, omitieron comunicarle las variables que afectarían la liquidación de su mesada pensional en el RAIS, a tasa de descuento del bono pensional, entre otras.
- Agrega que, por la falta de información acerca de las ventajas y/o desventajas que conllevan dicho traslado, PROTECCIÓN y COLFONDOS lograron que incurriera en un error al trasladarse de régimen pensional al cual pertenece esa entidad y dejar el administrado por COLPENSIONES.
- Cuenta que el día 13 de mayo, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando la nulidad y/o ineficacia del traslado de COLPENSIONES a PROTECCIÓN y COLFONDOS, el traslado de sus correspondientes aportes y que se tuviera como única afiliación válida la efectuada en el extinto ISS, hoy COLPENSIONES.
- Señala que, en respuesta proferida el 18 de mayo, COLPENSIONES manifestó que no era procedente darle trámite a la solicitud, toda vez que se encuentra a diez años o menos para pensionarse.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Como excepciones de fondo propuso las denominadas *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIONA POR PARTE DE MI REPRESENTADA; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; DE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL; INOMINADA O GENERICA; LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN e INOBSERVANCIA DEL EQUILIBRIO FINANCIERO"*.

Por su parte **COLFONDOS S.A.**, manifestó no oponerse a las pensiones de la demanda, por lo que tampoco propuso medios exceptivos.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** igualmente se opuso a las pretensiones de libelo genitor y propuso las excepciones de mérito que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR; 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 DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN 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 e INNOMINADA O GENÉRICA"*.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 11 de octubre de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería resolvió declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPPD administrado por COLPENSIONES, al RAIS administrado por COLFONDOS y PROTECCIÓN y nuevamente por COLFONDOS, como consecuencia de lo anterior, dispuso que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de ocurrir dicho traslado, como si ello no hubiera ocurrido, es decir, que se mantiene la afiliación de la demandante al RPM administrado por Colpensiones.

Como consecuencia, condenó a las AFP COLFONDOS, a devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y los bonos pensionales que tenga a favor de la demandante YOLY EUGENIA CORONADO VERGARA, con destino a COLPENSIONES y, de la misma forma condenó a PROTECCIÓN a devolver lo que tenga en su haber en lo atinente a bonos pensionales, gastos de administración y las primas de seguros previsionales, a COLFONDOS, si estos todavía se encuentran en su poder, "esto para que COLFONDOS haga llegar a COLPENSIONES lo pertinente".

Condenó a COLPENSIONES a recibir los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y los bonos pensionales que debe trasladar COLFONDOS y PROTECCIÓN a favor de la demandante YOLY EUGENIA CORONADO VERGARA.

Finalmente declaró no probadas todas y cada una de las excepciones propuestas por PROTECCIÓN y COLPENSIONES, a excepción de la denominada BUENA FÉ presentada por COLPENSIONES; y, condenó en costas y agencias en derecho a las demandadas.

En sustento de su decisión, el juez de conocimiento inició explicando que, de la documental aportada, se demostró que la demandante estuvo afiliada al RPMPD y se trasladó al RAIS, continuó refiriéndose a la existencia de los dos regímenes, sus características, condiciones y requisitos para acceder a la pensión, y precisó que la

selección entre uno y otro régimen es libre y voluntaria, para lo cual citó los literales *b* y *e* del art. 13 t los arts. 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

Además, explicó que la norma establece sanciones y multas para quienes desconozcan este principio, por tratarse de prerrogativas constitucionales, así como el deber de información que deben comprender todas las etapas del proceso de afiliación, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Deber que a su vez se ha hecho más exigente hasta llegar a la doble asesoría.

Posteriormente citó las normas que regulan este asunto, así como lo sentado por la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el tema objeto de debate.

Enfatizó en que la sola suscripción de un formulario de traslado no basta, y que la eficacia de ese traslado se da a partir del conocimiento que tenga el afiliado de las implicaciones de ese acto y sus consecuencias.

Acto seguido procedió a estudiar los efectos y consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado frente a cada una de las accionadas, y los medios exceptivos propuestos, declarándolos en su mayoría no probados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por el A-quo, en lo atinente a la orden de devolver los gastos de administración y las demás sumas que se hacen con ocasión del descuento al pago de la mesada pensional de la demandante cuando estuvo afiliada a PROTECCIÓN S.A., lo que fundamento en el art, 7 de la Ley 797 de 2003, pues con estos recursos se financian los fondos de pensiones. Aunado a ello indicó que, la devolución de las sumas por concepto de los seguros para las contingencias de sobrevivencia e invalidez ya fueron pagadas a una tercera aseguradora y mencionó que con estos descuentos se financian cuentas del orden público que fueron entregados al Ministerio de Hacienda, así como al FOGAFIN.

Por lo anterior solicitó la modificación de la sentencia, pues, considera que dichos descuentos son permitidos por la Ley.

En igual sentido **COLPENSIONES** interpuso recurso en contra de la decisión y solicitó su revocatoria teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre y espontanea, y fue un acuerdo de voluntades en el cual no estuvo involucrada, por ende, no debe cargar con la responsabilidad de lo pretendido por la demandante

Señaló que, conforme al art. 13 de la Ley 100 de 1993, las personas pueden escoger entre uno y otro régimen dentro del límite de edad establecido por la Ley. Así las cosas, se estarían atacando los recursos y aportes de las personas al RPMPD, quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Recalcó que su prohijada actuó sin temeridad y no tuvo participación, por lo que solicitó la absolución de su representada.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante dentro del sub examine, presentó sus alegatos de conclusión, reiterando lo alegado en primera instancia.

Por su parte COLPENSIONES reiteró lo argüido en su recurso de alzada y solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Sea oportuno, tener aquí, a la abogada titulada e inscrita LORENA MACHADO PETRO, identificada con la CC N° 30.687.004 y portadora de la T.P. N° 174.850 del CSJ; como apoderada sustituta de la accionada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del correspondiente mandato.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, entidad de la que a voces del artículo 69 del CPT y SS, la Nación es garante.

2. Problema jurídico a resolver

Incumbe a la Sala dilucidar: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia; **iii)** Analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción.

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, 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, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde 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.

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

Aterrizando en el sub examine, encontramos que la demandante manifestó que , al momento de la afiliación a PROTECCIÓN y COLFONDOS, no le suministraron información documentada sobre las consecuencias negativas de apartarse del RPMPD y trasladarse al RAIS; ni del monto del capital que tenía que reunir en la cuenta de ahorro individual para poder percibir su pensión de vejez. Asimismo, tampoco le suministró información documentada sobre la proyección del valor de la primera mesada pensional por vejez que recibiría en uno y otro régimen y, omitió comunicarle las variables que afectarían la liquidación de su mesada pensional en el RAIS, a tasa de descuento del bono pensional, entre otras.

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

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

Frente al tema de la voluntad y determinación del actor para trasladarse, cabe resaltar que el mismo no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado “*voluntad de selección y*

afiliación", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar al actor por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, 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.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

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

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde 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”.

Y posteriormente explicó:

“Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

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

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

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó la actora.

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 11 de octubre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **YOLY AUGENIA CORONADO VERGARA** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica a la Dra. LORENA PATRICIA MACHADO PETRO, como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 004 2021 00170 01 Folio 051-22
Aprobado por Acta No. 39

Montería, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 27 de enero de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **ESTELA DEL CARMEN ARTEAGA HERNANDEZ** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PROTECCION S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. La señora ESTELA DEL CARMEN ARTEAGA HERNANDEZ, instauró demanda en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PROTECCION S.A, a fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad – R.A.I.S, de la señora ESTELA DEL CARMEN ARTEAGA HERNANDEZ, realizado mediante la administradora COLFONDOS S.A.

En consecuencia, solicita se declare que la demandante ha tenido como única afiliación válida y eficaz al Sistema General de Pensiones, la realizada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que por lo tanto, se condene a PROTECCION S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, el equivalente a todos los aportes en pensiones que correspondan al total de semanas cotizadas en vigencia de la afiliación ilegal de la accionante al R.A.I.S., más los respectivos rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora.

Asimismo, se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes que traslade la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., con ocasión de las sentencias proferidas en el proceso.

Por lo último pidió que, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y que se condene extra y ultra petita, en el evento de cumplirse dentro del trámite del proceso los requisitos de ley para esa naturaleza de fallos.

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

- Narra la accionante que nació el 12 de enero de 1963.
- Indica que, a partir del 25 de julio de 1989, se vinculó laboralmente con la entidad Hogar Infantil Los Pisingos, mediante la cual, se afilió al Régimen de Prima Media en pensiones, administrado en ese momento por el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES cotizando un total de 184 semanas hasta el día 01 de febrero de 1993.
- Alega que, el 27 de julio de 1993, se vinculó laboralmente en el cargo de Trabajadora Social en la Alcaldía de Santa Cruz de Lórica, realizando sus cotizaciones en el Régimen de Prima Media en la Caja de Previsión Social de dicha entidad.
- Manifiesta que durante la época que trabajó en la Alcaldía de Santa Cruz de Lórica, funcionarios del fondo privado COLFONDOS S.A., comparecían regularmente al Palacio Municipal a realizar afiliaciones masivas a los funcionarios que laboraban en la Alcaldía, que el 17 de junio de 1994 impulsada por publicidad engañosa, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, afiliándose a COLFONDOS S.A, sin que le dieran a conocer documentalmente las implicaciones y consecuencias positivas o negativas de esa afiliación, frente a las condiciones que exterioriza el Régimen de Prima Media con prestación definida.
- Indica que, durante el mes de febrero de 1995, funcionarios del fondo privado CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCION S.A., llegaron al Palacio Municipal de la Alcaldía de Santa Cruz de Lórica a realizar afiliaciones masivas al personal de dicha entidad y que el 13 de febrero de 1995, inducida e impulsada por la publicidad engañosa de un funcionario de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCION S.A., procedió a afiliarse a esa entidad, sin que le advirtieran con documento alguno acerca del monto del capital que tendría que consignar, reunir o depositar en su cuenta de ahorro individual, los tipos de modalidades de pensión del régimen, entre otros.
- Narra que, en el mes de abril de 1999, inició su vinculación laboral con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF en Santa Cruz de Lórica,

donde labora actualmente, y realiza sus cotizaciones en materia pensional a PROTECCION S.A.

- Informa que en PROTECCION S.A, tiene a la fecha 1.478.71 semanas cotizadas, que realizando la proyección pensional o el cálculo aritmético sobre cuál sería el valor de su pensión, si estuviera en el Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, sería mucho mayor a la que actualmente le proyecta PROTECCION S.A.
- Indica que, el 13 de mayo de 2021, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES y que mediante carta de fecha 13 de mayo de 2021, COLPENSIONES rechazó la petición con fundamento en que de acuerdo a la información consultada se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo de pensionarse.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, contestó oponiéndose a las pretensiones, por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó "*INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; AUSENCIA DE NEXO CAUSAL POR NO EXISTIR CONEXIDAD ENTRE EL ACTO DE TRASLADO Y LA CONDUCTA DE COLPENSIONES; EXCEPCIÓN DE INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; NO TENER LA CONDICION DE AFILIADO DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES e INNOMINADA O GENERICA*".

En igual sentido, **PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, como medios exceptivos propuso los denominados: "*INEXISTENCIA DE RAZONES PARA LA ANULACION DEL ACTO DE TRASLADO DE AFP; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE e INOMINADA O GENERICA*".

COLFONDOS S.A manifestó no se oponerse a las pretensiones formuladas por la parte demandante, razón por la cual no presentó excepciones.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 27 de julio de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar no probadas las excepciones de mérito, propuestas por las demandadas PROTECCION S.A y COLPENSIONES.

En ese sentido, declara la ineficacia del acto de traslado efectuado por la señora ESTELA DEL CARMEN ARTEAGA HERNANDEZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS,

inicialmente a través de la AFP COLFONDOS S.A, a través de solicitud datada 17 de junio de 1994.

Ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que proceda a recibir a la demandante, señora ESTELA DEL CARMEN ARTEAGA HERNANDEZ, como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

De igual manera, ordena a PROTECCION S.A., por ser la última institución pensional a la que se encuentra adscrita la demandante, que de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales (si los hubiere), gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante señora ESTELA DEL CARMEN ARTEAGA HERNANDEZ, debidamente actualizados e indexados, con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Ordena a la AFP COLFONDOS S.A. que, de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los gastos de administración y los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima que se generaron mientras la señora ESTELA DEL CARMEN ARTEAGA HERNANDEZ estuvo afiliada a dicha AFP, debidamente actualizados e indexados, con destino a las arcas de COLPENSIONES.

En igual sentido, condena en costas a las entidades accionadas COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A., Y COLPENSIONES.

En sustento de su decisión, el Juez de conocimiento citó las normas que regulan este asunto, así como diversas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema objeto de debate.

Posteriormente el A-quo continuó explicando lo concerniente a la teoría de la información documentada, desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, acotando que el deber de información debe comprender todas las etapas de la afiliación y que el engaño no solo se produce en lo que se afirma sino en los silencios que guarda el profesional que ha de proporcionar la información de todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue y garantizando que dicha decisión sea libre, informada, autónoma y consciente de los requisitos, beneficios e implicaciones del traslado y, de ser necesario, persuadirlo de que no se traslade en los eventos en que afecte la expectativa pensional del mismo.

Asimismo, enfatizó en el deber de las AFP de informar a los potenciales afiliados sobre las implicaciones del traslado de un régimen a otro, requisitos y eventual monto de las mesadas pensionales y, en general, todo aquello que pueda afectar su derecho pensional. Agregando que, la sola manifestación vertida en un formulario o el diligenciamiento del mismo, no surte efectos si con ello se irrogan perjuicios al afiliado.

Expuso que, se encuentra acreditado que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida desde el año 1989 y que hizo un traslado del ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual a través de COLFONDOS Pensiones y Cesantías en el año de 1994, indica que de igual manera se encuentra acredita en el plenario que ulteriormente la actora se afilio a COLMENA S.A hoy PROTECCION S.A., que afirma la actora ni COLFONDOS ni PROTECCION S.A

le suministraron la suficiente información sobre los efectos adversos que podría traer la expectativa pensional de traslado de régimen, constituyendo una negación indefinida que de conformidad con el artículo 167 numeral 4º del C.G.P está exenta de prueba, quedando eximida de acreditar la inobservancia del deber de información por parte de la entidad administradora de pensiones, quedando en cabeza de esta última.

En razón de lo anterior procedió a declarar la ineficacia del acto de traslado y a explicar las consecuencias de tal declaratoria frente a cada una de las accionadas; subsiguientemente estudió los medios exceptivos propuestos por las convocadas, declarándolas no probadas las demás.

Finalmente, condenó en costas y agencias en derecho a las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLFONDOS S.A** y **PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso de apelación por ambas entidades, por la parte de COLFONDOS S.A, indicó que la condena en costas carece de fundamento, toda vez que no existe una oposición de defensa frente a las pretensiones por parte de la AFP COLFONDOS y no existe unas excepciones propuestas, advierte que las causas que generan la condena en costas según el artículo 365 del C.G.P., son netamente procesales que al no haber oposición por parte de COLFONDOS, no se configura lo antes acotado.

En cuanto a la AFP PROTECCION solicita que se revoquen las condenas en contra de la misma, pues fue un tercero de buena fe y no podría sufrir las consecuencias de una declaratoria de ineficacia entre COLFONDOS y la demandante, además alega que las aseguradoras de contingencias de invalidez, en este caso el seguro previsional, también son terceros de buena fe por lo que no se podría extender más aun las consecuencias de una declaratoria de ineficacia para devolver dichos emolumentos y los gastos de administración que percibió por un acto que realizó de manera legal, que percibió de buena fe.

Expuso sus argumentos refiriéndose a la orden de devolución de los gastos de administración impartida en la sentencia, solicitando al Tribunal su revocatoria bajo el argumento de que, durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada a PROTECCIÓN S.A., se realizaron los descuentos ordenados exclusivamente por el legislador, y citó el art. 6 de la ley 797 de 2003, que modificó el art. 20 de la Ley 100 de 1993, que impone la obligación a los fondos privados de descontar de los pagos realizados por la demandante durante su vida laboral para su financiamiento.

Aunado a ello, indicó que la cuenta de ahorro individual se administró correctamente, generando unos rendimientos financieros que engrosa el ahorro individual que tiene la actora en su cuenta. Es así como, ordenar la devolución de estos gastos, va en contra de su objeto social pues se trata de una entidad actora dentro del sistema de seguridad social en pensiones y con ello se desfinancia y la deja sin recursos para su correcto funcionamiento.

El apoderado sustituto de **COLPENSIONES**, se fue igualmente en alzada, manifestando que su representada no participó en el acto jurídico de traslado que dio lugar a la afiliación de la actora al RAIS y, adicionalmente el ISS –en su momento, hoy COLPENSIONES – no contaba con la facultad para retenerla pues se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Departamental de Córdoba, no al ISS.

Indica que, COLPENSIONES no es más que un tercero de buena fe que no debería verse afectado por el fallo judicial proferido, solicitó al Tribunal Superior estudiar la posibilidad de que sean los fondos privados quienes asuman el pago de las prestaciones que se generen de la declaratoria de nulidad en la forma como le correspondería en el RPMPD.

Asimismo, citó el art. 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01, para explicar que se han establecido dos dimensiones de la seguridad social, eso es, como un derecho constitucional fundamental y como un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección y control del Estado en aras de la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros. En consecuencia, la declaratoria de nulidad afecta directamente la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro la seguridad social de los demás afiliados.

Precisó lo referente a la inoponibilidad como mecanismo protector en casos de nulidad, explicando que la misma resulta inoponible frente a los terceros de buena fe como es el caso de COLPENSIONES y que se consolida por el tiempo que los afiliados permanecieron en el RAIS, e indicó que, analizando entonces lo anteriormente señalado, en vista de que la demandante inició sus cotizaciones en materia pensional ante la Caja de Previsión Departamental de Córdoba, es de mencionar que esta caja quedó temporalmente habilitada para administrar el RPMPD respecto de sus afiliados, pero quienes se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los no afiliados que optaron por el RPM y los vinculados a los fondos o cajas cuya liquidación se haya ordenado, fueron trasladados directamente hacia el ISS lo que no fue el caso de la actora quien manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS administrado HORIZONTE S.A.

Aunado a ello, el art. 4 del Decreto 2196 del 12 de junio de 2009, ordenó el traslado de sus afiliados al ISS y –se itera- no fue el caso de la demandante porque no se encontraba afiliada al RPM, al hacer uso de su voluntad al querer pertenecer en el RAIS.

Seeñala que, en el interregno de tiempo comprendido desde el momento de la afiliación al RAIS hasta el momento de la presentación de la demanda, la demandante nunca manifestó su intención de querer retornar al RPM, dando a entender que sus traslados horizontales fueron una manifestación de su voluntad de querer permanecer en ese régimen.

Subsiguientemente aclaró que los derechos pensionales de la actora no se están viendo afectados en lo más mínimo, pues, como explicó la demandante, puede acceder al derecho pensional dentro del RAIS sin ningún tipo de inconveniente, siempre y cuando cumpla con el requisito de la edad y con el requisito del cúmulo de ahorro en su cuenta individual; concluyó solicitando se absuelva a su defendida de las condenas (incluyendo la condena en costas), insistiendo en que a COLPENSIONES le era imposible recibir a la demandante como afiliada por mandato expreso de la Ley 797 de 2003 y el art. 13 de la Ley 100 de 1993.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las accionadas Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A., alegaron de conclusión, reiterando lo esbozado en los recursos de alzada de cada uno de ellos.

El apoderado de la parte demandante, alegó de conclusión reiterando lo esbozado en el trámite de primera instancia, y solicitó se confirme la sentencia apelada y nuevamente se imponga a las demandadas en pago de las costas de segunda instancia por resultar desfavorable el recurso interpuesto.

Sea oportuno, tener aquí, al abogado titulado e inscrito CAMILO ALFONSO PEREZ NIETO, identificado con la CC N° 1.067.911.992 y portador de la T.P. N° 287.758 del CSJ; como apoderado sustituto de la accionada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del correspondiente mandato.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado por el apoderado judicial demandante.

2. Problema jurídico a resolver

Incumbe a la Sala dilucidar: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia, y **iii)** la condena en costas en contra de COLFONDOS y COLPENSIONES.

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual

desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, 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, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por la demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es

la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.... (Se destaca).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde 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.

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

Descendiendo al sub lite, encontramos que la demandante manifestó que al momento de efectuar el traslado, COLFONDOS S.A y PROTECCION S.A., nunca le brindaron información acerca de las desventajas que le acarrearía afiliarse a ese régimen pensional y no al RPMPD; tampoco le advirtieron que, para lograr pensionarse en dicho régimen, debía acumular un capital suficiente para cubrir la prestación de vejez; ni le aclararon que en el RAIS no figura la aplicación de semanas cotizadas para el logro de la pensión, como si lo es en el RPMPD.

Acorde a lo anterior, es claro que las Administradoras de Pensiones estaban en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa al potencial afiliado, es decir, aquella en donde se le indicó, no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fue acreditado que las AFP hayan cumplido con su deber de información en los términos reseñados

En ese orden de cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la administradora del RAIS, le haya brindado la información completa y veraz al efectuar el aludido traslado, nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso el sentenciador de primer grado y como lo ha sentado la jurisprudencia de estos órganos de cierre al interpretar los artículos 4, 5, y 13, lit. b) de la Ley 100/93, razón por la cual, de antaño a los fondos administradores de

pensiones y cesantías les corresponde cumplir con la obligación de informar bien al potencial usuario o afiliado de las ventajas y desventajas que le acarrearía la vinculación a su fondo.

Frente al tema de la voluntad y determinación de la actora para trasladarse, cabe resaltar que la misma no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado "*voluntad de selección y afiliación*", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado, asimismo, haciendo uso del argumento antes planteado sobre que la actora no recibió una información veraz, completa y precisa, tampoco se le puede imponer que debía hacer uso de la voluntad de retracto enmarcada en el decreto 1161 de 1994.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar al actor por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, la jurisprudencia, contrario a lo argüido por los apoderados sustitutos de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, 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.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde 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"

Y posteriormente explicó:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio"

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

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

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó la actora.

IV) Condena en costas

Tanto Colpensiones como Colfondos solicitan se absuelvan de la condena en costas impuestas en primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el artículo en el artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, el cual a la letra dispone:

"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

Acompasando la norma al caso que nos convoca, encontramos que, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el libelo inicial, aunado a ello, propuso excepciones de mérito y resultó vencida en juicio, de ahí que, había lugar a que se impusieran costas a su cargo.

Por su parte, COLFONDOS S.A. no se opuso a las pretensiones de la demanda y no presentó excepciones, razón por la cual, a la luz del citado artículo 365 del C.G.P., no había lugar a que se impusieran costas a cargo de dicha entidad., y en este sentido, se modificará el numeral quinto de la sentencia de fecha y origen antes anotado, confirmándose en todo lo demás.

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la sentencia dictada el 27 de enero de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el No. **23 001 31 05 004 2021 00170 01**, Folio **051-22**, promovido por **ESTELA DEL CARMEN ARTEAGA HERNADEZ** contra **PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A y COLPENSIONES**, en el sentido de **ABSOLVER** a **COLFONDOS S.A**, de la condena en costas y agencias en derecho.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TECERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: RECONOCER personería jurídica al Dr. CAMILO ALFONSO PEREZ NIETO, como apoderado sustituto de COLPENSIONES.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 004 2019 00273 01 Folio 076-22
Aprobado por Acta No. 39

Montería, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A y en igual sentido, el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 7 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **MERCEDES DEL CARMEN DÍAZ PEÑATA** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA.**

I. ANTECEDENTES

La señora MERCEDES DEL CARMEN DÍAZ PEÑATA, instauró demanda en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y el DEPARTAMENTO DE CORDOBA, a fin de que se declare la nulidad de su afiliación o traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad – R.A.I.S, realizado mediante la administradora COLFONDOS S.A.

En consecuencia, solicita que ordene al fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A., que proceda a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual junto con su rendimiento financiero.

Asimismo, que se ordene a COLPENSIONES que proceda aceptar su traslado y en igual sentido a recibir por parte de COLFONDOS la totalidad de los ahorros hechos en su cuenta de ahorros individual junto con su rendimiento financiero.

De igual modo, solicita que se condene ultra y extrapetita a las entidades demandadas.

Por lo último pidió que, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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

- Narra la accionante que nació el 24 de septiembre de 1958.
- Indica que, mediante Decreto No. 077 de fecha de 17 de noviembre de 1993 fue nombrada como funcionaria pública del Departamento de Córdoba – secretaría de Educación Departamental, tomando posesión del cargo el día 25 de noviembre de 1993.
- Alega la actora que, estaba afiliada en el régimen de prima media con prestación definida en la Caja de Previsión Departamental de Córdoba hasta el día 13 de diciembre de 1995.
- Manifiesta que el día 13 de diciembre de 1995, bajo una actividad engañosa por parte de COLFONDOS S.A., se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Aduce que dicha conducta engañosa consistió en no darle información acerca de las repercusiones que tendría al cambiarse de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Arguye que, mediante solicitud bajo Radicado No. 2019-759 de fecha de 7 de junio de 2019, solicitó ante COLPENSIONES, el traslado de régimen pensional, el cual fue rechazado por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.
- Expone que en su historia laboral se tiene que acredita 1.190.29 semanas cotizadas y un ahorro en su cuenta individual por la suma de SETENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS ONCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$73.211.838) capital que no es suficiente para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, la contestó indicando frente a los hechos que algunos son ciertos como consta en la demanda y otros no le constan; y se opone a la totalidad de las pretensiones, por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

Como excepciones de fondo las que denominó *"INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; AUSENCIA DE NEXO CAUSAL POR NO EXISTIR CONEXIDAD ENTRE EL ACTO DE TRASLADO Y LA CONDUCTA DE COLPENSIONES; BUENA FE; PRESCRIPCION"*.

En igual sentido, **COLFONDOS S.A.** manifestó que algunos hechos son ciertos y otros no le consta, no se opone a las pretensiones propuestas por el demandante y al no haber oposición, no presenta excepciones.

El **DEPARTAMENTO DE CORDOBA**, manifiesta que algunos hechos son ciertos y otro no le constan por ser hechos ajenos a la entidad; y se opone a la totalidad de las pretensiones, teniendo en cuenta que fue vinculado a través de un Litis consorcio necesario.

En lo atinente a las excepciones, interpone la de "*FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA*" y "*GENERICA*".

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 7 de febrero de 2022, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar no probadas las excepciones de mérito, propuestas por la demandada COLPENSIONES y probada a de falta de legitimación en la causa por pasiva invocada por el DEPARTAMENTO DE CORDOBA.

Declaró la ineficacia del acto de traslado efectuado por la señora MERCEDES DEL CARMEN DÍAZ PEÑATA, del Régimen de Prima media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP COLFONDOS S.A, con efectividad el 13 de diciembre de 1995.

Ordenó a COLPENSIONES que proceda a recibir a la demandante MERCEDES DEL CARMEN DÍAZ PEÑATA, como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

Ordenó a COLFONDOS S.A., que, de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la señora MERCEDES DEL CARMEN DÍAZ PEÑATA, debidamente actualizados e indexados con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Absolvió al DEPARTAMENTO DE CORDOBA de las pretensiones de la demanda,

Por último, condenó en costas a las entidades accionadas COLFONDOS S.A y COLPENSIONES.

En sustento de su decisión, el Juez de conocimiento citó las normas que regulan este asunto, así como diversas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema objeto de debate.

Posteriormente el A-quo continuó explicando lo concerniente a la teoría de la información documentada, desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, acotando que el deber de información debe comprender todas las etapas de la afiliación y que el engaño no solo se produce en lo que se afirma sino en los silencios que guarda el

profesional que ha de proporcionar la información de todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue y garantizando que dicha decisión sea libre, informada, autónoma y consciente de los requisitos, beneficios e implicaciones del traslado y, de ser necesario, persuadirlo de que no se traslade en los eventos en que afecte la expectativa pensional del mismo.

Asimismo, enfatizó en el deber de las AFP de informar a los potenciales afiliados sobre las implicaciones del traslado de un régimen a otro, requisitos y eventual monto de las mesadas pensionales y, en general, todo aquello que pueda afectar su derecho pensional. Agregando que, la sola manifestación vertida en un formulario o el diligenciamiento del mismo, no surte efectos si con ello se irrogan perjuicios al afiliado.

Expuso que, en la contestación de la demanda, COLFONDOS S.A no se opone a las pretensiones ni propone excepciones, dando lugar a determinar que en efecto no cumplió el deber de información al momento del traslado, y al no existir en el expediente prueba que contraríe la confesión antes mencionada, se tiene como cierto, razón por la cual concluyó que hay que declarar la ineficacia del acto de traslado de la señora Mercedes Díaz Peñata del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En razón de lo anterior procedió a declarar la ineficacia del acto de traslado y a explicar las consecuencias de tal declaratoria frente a cada una de las accionadas; subsiguientemente estudió los medios exceptivos propuestos por las convocadas, declarándolas no probadas las demás.

Con respecto al Departamento de Córdoba, declaró probada la excepción de "FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA" en razón a que el Departamento de Córdoba actualmente ya no administra Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por último, condenó en costas y agencias en derecho a las accionadas COLPENSIONES y COLFONDOS, en específico sobre COLFONDOS advirtió que, si bien no se opuso a las pretensiones de la demanda, el artículo 365 del C.G.P., indica que en todos los procesos de naturaleza contenciosa hay que condenar en costas a la parte vencida aunque el conflicto de intereses fuese aparente, pues no se tiene en cuenta la actitud del demandado frente a la pretensión para definir si hay lugar o no a costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación alegando que, en la decisión libre y voluntaria del traslado de régimen de la actora no medió autorización ni consentimiento por parte de COLPENSIONES hecho que permite concluir que no debe responder por un acto o negocio jurídico del que no ha hecho parte.

Manifiesta que la demandante cuenta con 60 años, razón por la cual le es imposible cambiar de régimen por mandato expreso de la ley 797 de 2003 que modificó el

artículo 13 de la ley 100 de 1993, asimismo, alude a que no existe ningún elemento probatorio donde se evidencie vicio alguno del consentimiento al realizar el acto de traslado.

Otro punto de inconformidad planteado por parte de la entidad, es en lo relacionado a las costas, indica que, no se le puede condenar en costas a COLPENSIONES cuando esta no ha tenido ninguna injerencia en la decisión tomada, razón por la cual solicita que se analice el acopio probatorio y se revise la condena.

Por su parte la apoderada de **COLFONDOS S.A** presenta recurso de apelación, indicando que, la condena en costas carece de fundamento, toda vez que no existe una oposición de defensa frente a las pretensiones por parte de la AFP COLFONDOS y no existe unas excepciones propuestas, advierte que las causas que generan la condena en costas según el artículo 365 del C.G.P., son netamente procesales que, al no haber oposición por parte de COLFONDOS, no se configura lo antes acotado.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad la parte demandante presentó sus alegatos de conclusión, tendientes a que se confirme la sentencia de primera instancia.

Así mismo, la demandada Colfondos S.A., alegó reiterando lo esbozado en su recurso de alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado por el apoderado judicial demandante.

2. Problema jurídico a resolver

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

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual

desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, 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, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por la demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es

la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.... (Se destaca).

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde 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.

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

Descendiendo al sub iudice, encontramos que la demandada no se opuso a las pretensiones ni presentó excepciones razón por la cual se aduce que al momento de efectuar el traslado, COLFONDOS S.A nunca le brindó información acerca de las desventajas que le acarrearía afiliarse a ese régimen pensional y no al RPMPD; tampoco le advirtieron que, para lograr pensionarse en dicho régimen, debía acumular un capital suficiente para cubrir la prestación de vejez; ni le aclararon que en el RAIS no figura la aplicación de semanas cotizadas para el logro de la pensión, como si lo es en el RPMPD.

Acorde a lo anterior, es claro que las Administradoras de Pensiones estaban en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa al potencial afiliado, es decir, aquella en donde se le indicó, no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fue acreditado que las AFP hayan cumplido con su deber de información en los términos reseñados

En ese orden de cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la administradora del RAIS, le haya brindado la información completa y veraz al efectuar el aludido traslado, nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso el sentenciador de primer grado y como lo ha sentado la jurisprudencia de estos órganos de cierre al interpretar los artículos 4, 5, y 13, lit.

b) de la Ley 100/93, razón por la cual, de antaño a los fondos administradores de pensiones y cesantías les corresponde cumplir con la obligación de informar bien al potencial usuario o afiliado de las ventajas y desventajas que le acarrearía la vinculación a su fondo.

Frente al tema de la voluntad y determinación de la actora para trasladarse, cabe resaltar que la misma no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado "*voluntad de selección y afiliación*", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado, asimismo, haciendo uso del argumento antes planteado sobre que la actora no recibió una información veraz, completa y precisa, tampoco se le puede imponer que debía hacer uso de la voluntad de retracto enmarcada en el decreto 1161 de 1994.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar al actor por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, la jurisprudencia 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.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde 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"

Y posteriormente explicó:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio"

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

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

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó el actor.

IV) Condena en costas

Tanto Colpensiones como Colfondos solicitan se absuelvan de la condena en costas impuestas en primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el artículo en el artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, el cual a la letra dispone:

"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

Acompasando la norma al caso que nos convoca, encontramos que, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el libelo inicial, aunado a ello, propuso excepciones de mérito y resultó vencida en juicio, de ahí que, había lugar a que se impusieran costas a su cargo.

Por su parte, COLFONDOS S.A. no se opuso a las pretensiones de la demanda y no presentó excepciones, razón por la cual, a la luz del citado artículo 365 del C.G.P., no había lugar a que se impusieran costas a cargo de dicha entidad., y en este sentido, se modificará el numeral sexto de la sentencia de fecha y origen antes anotado, confirmándose en todo lo demás.

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la sentencia dictada el 7 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el No. **23 001 31 05 004 2019 00273 01**, Folio

076-22, promovido por **MERCEDES DEL CARMEN DÍAZ PEÑATA** contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**, en el sentido de **ABSOLVER** a **COLFONDOS S.A.**, de la condena en costas y agencias en derecho.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TECERO: Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 004 2021 00107 01 FOLIO 325-21
Aprobado por Acta No. 39

Montería, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 03 de septiembre de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido **LEDYS JUDITH DORIA LUGO** contra **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. La Sra. LEDYS JUDITH DORIA LUGO, instauró demanda en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de que se decrete la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del RPMPD al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A.

En consecuencia, se declare que ha tenido como única afiliación válida y eficaz al sistema general de pensiones la efectuada al RPMPD. Por lo anterior, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los aportes en pensiones recibidos en vigencia de su afiliación ilegal, más los respectivos rendimientos financieros, bonos pensionales y demás emolumentos que se encuentren en su cuenta de ahorro individual.

Asimismo, se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes que traslade PROTECCION S.A, con ocasión de las sentencias proferidas en el proceso.

Por último, pidió que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas; y, que se condene extra y ultra petita.

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

- Narra la actora que nació el día 16 de octubre de 1968.
- Cuenta que, a partir del 10 de mayo de 1993, se vinculó laboralmente con la empresa SERVICIAL LTDA, mediante la cual se afilió al RPM en pensiones, administrado en ese momento por el extinto ISS, hoy COLPENSIONES.
- Agrega que, en el mes de enero de 1997, se trasladó al RAIS, por conducto de PROTECCIÓN S.A. y advierte que, en la fecha en que consolidó su traslado, la sociedad no le informó documentalmente acerca de las consecuencias positivas o negativas de dejar el RPM y hacer efectivo su traslado al RAIS; el monto del capital que tendría que consignar, reunir o depositar en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener una pensión por vejez digna; ni de la diferencia del monto de la mesada pensional en ambos regímenes.
- Manifiesta que el día 05 de abril de 2021, presentó solicitud de traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES, la que fue rechazada por la entidad en escrito de la misma data⁸ con fundamento en que la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las denominadas *"INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; AUSENCIA DE NEXO CAUSAL POR NO EXISTIR CONEXIDAD EN TRE EL ACTO DE TRASLADO Y LA CONDUCTA DE COLPENSIONES; EXCEPCIÓN DE INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; NO TENER LA CONDICIÓN DE AFILIADO DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES e INNOMINADA O GENÉRICA"*.

En igual sentido **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda y, propuso las excepciones de mérito denominadas: *"AUSENCIA DE VICIO EN LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD QUE GENERÓ EL TRASLADO DE REGIMEN; PROTECCIÓN S.A. BRINDÓ INFORMACIÓN SUFICIENTE, GARANTIZANDO LA LIBRE ELECCIÓN ENTRE REGÍMENES; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; DEVOLUCIÓN DE FRUTOS Y OBLIGACIONES RECÍPROCAS EN CASO DE DECRETARSE LA NULIDAD O INEFICACIA e INNOMINADA O GENÉRICA"*.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 03 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería resolvió declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas y declaró la nulidad o ineficacia del acto de traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., el día 18 de enero de 1997, y que se hizo efectivo a partir del 01 de marzo del mismo año.

Asimismo, ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad, y a PROTECCIÓN S.A., a devolver de manera inmediata los aportes, rendimientos, bonos pensionales (Si los hubiere), gastos de administración y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la Sra. LEDYS JUDITH DORIA LUGO, debidamente actualizados o indexados con destino a las arcas del RPMPD, que actualmente gerencia COLPENSIONES.

Finalmente impuso condena en costas y agencias en derecho a cargo de las entidades accionadas y en favor de la demandante.

En sustento de su decisión, el juez de conocimiento inició refiriéndose a la posición consolidada de la H. Corte Suprema de Justicia en cuanto a las obligaciones que se encuentran en cabeza de las administradoras de los fondos de pensiones, entre ellas el deber de informar al potencial afiliado sobre las consecuencias del cambio de régimen y que debe comprender todas sus etapas, desde la antesala de la afiliación, hasta determinación del disfrute pensional.

En ese sentido, el engaño no solo se produce en lo que se afirma sino en lo que se omite y que puede ser de gran trascendencia para tomar la decisión que se persigue, lo que implica una inversión de la carga de la prueba que exige a las AFP demostrar que cumplieron con los deberes que se encuentran a su cargo

Posteriormente citó las normas que regulan este asunto, así como lo sentado por la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el tema objeto de debate.

Aterrizando al subjudice, se refirió a los alegatos esbozados por las demandadas y al correo electrónico enviado por PROTECCIÓN S.A. a la demandante en el año 2015, cuando aún podía trasladarse. Frente a ello, el despacho desechó el argumento de que no se le podía aplicar la jurisprudencia al caso en concreto por dos razones:

"La primera es que no se tiene noticia dentro del expediente de que la demandante haya autorizado la notificación o la aceptación de información por parte de PROTECCIÓN a su correo electrónico, de tal manera que no se puede convalidar una información que la demandante no autorizó que se remitiera por ese medio. Y segundo, es porque la nulidad del traslado debe mirarse es precisamente cuando se hizo el traslado - la afiliación, no posteriormente (...)"

Precisó que, por tratarse de una nulidad o ineficacia, para determinar si hubo o no falta de información, se debe examinar es el momento de la afiliación pues, de lo contrario, se estaría convalidando posteriormente.

Frente al argumento de la multi vinculación de la demandante, según la normatividad vigente, estos casos se daban porque se hacían cotizaciones simultaneas en ambos regímenes, en cuanto a ello se estableció la metodología para determinar en qué régimen se encontraba afiliado, siendo la regla establecida que se entendía como válida la última afiliación que se diera dentro del término establecido por la ley para el traslado, por ende, tampoco hay lugar a ello toda vez que lo que se estudia es el momento en que la demandante escogió el RAIS.

Manifestó que, de las documentales aportadas por las accionadas se extrae que la accionante estuvo afiliado al RPMPD desde el 10 de mayo de 1993 (fecha en la cual se afilio al sistema), y luego se trasladó al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A. el 18 de enero de 1997, efectiva a partir del 01 de marzo de la misma anualidad.

Así las cosas, de acuerdo a la teoría de la información documentada, se vivencia que la carga de la prueba radicaba en cabeza de PROTECCIÓN S.A., para demostrar que sus asesores ofrecieron a la demandante toda la información requerida para que la elección pura y simple se hiciera en forma espontánea, transparente, imparcial y completa, en razón de que, sí lo que se genera con el traslado es un perjuicio para el afiliado, no se explica el motivo de este cambio.

Indicó que, sí lo que se genera con el traslado es un perjuicio para el afiliado, no se explica el motivo de este cambio. Lo que se exterioriza, es que pese a haber suscrito un formulario de traslado que su vinculación manifestando que ello se hacía voluntariamente, tal actuación no está revestida los requisitos exigidos en el evento en concreto en el cual el RAIS le es menos favorable a sus expectativas pensionales, lo que quebranta sus garantías constitucionales e irrenunciables a la seguridad social.

Acto seguido procedió a explicar los efectos y consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado frente a cada una de las accionadas, y continuó estudiando los medios exceptivos propuestos por las accionadas, declarándolos no probados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado sustituto de **COLPENSIONES** apeló la decisión proferida por el despacho y solicitó a los Honorables Magistrados estudiar la situación particular en lo que tiene que ver con la multi vinculación de la demandante entre PROTECCIÓN y COLPENSIONES, teniendo en cuenta que los aportes realizados durante el período comprendido entre el 01 de julio de 2007, hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad, corresponden en un mayor número al RAIS.

También resaltó que la Sra. DORIA LUGO nunca hizo uso de su derecho de retracto ni realizó la manifestación de querer retornar al RPM administrado por COLPENSIONES, indica que aunado a ello, tal como lo manifestó en su interrogatorio de parte, el ISS no tuvo ningún tipo de participación o injerencia dentro del acto de

traslado realizado por ella, motivos que son suficientes para dilucidar que su prohijada no ha sido más que un tercero de buena fe.

Bajo este entendido, para el recurrente sería procedente estudiar que sea el fondo privado quién solvente o conceda a la demandante los derechos, emolumentos y demás premisas que le corresponderían de haber permanecido en el RPMPD administrado por COLPENSIONES.

Posteriormente solicitó que se revoque la sentencia en su totalidad y se absuelva a su defendida de todas y cada una de las condenas impuestas, teniendo en cuenta que con el fallo, se está vulnerando la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones establecida en el artículo 48 de la Constitución, adicionado por Acto Legislativo 01 de 2005.

En último lugar mencionó que la demandante se encuentra actualmente en una edad correspondiente a un término inferior para adquirir su derecho pensional, motivo por el cual para COLPENSIONES le era imposible recibirla como afiliada por vía administrativa pues el único competente para determinar si había lugar o no a esto es el juez laboral.

Del mismo modo la apoderada sustituta de **PROTECCIÓN S.A.** apeló en su integridad la sentencia proferida, por estar en desacuerdo con lo manifestado en cuanto a que no existe una información documentada en este caso, que sea capaz de llenar los requisitos de la Corte suprema de Justicia toda vez que no se comparte el hecho de que no se le dé validez al documento citado de los alegatos de conclusión por haber sido otorgado a través de correo electrónico.

Indicó la apelante que el correo electrónico ya ha sido aceptado por la Corte Suprema de Justicia en innumerables sentencias, como un medio eficaz para informar. A lo dicho, sumó que la demandante en otras oportunidades ha venido recibiendo información por dicho medio, incluso hace alusión en la demanda a un documento que fue enviado a ella al mismo correo electrónico.

Adicionalmente, para la apoderada, tampoco es de recibo lo manifestado por el apoderado de la parte demandante en cuanto a que no conocía del documento, toda vez que el mismo fue presentado con la contestación de la demanda sin que existiera ningún tipo de oposición ni tacha frente a él y fue decretado como prueba, por lo que se le debe dar plena validez al mismo.

En cuanto a la valoración del aludido correo indica asaltarle la duda de "*¿por qué no darle validez a un documento que es válido?*", que fue conocido por la parte y que además – insistió - fue oportuno ya que la información fue brindada a la parte demandante cuando todavía era posible variar las condiciones del caso específico.

Explicó que no se trata de convalidar un acto ineficaz pues ello no sería viable, pero no se trata de ello, sino de llenar un requisito que no había sido lleno oportunamente cuando hubo un contrato de tracto sucesivo.

Advierte que, de no haber estado de acuerdo, la demandante, habría podido revertir los efectos del acto a través del traslado de régimen cómo la Ley lo trae previsto.

Se refirió a los gastos de administración y a los dineros pagados por el seguro previsional, reiterando que la afiliación o traslado de régimen es un traslado de tracto sucesivo y, como tal, no se puede aplicar la ficción jurídica de volver las cosas a su estado anterior, lo que debe aplicarse es el efecto de la terminación, por cuanto los efectos ya dados no se pueden desaparecer en el tiempo.

En cuanto a la aplicación del art. 963 del C.C., no es válido por cuánto este artículo se refiere al poseedor de mala fe y, en este caso, no ha sido declarada la mala fe en ningún evento, además porque es para eventos donde los dineros o bienes hayan sufrido deterioro, y en este caso, por el contrario, los dineros no han sufrido deterioro, sino unos frutos civiles - entiéndase los rendimientos financieros - entonces si se aplica la teoría de los actos jurídicos de manera simple, tendríamos que entender que las cosas tendrían que volver al estado anterior y que por tanto los dineros deberían ser devueltos sin frutos civiles, es decir, sin rendimientos financieros.

Finalmente, expone que es un contrasentido y no es posible devolver las cosas en el tiempo como si no hubiese existido una administración pero reconocer que esa administración produjo efectos, pues con ello se genera además un empobrecimiento sin justa causa para su representada y, si bien se entiende la posición de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a estos valores, pidió al Honorable Tribunal apartarse de ella por las razones expuestas

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Así mismo, la demandada COLPENSIONES alegó de conclusión reiterando las razones de su alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, entidad de la que a voces del artículo 69 del CPT y SS, la Nación es garante.

2. Problema jurídico a resolver

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

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, 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, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde 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.

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

Aterrizando en el sub examine, encontramos que la demandante manifestó que, al momento de efectuar el traslado, PROTECCIÓN S.A. utilizando estrategias engañosas y faltando al principio de la verdad, le ocultó la información que podría servirle para saber en qué régimen le era más beneficioso afiliarse, omitiendo con ello el deber del buen consejo y doble asesoría exigido por la Ley y la jurisprudencia.

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

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

Frente al tema de la voluntad y determinación de la actora para trasladarse, cabe resaltar que el mismo no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado "*voluntad de selección y afiliación*", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar a la actora por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

Finalmente, con respecto a la inconformidad planteada por el apoderado judicial de Protección, sobre el documento que, aduce, fue enviado a la demandante, informándosele que: "*Ha llegado un momento importante para definir su situación pensional y PROTECCIÓN S.A. está comprometida en ayudarle a tomar la mejor decisión para su futuro.*"

Todas las personas, como usted, que aun no hacen parte del grupo de afiliados que les faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, tienen una última oportunidad para validar si les conviene pensionarse en un fondo como Protección o si desean trasladarse de régimen, es decir a Colpensiones. Esta decisión, es totalmente personal y depende de variables tales como sus condiciones familiares, el capital y la rentabilidad de su cuenta de ahorro individual, los aportes que a futuro realizará, entre otros factores.

En el documento anexo: "Tú eliges el camino para construir tu pensión", encontrará un comparativo entre Protección y Colpensiones, que le dará argumentos para su elección.

La fecha límite para tomar la decisión debe ser antes del 16/10/2015, que corresponde a su próximo cumpleaños, Si antes de esta fecha usted no toma una decisión, permanecerá en Protección S.A., y por lo tanto, se pensionará con las condiciones establecidas para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

(...)"

Sobre tal circunstancia ha de anotar la Sala, que más allá de las consideraciones expuestas por el A-quo al respecto, advierte esta judicatura que aun teniéndose en cuenta tal documental, no se extrae que de ella se logre evidenciar que se le haya brindado la información oportuna a la demandante, indicándole los pro y contras de pensionarse en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues si bien de dicho documento se extrae que se anexa un documento adjunto en donde se realiza un comparativo entre Protección y Colpensiones, lo cierto es que, dicho archivo no obra en el expediente y tampoco se puede determinar que en realidad si fue enviado a la actora.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, la jurisprudencia, contrario a lo argüido por el apoderado sustituto de Porvenir S.A., ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

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

Ahora bien, advierte la Colegiatura que no le asiste razón al apoderado de PORVENIR S.A., cuando reclama que debe el demandante restituirle a su representada, los frutos financieros de que trata el art. 1746 del Código Civil, referido a las restituciones mutuas, pues estos frutos no son del fondo, sino que son precisamente rendimientos de los aportes que en su cuenta tiene el afiliado.

Al particular en la sentencia SL2877-2020 la Sala de Casación Laboral, indicó:

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

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

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde 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"

Y posteriormente explicó:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio"

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

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

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó el actor.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA –**

LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 03 de septiembre de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral radicado bajo el No. **23 001 31 05 004 2021 00107 01 FOLIO 325-21** promovido por **LEDYS JUDITH DORIA LUGO** contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ALVÁREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 001 2020 00037 01 Folio 410-21
Aprobado por Acta No. 39

Montería, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 22 de octubre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **ROXANA ESMERALDA GUZMÁN ARTEAGA** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. La Sra. ROXANA ESMERALDA GUZMÁN ARTEAGA, instauró demanda en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a fin de que se decrete la nulidad o ineficacia del acto de traslado efectuado al fondo de pensiones BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

Como consecuencia de lo anterior, se declare que tiene derecho a retornar al RPM administrado por COLPENSIONES; se condene a COLPENSIONES a recibir y administrar nuevamente sus aportes como cotizante activa en pensiones, se ordene a PORVENIR S.A. a reintegrar a COLPENSIONES los aportes a pensión de su cuenta individual, más los rendimientos que se hayan generado y los gastos de administración, entre otros emolumentos descontados de sus aportes.

Por último, pidió que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas, y se haga uso de las facultades extra y ultra petita del Juez.

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

- Narra la actora que nació el día 09 de julio de 1963, es decir, está próxima a cumplir los 57 años de edad.

- Indica que, actualmente mantiene una vinculación a través del sector público con la Fiscalía General de la Nación.
- Expone que, el ultimo salario base de liquidación reportado al régimen de seguridad social en pensiones para el presente año¹, es de \$9.857.085.
- Manifiesta que su afiliación a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, se suscribió inicialmente con el ISS, hoy COLPENSIONES, que esa primera afiliación al RPMPD se originó en el mes de diciembre de 1990, según consta en certificado de información laboral expedido por PORVENIR S.A. el 05 de febrero de 2020.
- Expresa que, posteriormente, bajo múltiples engaños y ocultamiento de información por parte de los promotores de afiliaciones de HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., fue convencida de abandonar su antiguo régimen pensional para trasladarse al RAIS, sin que los funcionarios le explicaran las implicaciones que traía consigo el cambio de régimen, incumpliendo así con el deber legal de información.
- Agrega que, por el contrario, los asesores le hicieron una serie de promesas engañosas y nada le dijeron respecto a las distintas formas de obtener la pensión en el régimen privado *"y mucho menos que esta dependía del monto individualmente ahorrado por la usuaria"*.
- Menciona que la AFP PROVENIR S.A. absorbió a la AFP HORIZONTE, razón por la que actualmente figura como afiliada a la AFP llamada a juicio.
- Explica que uno de los argumentos en los que enfatizaron *[los asesores]* para persuadir su traslado era que los regímenes públicos, por su baja capacidad económica, se acabarían y no tendría posibilidad de acceder a una pensión.
- Menciona que, de acuerdo con la última simulación pensional en el RAIS, el capital ahorrado le permitiría acceder a una pensión (a la fecha) de \$889.199, cifra que resulta irrisoria ante el IBL sobre el cual ha cotizado durante los últimos 10 años laborados. Agregando que, si a ese IBL se le aplicara la fórmula de liquidación contemplada en la Ley 100 de 1993, se obtendría una pensión superior a los \$10.000.000, sin mencionar los eventuales incrementos a la tasa de reemplazo por semanas adicionales a las mínimas requeridas y la posibilidad de cotizar hasta los 70 años, conforme la nueva regulación de la edad de retiro del sector oficial.
- Manifiesta que, a febrero de 2020, tiene cotizadas 1.237 semanas, es decir, le faltan 63 semanas para alcanzar las 1300 exigidas para la pensión de vejez. Esto significa que, actualmente, entraría a cotizar con el propósito de

¹ Entiéndase por el "presente año", el de presentación de la demanda.

incrementar su IBL y tasa de reemplazo de pensión, siendo posible que el monto de la pensión con el IBL actual sea igual o superior a \$12.000.000.

- Concluye indicando que fue agotada la reclamación administrativa ante COLPENSIONES.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Como excepciones de fondo propuso las denominadas *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIONA POR PARTE DE MI REPRESENTADA; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN; DE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL; INOMINADA O GENERICA; LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN e INOBSERVANCIA DEL EQUILIBRIO FINANCIERO"*.

Por su parte **PORVENIR S.A.**, manifestó oposición frente a las pretensiones de la demanda.

Como excepción previa presentó la de *"LA FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO"* y, como excepciones de mérito las denominadas *"PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN; EXCEPCIÓN GENÉRICA"*.

4. En audiencia se adelantaron las etapas de conciliación y decisión de excepciones previas. En esa oportunidad el A-quo resolvió declarar prospera la prospera la excepción previa propuesta por la accionada PORVENIR S.A., y se ordenó la vinculación de PROTECCIÓN S.A. en el proceso, en calidad de litisconsorte necesario.

Al corrérsele el trasado de rigor, **PROTECCIÓN S.A.** contestó oponiéndose a las pretensiones y formuló las excepciones que denominó *"AUSENCIA DE VICIO EN LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD QUE GENERÓ EL TRASLADO DE REGIMEN; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; DEVOLUCIÓN DE FRUTOS Y OBLIGACIONES RECIPROCAS EN CASO DE DECRETARSE LA NULIDAD O INEFICACIA e INNOMINADA O GENÉRICA"*.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 22 de octubre de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería resolvió declarar la ineficacia del traslado realizado por la Sra. ROXANA ESMERALDA GUZMAN ARTEAGA del RPM al RAIS a través de COLMENA hoy PROTECCION S.A. disponiendo que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de ocurrir dicho traslado como si ello no hubiera ocurrido, es decir, se mantiene la afiliación de la demandante al RPM administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a devolver los aportes por pensión, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora a COLPENSIONES y a favor de la demandante; asimismo, condenó a PROTECCION S.A. a hacer entrega a COLPENSIONES en lo referente a los gastos de administración y las sumas adicionales del seguro, que se hubieren deducido de los aportes a pensión de la actora durante el periodo que estuvo afiliada a esa administradora.

Condenó a COLPENSIONES a recibir los aportes por pensión, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y todo lo ordenado anteriormente, que según la sentencia debe trasladar PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.

Finalmente declaró probada la excepción de buena fe propuesta por COLPENSIONES y no probadas las demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas y, condenó en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

En sustento de su decisión, el juez de conocimiento inició explicando que, de la documental aportada, se demostró que la demandante estuvo afiliada al RPMPD y se trasladó al RAIS; continuó refiriéndose a la existencia de los dos regímenes, sus características, condiciones y requisitos para conceder la pensión, y precisó que la selección entre uno y otro régimen es libre y voluntaria, para lo cual citó los literales *b* y *e* del art. 13 t los arts. 64, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

Además, explicó que la norma estableció sanciones y multas para quienes desconozcan este principio, por tratarse de prerrogativas constitucionales, así como el deber de información que debe comprender todas las etapas del proceso de afiliación, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Deber que a su vez se ha hecho más exigente hasta llegar a la doble asesoría.

Posteriormente citó las normas que regulan este asunto, así como lo sentado por la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el tema objeto de debate.

Acto seguido procedió a estudiar los efectos y consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado frente a cada una de las accionadas, y los medios exceptivos propuestos, declarándolos no probados a excepción de la buena fe propuesta por COLPENSIONES.

III. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación en contra de la decisión proferida y solicitó su revocatoria argumentando que la afiliación surtida en el año 2000 a la AFP HORIZONTE, adolece de algún vicio y, de haber existido, fue saneado con el paso del tiempo y los actos jurídicos realizados por la demandante, en ese sentido, para la recurrente resulta inverosímil que, después de 25 años pretenda la actora un traslado de régimen prohibido por la Ley.

Posteriormente se refirió a los vicios del consentimiento contemplados en el Cód. Civil e hizo mención de algunas diferencias entre ambos regímenes, sin que se pueda determinar que uno es más ventajoso que el otro.

Agregó que la mera afirmación de la falta de información no es conducente para probar los actos requeridos, para lo cual citó los arts. 9 y 1509 ibidem. Indicando además que la nulidad no puede ser declarada por vía administrativa, sino que debe ser estudiada por un juez de la república para ser declarada a través de una sentencia judicial.

Concluye manifestando que su representada actuó en derecho por lo que no hay lugar a condenar en costas y, frente a los gastos de administración explicó que las AFP están autorizadas para realizar la función de administración de las cuentas de ahorros para pensión y, la rentabilidad e incrementos generados en la cuenta de la demandante se debe a la gestión realizada por la entidad, lo que no hubiese sido posible en el RPM.

Indicó que el art. 113 de la Ley 100 de 1993, establece qué valores son los que se deben reintegrar en caso de traslados, y no incluye los gastos de administración. A lo anterior sumó lo manifestado por la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto de fecha 15 de enero de 2020, en el que advierte, se afirma que no es válida la devolución de dineros correspondientes a prima de seguro previsional y comisión de administración, por ser valores que no pertenecen al afiliado y están sujetos al fenómeno de la prescripción.

PROTECCIÓN S.A., apeló parcialmente la decisión del A-quo en lo tocante a la devolución de los gastos de administración y los emolumentos para el seguro previsional, argumentó que, si existen rendimientos financieros es porque existieron unos actos de administración – tal como lo indicó el juez-, que no pueden desaparecer y, al devolver las cosas al estado anterior, habría que devolver el dinero tal como fue recibido, es decir, sin los rendimientos y sus frutos civiles.

Por ello no puede entenderse la teoría de los actos jurídicos en su sentido estricto pues ello es desfavorable al sistema, y es que el acto de afiliación es un contrato y como tal, es de tracto sucesivo.

Así las cosas, el efecto que debe dársele a las cosas es el de terminación del contrato, debiendo permanecer las cosas como se encuentran hasta este momento, conservando la administradora estos gastos, indicó que dichas sanciones no pueden ser impuestas por medio de jurisprudencia y, al no poder entenderse como resultado de la declaratoria de ineficacia, ni como una sanción, existiría un contrasentido y no habría fundamento jurídico para la orden de devolución de estos gastos.

Posteriormente citó el art. 1476 del Cód. Civil para pedir la revocatoria de la decisión proferida, se sumó a lo esbozado por la apoderada de PORVENIR y pidió al Tribunal apartarse de la posición de la Corte.

Explicó que en todo el tiempo la afiliada estuvo amparada y obtuvo unos beneficios, que, por ello, la aseguradora es un tercero de buena fe a quien no podría extenderse las consecuencias de esta declaratoria.

En igual sentido, la vocera sustituta de **COLPENSIONES** interpuso recurso en contra de la decisión de primera instancia y solicitó su revocatoria por encontrarse inconforme, en el sentido de que su prohijada no debe verse inmersa en la declaratoria de ineficacia del acto de traslado y que deba asumir las consecuencias jurídicas deprecadas en la sentencia, sino que debe ser la administradora del RAIS quien soporte las mismas.

Reiteró que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre y espontánea, y fue un acuerdo de voluntades en el cual Colpensiones no estuvo involucrada, por el contrario, fue ajena a ello, por ende, no debe cargar con la responsabilidad de lo pretendido por la demandante.

Señaló que, conforme al art. 13 de la Ley 100 de 1993, las personas pueden escoger entre uno y otro régimen dentro del límite de edad establecido por la Ley. Además, que, la Corte ha manifestado que ninguna persona puede favorecerse de los recursos que con esfuerzo han ahorrado otros afiliados del sistema de RPMPD, de ser así, se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Recalcó que su prohijada actuó sin temeridad y no tuvo participación, por lo que solicitó la absolución de las condenas en costas y la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, presentaron alegatos de conclusión reiterando lo expuesto en sus recursos de alzada y solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

El apoderado de la parte demandante, alegó de conclusión reiterando lo esbozado en el trámite de primera instancia, y solicitó se confirme la sentencia apelada y nuevamente se imponga a las demandadas en pago de las costas de segunda instancia por resultar desfavorable el recurso interpuesto.

Sea oportuno, tener aquí, a la abogada titulada e inscrita LORENA MACHADO PETRO, identificada con la CC N° 30.687.004 y portadora de la T.P. N° 174.850 del CSJ; como apoderada sustituta de la accionada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del correspondiente mandato.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, entidad de la que a voces del artículo 69 del CPT y SS, la Nación es garante.

2. Problema jurídico a resolver

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

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, 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, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde 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.

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

vincularse a Porvenir S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.”

Aterrizando en el sub examine, encontramos que la demandante manifestó que bajo múltiples engaños y ocultamiento de información por parte de los promotores de afiliaciones de HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., fue convencida de abandonar su antiguo régimen pensional para trasladarse al RAIS, sin que los funcionarios de BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., le explicaran las implicaciones que traía consigo el cambio de régimen, incumpliendo así con el deber legal de información.

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

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

Frente al tema de la voluntad y determinación del actor para trasladarse, cabe resaltar que el mismo no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado “*voluntad de selección y afiliación*”, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar al actor por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, 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.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

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

Ahora bien, advierte la Colegiatura que no le asiste razón a los recurrente en lo concerniente a los frutos financieros de que trata el art. 1746 del Código Civil, referido a las restituciones mutuas, pues estos frutos no son del fondo, sino que son precisamente rendimientos de los aportes que en su cuenta tiene el afiliado.

Al particular en la sentencia SL2877-2020 la Sala de Casación Laboral, indicó:

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

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

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde 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".

Y posteriormente explicó:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio".

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

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

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó la actora.

IV) Condena en costas

Finalmente, en cuanto a la solicitud de la vocera sustituta de **COLPENSIONES** frente a esta erogación, considera la Sala que dicha condena es procedente a la luz del numeral 8 del artículo 366 del CGP, pues las accionadas se opusieron a las

pretensiones de la demanda y, además, formularon medios exceptivos que no les prosperaron resultando vencidas en la primera instancia.

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 22 de octubre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el **No. 23 001 31 05 001 2020 00037 01 Folio 410-21**, promovido por **ROXANA ESMERALDA GUZMÁN ARTEAGA** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Las agencias en derecho se tasan en un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica a la Dra. LORENA PATRICIA MACHADO PETRO, como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 004 2021 00054 01 Folio 418-21
Aprobado por Acta No. 39

Montería, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 28 de octubre de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **ESTELLA MARÍA SARMIENTO ESPÍTIA** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. La Sra. ESTELLA MARÍA SARMIENTO ESPÍTIA contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a fin de que se decrete la nulidad o ineficacia del acto jurídico de traslado-afiliación que realizó del RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS de PORVENIR S.A.; que se ordene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada al RPMPD; y, que se ordene a COLFONDOS S.A. que, de manera inmediata, proceda a realizar el traslado de los aportes, rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales y demás emolumentos inherentes a su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES.

Finalmente solicitó que se ordene a las demandadas al pago de costas del proceso, incluidas las agencias en derecho.

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

- Narra la actora que estuvo afiliada en un primer momento al RPMPD administrado por el ISS desde el 17 de junio de 1993, hasta el 30 de septiembre de 2000, realizando cotizaciones en materia pensional para dicha entidad.

- Indica que, el 01 de octubre de 2000, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A. realizando cotizaciones a dicha entidad hasta el 18 de septiembre de 2007. A partir de esa data, se trasladó a COLFONDOS S.A., donde actualmente se encuentra aun realizando cotizaciones pensionales.
- Expone que, en el mes de enero de 2021, solicitó a COLFONDOS S.A. información sobre cuál era el valor actualizado de bono pensional a la fecha, el numero real de semanas cotizadas y el saldo que tenia en su cuenta de ahorro individual. La entidad el 04 de enero de 2021, le informó que efectivamente posee un bono pensional y que en la cuenta de ahorro individual tiene un saldo por valor de \$152. 567.091, como capital, y un total de 1.378 semanas cotizadas.
- Manifiesta que labora y está realizando sus cotizaciones en materia pensional a COLFONDOS S.A.
- Expresa además que nació el 01 de septiembre de 1964, por lo que actualmente tiene 56 años de edad.
- Agrega que, realizando la proyección pensional o el cálculo aritmético del cuál sería el valor de la pensión que recibiría si estuviera en el RPM administrado por COLPENSIONES, tendría que su expectativa pensional sería mucho mayor a la que actualmente le proyecta hoy en día COLFONDOS S.A.
- Explica que, al momento de afiliarse a PORVENIR S.A. la entidad le pintó un panorama a futuro mucho mejor al que le podría ofrecer COLPENSIONES, dejándose llevar por una publicidad engañosa, esto es, los funcionarios encargados de dicha entidad no le suministraron una información veraz, oportuna, precisa, transparente, completa y comprensible de las consecuencias de la afiliación a ese sistema, asegurándole que se podía pensionar a cualquier edad y con una mesada pensional superior a la que podía recibir en COLPENSIONES. Aunado a ello, indica que no le informaron cual era el saldo real que debía tener en su cuenta de ahorro individual para obtener dicha pensión, conduciéndola así al error.
- Menciona que, al momento de vincularse a PORVENIR S.A., éste no le dio a conocer las implicaciones y consecuencias reales de esa afiliación, frente a las condiciones que exterioriza el RPMPD.
- Cuenta además que presentó ante COLPENSIONES solicitud de afiliación traslado de régimen el día 20 de enero de 2021, y en la misma data la entidad negó la solicitud, quedando con ello agotada la vía administrativa.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **PORVENIR S.A.**, contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Como excepciones de mérito propuso las denominadas "*PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; COMPENSACIÓN y EXCEPTIÓN GENÉRICA*".

Por su parte **COLPENSIONES**, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones las denominadas "*INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; AUSENCIA DE NEXO CAUSAL POR NO EXISTIR CONEXIDAD ENTRE EL ACTO DE TRASLADO Y LA CONDUCTA DE COLPENSIONES; EXCEPCIÓN DE INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE; PRESCRIPCIÓN y NO TENER LA CONDICIÓN DE AFILIADO DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES*".

Finalmente, **COLFONDOS S.A.**, en escrito de contestación manifestó no oponerse a las pretensiones y, por tanto, no propuso medios exceptivos.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 28 de octubre de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y declarar la ineficacia del acto de traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS "*inicialmente a través de la AFP PORVENIRS.A., a través de solicitud datada 28 de agosto de 2000, la cual tuvo efectividad a partir del 1º de octubre de 2000; Posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A a través de solicitud datada 19 de septiembre de 2007, la cual tuvo efectividad a partir del 01 de noviembre 2007, siendo esta la última AFP en la cual se encuentra afiliado el demandante*".

Ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante como afiliada al RPMPD, sin solución de continuidad.

Ordenó a la COLFONDOS S.A., por ser la última institución pensional a la que se encuentra adscrita la demandante que, de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales (si los hubiere), gastos de administración, y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente actualizados e indexados con destino a las arcas del régimen que actualmente gerencia COLPENSIONES.

En último lugar, condenó en costas y agencias en derecho a las accionadas.

En sustento de su decisión, el juez de conocimiento inició refiriéndose a la posición consolidada de la H. Corte Suprema de Justicia en cuanto a las obligaciones que se encuentran en cabeza de las administradoras de los fondos de pensiones, entre ellas el deber de informar al potencial afiliado sobre las consecuencias del cambio de régimen y que debe comprender todas sus etapas, desde la antesala de la afiliación, hasta determinación del disfrute pensional.

En ese sentido, el engaño no solo se produce en lo que se afirma sino en lo que se omite y que puede ser de gran trascendencia para tomar la decisión que se persigue, lo que implica una inversión de la carga de la prueba que exige a las AFP demostrar que cumplieron con los deberes que se encuentran a su cargo.

Posteriormente citó las normas que regulan este asunto, así como lo sentado por la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el tema objeto de debate.

Así las cosas, de acuerdo a la teoría de la información documentada, se vivencia que la carga de la prueba radicaba en cabeza de las AF para demostrar que sus asesores ofrecieron a la demandante toda la información requerida para que la elección pura y simple se hiciera en forma espontánea, transparente, imparcial y completa, en razón de que, sí lo que se genera con el traslado es un perjuicio para el afiliado, no se explica el motivo de este cambio.

Lo anterior exterioriza que, pese a haber suscrito un formulario de traslado de su vinculación, manifestando que ello se hacía voluntariamente, tal actuación no está revestida de los requisitos exigidos en el evento en concreto en el cual el RAIS le es menos favorable a sus expectativas pensionales, lo que quebranta sus garantías constitucionales e irrenunciables a la seguridad social.

Manifestó que, de las documentales aportadas se extrae que la accionante estuvo afiliada inicialmente al RPMPD desde el año 1995, al extinto ISS -hoy COLPENSIONES-, y luego se trasladó al RAIS, inicialmente a través de la AFP PORVENIR S.A., con solicitud del 28 de agosto del año 2000, la cual tuvo efectividad a partir del 01 de octubre del mismo año y, posteriormente, se trasladó a COLFONDOS S.A. a través de solicitud del 19 de septiembre de 2007, con fecha de efectividad del 01 de noviembre de ese año.

Acto seguido procedió a explicar los efectos y consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado frente a cada una de las accionadas, y continuó estudiando los medios exceptivos propuestos por las accionadas, declarándolos no probados.

En ultimo lugar, impuso condena en costas a las demandadas, explicando frente a COLFONDOS S.A. que, de acuerdo a la interpretación del despacho del art. 365 del C.G.P., *"cuando exista una condena, en todos los procesos de naturaleza contenciosa, hay que condenar en costas a la parte vencida, es decir, dondequiera que se plantee una situación que implique intereses, lógicamente incompatibles entre sí y este sea resuelto en el marco de un proceso, hay que condenar en costas a la parte vencida, aunque el conflicto de intereses fuere aparente. Esto porque el numeral 1° del art. 365, no hace referencia o no tiene en cuenta la actitud del demandado frente a la pretensión para definir si hay lugar o no a costas, pues – aún allanándose – el demandado se tendría que condenar en costas porque fue vencido en el proceso (...)"*.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El vocero sustituto de **COLPENSIONES** interpuso recurso en contra de la decisión de primera instancia, por afectar los intereses de su defendida, quien fue un tercero de buena fe que no tuvo participación ni injerencia en el acto de traslado realizado por la actora hacia PORVENIR y, posteriormente hacia COLFONDOS, tal como lo ratificó la demandante.

Solicitó al Tribunal estudiar la posibilidad de que sean los fondos privados quienes solventen los emolumentos y beneficios a los que tendría derecho la demandante en caso de haber permanecido en el RPMPD.

Agregó que se está vulnerando el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y la seguridad jurídica del mismo, teniendo en cuenta lo esbozado en el art. 48 constitucional, adicionado por el Acto administrativo 101 de 2005.

Precisó que para COLPENSIONES era imposible recibir a la actora por vía administrativa teniendo en cuenta que, para la fecha de presentación de la demanda y de la reclamación administrativa, la demandante contaba con mas de 56 años de edad, motivo que le impedía trasladarse de régimen por mandato expreso del art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2013.

Así las cosas, el acto o negocio celebrado se desprendió de una decisión expresa de la voluntad de la demandante, por lo que solicitó la revocatoria de la sentencia proferida y la absolución de su representada de todas y cada una de las condenas impuestas.

COLFONDOS S.A., apeló la decisión únicamente en lo que se refiere a la condena en costas y solicitó su revocatoria pues – a su parecer- no se interpretó correctamente lo establecido en el art. 365 del C.G.P.

Indicando que, para que se condene por este concepto, es necesario que inicialmente se presente una controversia y, en el presente asunto, COLFONDOS no presentó controversia en cuanto a las pretensiones de la demandante.

Finalmente, **PORVENIR S.A.**, apeló los puntos 1, 2 y 4 de la decisión proferida, argumentando que la afiliación realizada en el año 2000, goza de plena validez, pues se dio conforme a los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993, y sus modificaciones.

Adujo que, si la intención de la demandante era retornar al RPM, esto lo pudo haber hecho en los tiempos que la misma norma determina, indica que dentro del proceso no se pudo demostrar que efectivamente existió una falta de información, ya que la demandante, al momento de practicársele el interrogatorio dio luz de que si había recibido información, pues para la época de la filiación o traslado, no se le dio la proyección pensional en tanto que, en aquel entonces no se le exigía a ningún fondo

de pensiones entregar números o cifras aritméticas que pudieran dar a entender cuánto iba a ser la mesada pensional, puesto que ésta depende de muchas variables.

Indicó que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, inc. 2, menciona que en el RPM se destina un 3% de la cotización para financiar gastos de administración para la pensión de invalidez y sobrevivientes, gastos de administración que no forman parte integral de la pensión de vejez, por lo que están sujetos al fenómeno de la prescripción.

Frente a la devolución de gastos de administración, mencionó lo acotado por la Superfinanciera en concepto de 17 de enero de 2020, que indica expresamente que, en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

Aunado a ello, advierte que en forma clara el art. 13 de la Ley 100 de 1993, menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, tales como el saldo de la cuenta individual incluidos los rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y, por ende, no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación por la gestión realizada, que incrementara el capital existente en la cuenta individual del afiliado y que, en su momento, fuera enviado a COLFONDOS cuando emigró a dicho fondo.

Asimismo, afirma que ordenar transferir los gastos de administración, es tanto como solicitarle a una aseguradora que, en razón a que no se generó el riesgo amparado, reintegre el valor de la póliza, por lo que se deberá entonces ordenar a la demandante a restituir a su representada los rendimientos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual mes a mes, tal como lo consagra el art. 1746 del Código de Comercio.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandada COLPENSIONES alegó de conclusión, reiterando los argumentos esbozados en su recurso de alzada y solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado, así como el grado jurisdiccional de consulta que se

surte a favor de COLPENSIONES, entidad de la que a voces del artículo 69 del CPT y SS, la Nación es garante.

2. Problema jurídico a resolver

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

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, 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, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde 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.

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

Aterrizando en el sub examine, encontramos que la demandante manifestó que al momento de afiliarse a PORVENIR S.A. la entidad le pintó un panorama a futuro mucho mejor al que le podría ofrecer COLPENSIONES, dejándose llevar por una publicidad engañosa, esto es, los funcionarios encargados de dicha entidad NO le suministraron una información veraz, oportuna, precisa, transparente, completa y comprensible de las consecuencias de la afiliación a ese sistema, asegurándole que se podía pensionar a cualquier edad y con una mesada pensional superior a la que

podía recibir en COLPENSIONES. Aunado a ello, indica que no le informaron cual era el saldo real que debía tener en su cuenta de ahorro individual para obtener dicha pensión, conduciéndola así al error.

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

En ese orden de ideas, al haber sido admitido por administradora del RAIS que omitieron suministrar la información pertinente al efectuar el aludido traslado, ello nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso el sentenciador de primer grado.

Frente al tema de la voluntad y determinación del actor para trasladarse, cabe resaltar que el mismo no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado "*voluntad de selección y afiliación*", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar al actor por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, la jurisprudencia, contrario a lo argüido por la apoderada sustituta de PORVENIR S.A., ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

Ahora bien, se evidencia que las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado fueron impuestas, solo a la demandada COLFONDOS S.A., y no a PORVENIR S.A., entidad a la que se encontraba afiliada inicialmente la actora, razón por la que corresponde también 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, torna necesario, adicionar la sentencia de primera instancia, en consecuencia, condenar a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración debidamente indexados, por el período en que la demandante estuvo afiliada en dicho fondo de pensiones.

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde 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".

Y posteriormente explicó:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio".

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

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

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó la actora.

IV) Condena en costas

Tanto Colpensiones como Colfondos solicitan se absuelvan de la condena en costas impuestas en primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el artículo en el artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía en materia laboral, el cual a la letra dispone:

"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

Acompasando la norma al caso que nos convoca, encontramos que, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el libelo inicial, aunado a ello, propuso excepciones de mérito y resultó vencida en juicio, de ahí que, había lugar a que se impusieran costas a su cargo.

Por su parte, COLFONDOS S.A. no se opuso a las pretensiones de la demanda y no presentó excepciones, razón por la cual, a la luz del citado artículo 365 del C.G.P., no había lugar a que se impusieran costas a cargo de dicha entidad., y en este sentido, se modificará el numeral quinto de la sentencia de fecha y origen antes anotado, confirmándose en todo lo demás.

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: 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 PORVENIR S.A, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la sentencia dictada el 28 de octubre de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el No. **23 001 31 05 004 2021 00054 01 Folio 418-21** promovido por **ESTELLA MARÍA SARMIENTO ESPÍTIA** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, en el sentido de, **ABSOLVER** a la demandada Colfondos S.A., del pago costas y agencias en derecho.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia estudiada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 002 2020 00248 01 Folio 427-21
Aprobado por Acta No. 39

Montería, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **LUZMILA DEL CARMEN MARTINEZ SAENZ** contra **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. La Sra. LUZMILA DEL CARMEN MARTINEZ SAENZ instauró demanda en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a fin de que se decrete la ineficacia del traslado realizado del RPMPD administrado por COLPENSIONES, al RAIS que administra COLFONDOS, y, que se declare que esta última omitió el deber del buen consejo, así como también que ocultó información a mi representada sobre el monto de pensión y el capital que debía ahorrar para pensionarse.

Asimismo, solicitó que, se condene a COLFONDOS realizar el traslado de todos los aportes a pensión con sus respectivos rendimientos y gastos de administración al RPMPD que administra COLPENSIONES y se ordene en forma inmediata a la entidad COLPENSIONES recibirla como una afiliada más en su sistema, recibiendo con ella todos los aportes contribuidos y aportados al RAIS que dirige COLFONDOS.

Por último, pidió la indexación de todas y cada una de las condenas solicitadas, y que se condene en costas y agencias en derecho a la parte vencida en el proceso.

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

- Narra la actora que actualmente labora para el municipio de Planeta Rica, en el cargo de Técnico Administrativo Código 367, labor esta que ha desarrollado por más de 20 años, que, desde la fecha de su vinculación ha devengado salarios que superan los dos millones ochocientos mil pesos (\$2.800.000).
- Indica que, a la fecha de presentación de la demanda, cuenta con más de 57 años de edad y 25 años de servicio, lo que permite inferir que, si no se hubiese trasladado de régimen, ya tuviera reconocida la prestación de que trata el art. 33 de la ley 100 de 1993, por parte de COLPENSIONES.
- Expone que, la afiliación pensional, así como los aportes mismos, desde que inició la relación laboral fueron hechos ante el ISS hoy Colpensiones, entidad que actualmente administra el RPMPD.
- Manifiesta que, para el 01 de diciembre de 1994, luego de la entrada en vigencia de los fondos privados de pensiones, el ISS ordenó su traslado a COLFONDOS.
- Expresa que dicha entidad, utilizando estrategias engañosas, le ocultó información esencial, la cual si se le hubiese brindado a tiempo podría haberle servido para saber a qué régimen le era más beneficioso afiliarse. Cuenta que, COLFONDOS con tal de captar personal, brindaba información errada, por ejemplo, que su mesada pensional sería más alta que en el RPM y que si no quería la pensión se le devolvía su dinero en el tiempo que ella quisiera, algo que en la actualidad es totalmente falso.
- Agrega que COLFONDOS, nunca le informó de cuánto era el capital que debía ahorrar para poder pensionarse, así como tampoco el monto pensional que debía poseer, prescindiendo también así del deber legal del buen consejo.
- Explica que, al realizar su proyección pensional en los dos regímenes de pensiones, es notable que se desmejora ostensiblemente el derecho a la pensión con ese traslado, lo que causa además un detrimento grave e irremediable a su aspiración pensional, dado que con lo que le aparece ahorrado tendría que cotizar por mucho más tiempo para así poder recibir una pensión mínima y con la edad que tiene es muy difícil que eso pase *"por qué ya se siente cansada y así lo ha venido manifestando"*.
- Menciona que agotó la vía administrativa, en tanto que presentó solicitud de traslado a COLPENSIONES, entidad que argumentó que ello no es posible por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión.
- Concluye indicando que el tiempo que ha laborado sobrepasa los 25 años, lo que quiere decir que con las semanas cotizadas hubiera superado ampliamente

el mínimo de semanas requeridas para gozar de la tasa de remplazo más alta en el RPM.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Como excepciones de fondo propuso las denominadas "*INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN; EXCEPCIÓN DE BUENA FE; EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN; y DECLARATORIA DE OTRAS EXEPCIONES: INNOMINADA O GENERICA*".

Por su parte **COLFONDOS S.A.**, en escrito de contestación manifestó no oponerse a las pretensiones y, por tanto, no propuso medios exceptivos.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., realizado por la demandante el 01 de diciembre de 1994, con fecha de efectividad del 01 de enero de 1995.

Ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes de pensiones efectuados por la accionante en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración, bonos pensionales y demás emolumentos que pertenezcan a la afiliada.

Ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada de la misma, junto a los aportes ordenados en el numeral anterior, a favor de la libelista.

En último lugar, condenó en costas y agencias en derecho a COLPENSIONES en cuantía de 1 SMLMV

En sustento de su decisión, el juez de conocimiento inició explicando lo concerniente al fenómeno de la prescripción, indicando que esta no se puede aplicar al derecho irrenunciable de la seguridad social y la declaró no probada.

Acto seguido procedió a estudiar las circunstancias en que se dio el traslado de régimen de la actora y las probanzas allegadas al proceso.

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

Explicó lo concerniente a las obligaciones de las AFP al suministrar al potencial afiliado una información completa y comprensible durante todas las etapas de la afiliación hasta la determinación para el disfrute pensional atendiendo al deber del buen consejo, dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes y, aun, a desanimar al interesado de tomar una decisión si claramente le perjudica.

Así las cosas, indicó que, son las administradoras de pensiones las que tienen la carga de probar que cumplieron con este deber, sin embargo, al estudiar las probanzas allegadas al plenario, estimó el A-quo, que no se demostró que se haya brindado a la demandante la información que echa de menos, por el contrario, al contestar la demanda la accionada COLFONDOS aceptó dicha omisión.

Asimismo, explicó las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia del traslado frente a cada una de las accionadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso en contra de la decisión de primera instancia y solicitó su revocatoria por encontrarse inconforme, advirtiendo que pese al allanamiento que tuvo COLFONDOS, su prohijada no tiene por qué asumir las consecuencias jurídicas deprecadas en la sentencia.

Precisó que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre y espontánea, y fue un acuerdo de voluntades en el cual no estuvo involucrada, por el contrario, fue ajena a ello, por ende, no debe cargar con la responsabilidad de lo pretendido por la demandante.

Agregó que debe ser la entidad del RAIS quien soporte las consecuencias de la ineficacia del acto de traslado y con ello, debe asumir el pago de las prestaciones que generen tal declaratoria, tal como le correspondería en el RPMPD.

Explicó que cuando el trabajador asalariado o independiente se afilia por primera vez al sistema de pensiones, es libre de escoger el régimen al cual desea pertenecer, y continuó citando el literal e, del art. 2 de la Ley 797, que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993.

Manifestó que, en el presente caso, la demandante se encuentra a menos de 10 años de pensionarse, por lo que esta incurso en la prohibición para trasladarse de régimen, a lo que sumó que ninguna persona puede favorecerse de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados al RPMPD, pues, con ello, se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema al descapitalizar los recursos dispuestos para cancelar las mesadas futuras y sus correspondientes ajustes periódicos.

En cuanto a la condena en costas manifestó que COLPENSIONES no obró de manera temeraria, sino de buena fe y dentro del proceso no se evidencia algún tipo de

comportamiento que amerite tal condena, concluyó citando el art. 365 del CGP para indicar que solo habrá condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

COLPENSIONES presentó sus alegatos de conclusión reiterando lo expuesto en su recurso de alzada y solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Sea oportuno, tener aquí, a la abogada titulada e inscrita KATHERINE PAOLA CASTILLA RUIZ, identificada con la CC N° 1.102.830.168 y portadora de la T.P. N° 222.102 del CSJ; como apoderada sustituta de la accionada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del correspondiente mandato.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, entidad de la que a voces del artículo 69 del CPT y SS, la Nación es garante.

2. Problema jurídico a resolver

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

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, 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, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde 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.

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

Aterrizando en el sub examine, encontramos que la demandante manifestó que COLFONDOS, nunca le habló o le informó cuánto era el capital que debía ahorrar para poder pensionarse, así como tampoco el monto pensional que debía poseer, prescindiendo también así del deber legal de buen consejo.

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

En ese orden de ideas, al haber sido admitido por administradora del RAIS que omitieron suministrar la información pertinente al efectuar el aludido traslado, ello nos conduce ineludiblemente a declarar su ineficacia, tal como lo dispuso el sentenciador de primer grado.

Frente al tema de la voluntad y determinación del actor para trasladarse, cabe resaltar que el mismo no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado “*voluntad de selección y afiliación*”, no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar al actor por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, 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.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

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

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde 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”.

Y posteriormente explicó:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio".

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

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

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó la actora.

IV) Condena en costas

Finalmente, en cuanto a la solicitud de la vocera sustituta de **COLPENSIONES** frente a esta erogación, considera la Sala que dicha condena es procedente a la luz del numeral 8 del artículo 366 del CGP, pues las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda y, además, formularon medios exceptivos que no les prosperaron resultando vencidas en la primera instancia.

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el No. **23 001 31 05 002 2020 00248 01 Folio 427/21**,

promovido por **LUZMILA DEL CARMEN MARTINEZ SAENZ** contra **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica a la Dra. KATHERINE PAOLA CASTILLA RUIZ, como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 23-001-31-05-004-2020-00250-01 Folio 450-21
Aprobado por Acta No. 39

Montería, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **HELENA MUSKUS GARCÍA** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

La Sra. HELENA MUSKUS GARCÍA instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a fin de que se decrete la nulidad e ineficacia del acto de traslado del RPMPD, al RAIS de PORVENIR S.A.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se declare que ha tenido como única afiliación válida al sistema general de pensiones, la efectuada al RPMPD, que antes administraba el I.S.S. hoy COLPENSIONES. Por tanto, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes en pensiones recibidos en vigencia de su afiliación ilegal con la equivalencia de ahorro exigida en caso de que hubieren permanecido dichos aportes en el RPM; y se condene a COLPENSIONES a recibir dichos aportes, y a reconocer y pagar las prestaciones económicas que en el futuro acredite cumplir "*(pensión de vejez)*".

Finalmente solicitó que se condene al pago de intereses moratorios en la tasa máxima permitida por la Ley; que se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas; y, que se condene extra y ultra petita.

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

- Narra la actora que nació el 22 de febrero de 1957, por lo tanto, cuenta con 63 años de edad.
- Indica que cotizó al sistema de seguridad social en pensiones, desde el 25 de julio de 1983, en el RPMPD administrado por el I.S.S. hoy COLPENSIONES, y que posteriormente, en el mes de agosto de 2001, fue trasladada al RAIS de HORIZONTE, hoy PORVENIR.
- Expone que, en el momento de la afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., dicha entidad no le suministro la información documentada, detallada, clara y concisa, sobre las consecuencias negativas de dejar el RPMPD, para trasladarse al RAIS, desconociendo lo reglado por el art. 60 de la Ley 100 de 1993, agregando que la entidad le indujo en error ya que la información que le brindo no fue completa, comprensible y precisa de los pros y contra del cambio de régimen pensional, ni le informaron documentalmente sobre el monto del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual para poder acceder la pensión de vejez, ni sobre la proyección de la primera mesada pensional por vejez que recibiría con una y otra entidad.
- Manifiesta que elevó derecho de petición a PORVENIR S.A, el 28 de mayo de 2020, con el propósito de que le suministrara toda la información de su situación pensional actual y de cuándo se podría pensionar, ya que en el momento del traslado no lo hizo, solicitando así mismo el traslado al RPMPD.
- Expresa que presentó solicitud de cambio de régimen a COLPENSIONES, pero fue negada en respuesta recibida el 25 de septiembre de 2020.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES** contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Como excepciones de mérito propuso las denominadas *"INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; AUSENCIA DE NEXO CAUSAL POR NO EXISTIR CONEXIDAD ENTRE EL ACTO DE TRASLADO Y LA CONDUCTA DE COLPENSIONES; BUENA FE y PRESCRIPCIÓN"*.

Por su parte **PORVENIR S.A.** no allegó escrito de contestación.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y declarar la ineficacia del acto de traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS con efectividad a partir del 01 de agosto 2001.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al RPMPD, sin solución de continuidad.

Ordenó a PORVENIR S.A., que, de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante señora LUZ HELENA MUSKUS GARCÍA, debidamente actualizados e indexados con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En último lugar, condenó en costas y agencias en derecho a las accionadas.

En sustento de su decisión, el juez de conocimiento inició refiriéndose a la posición consolidada de la H. Corte Suprema de Justicia en cuanto las obligaciones que se encuentran en cabeza de las administradoras de los fondos de pensiones, entre ellas el deber de informar al potencial afiliado sobre las consecuencias del cambio de régimen y que debe comprender todas sus etapas, desde la antesala de la afiliación, hasta la determinación del disfrute pensional.

En ese sentido, el engaño no solo se produce en lo que se afirma sino en lo que se omite y que puede ser de gran trascendencia para tomar la decisión que se persigue, lo que implica una inversión de la carga de la prueba que exige a las AFP demostrar que cumplieron con los deberes que se encuentran a su cargo

Posteriormente citó las normas que regulan este asunto, así como lo sentado por la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema objeto de debate.

Indica que, pese a haberse suscrito un formulario de traslado de su vinculación, manifestando que ello se hacía voluntariamente, tal actuación no está revestida de los requisitos exigidos en el evento en concreto en el cual el RAIS le es menos favorable a sus expectativas pensionales, lo que quebranta sus garantías constitucionales e irrenunciables a la seguridad social.

Manifestó que, de las documentales aportadas se extrae que la accionante estuvo afiliada inicialmente al RPMPD antes del año 1995, en el extinto ISS -hoy COLPENSIONES-, y luego se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A., con solicitud del 27 de junio de 2001, la cual tuvo efectividad a partir del 01 de agosto del mismo año.

Acto seguido procedió a explicar los efectos y consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado frente a cada una de las accionadas, y continuó estudiando los medios exceptivos propuestos por las accionadas, declarándolos no probados.

En ultimo lugar impuso condena en costas a las demandadas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El vocero sustituto de **COLPENSIONES** interpuso recurso en contra de la decisión de primera instancia, argumentando que su representada es un tercero de buena fe que no tuvo participación ni injerencia en el acto de traslado realizado por la demandante hacia PORVENIR S.A. el cual se constituyó por voluntad de la afiliada quien decidió pertenecer y permanecer en el RAIS.

Precisó que para COLPENSIONES era imposible recibir a la actora por vía administrativa teniendo en cuenta que, por su edad, se encontraba a menos de 10 años de adquirir su derecho pensional, siendo el único competente para ello el juez laboral, y bajo ese entendido solicitó la exoneración de la condena en costas.

Igualmente pidió al Tribunal revocar la sentencia en su totalidad en cuanto a las condenas impuestas a su prohijada y estudiar la posibilidad de que sea el fondo privado quienes solventen los emolumentos y derechos que tendría la demandante en caso de haber permanecido en el RPMPD.

Agregó que, por el cúmulo de traslados de régimen a los que se está accediendo, se está vulnerando el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones regulada por el art. 48 constitucional, adicionado por el Acto administrativo 101 de 2005.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

COLPENSIONES alegó de conclusión reiterando lo esbozado en su recurso de alzada y solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, entidad de la que a voces del artículo 69 del CPT y SS, la Nación es garante.

2. Problema jurídico a resolver

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

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, 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, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde 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.

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

Aterrizando en el sub examine, encontramos que la demandante manifestó que al en el momento de la afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., dicha entidad no le suministro la información documentada, detallada, clara y concisa, sobre las consecuencias negativas de dejar el RPMPD, para trasladarse al RAIS,

desconociendo lo reglado por el art. 60 de la Ley 100 de 1993. Agregando que la entidad le indujo en error ya que la información que le brindó no fue completa, comprensible y precisa de los pros y contra del cambio de régimen pensional, ni le informaron documentalmente sobre el monto del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual, para poder acceder la pensión de vejez, y sobre la proyección de la primera mesada pensional por vejez, que recibiría con una y otra entidad.

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

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

Frente al tema de la voluntad y determinación del actor para trasladarse, cabe resaltar que el mismo no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado "*voluntad de selección y afiliación*", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar al actor por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, 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.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

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

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde 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”.

Y posteriormente explicó:

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

sentenciador dealzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

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

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

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó la actora.

IV) Condena en costas

Finalmente, en cuanto a esta erogación, considera la Sala que dicha condena es procedente a la luz del numeral 8 del artículo 366 del CGP, pues las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda y, además, formularon medios exceptivos que no les prosperaron resultando vencidas en la primera instancia.

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el No. **23 001 31 05 004 2020 00250 01 Folio 450/21** promovido por **HELENA MUSKUS GARCÍA** contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 23-001-31-05-001-2020-00140-01 Folio 459-21
Aprobado por Acta No. 39

Montería, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **ERNESTO ROSENDO ARIZA VIVERO** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. El Sr. ERNESTO ROSENDO ARIZA VIVERO instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a fin de que se decrete la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado del RPMPD al RAIS; como consecuencia, se declare que ha tenido como única afiliación válida al sistema general de pensiones, la efectuada al RPMPD, que antes administraba el I.S.S. hoy COLPENSIONES.

Por tanto, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes en pensiones recibidos en vigencia de su afiliación ilegal con la equivalencia de ahorro exigida, en caso de que hubieren permanecido dichos aportes en el RPM, así como los valores correspondientes a los rendimientos financieros, descuentos por gastos de administración, bonos pensionales, y demás emolumentos pertenecientes a la cuenta de ahorro individual; y que se condene a COLPENSIONES a recibir los valores que traslade PORVENIR S.A.

Finalmente solicitó la indexación de las condenas; costas y agencias en derecho a las entidades demandadas; y, que se condene extra y ultra petita.

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

- Indica el demandante que nació el 10 de octubre de 1958.
- Relata que fue afiliado y cotizó al RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 02 de enero de 1987, y posteriormente fue trasladado al RAIS de PORVENIR, donde inició cotizaciones a partir del 01 de octubre de 2000.
- Explica que al momento del traslado de régimen no se le suministró información documentada sobre las consecuencias negativas de dejar el RPM, el monto del capital que tendría que reunir, las variables que influyen en la liquidación de su mesada pensional; y, la proyección del valor de la primera mesada pensional por vejez que recibiría en cada régimen.
- Aduce que, a petición suya, PORVENIR S.A. le entregó el 02 de marzo de 2020, una simulación pensional, *"en donde, teniendo como base el promedio de los últimos 10 años de cotización, le informan que, si sigue cotizando los 12 meses del año, le proyectan una mesada por vejez en cuantía de \$2.121.000 a sus 61 años de edad, y de \$2.265.700 cuando cumpla los 62 años de edad; y por otro lado, si no vuelve a cotizar, le proyectan una mesada de \$2.121.000 a sus 61 años de edad, y de \$2.196.600 cuando cumpla los 62 años de edad"*.
- Afirma que, ante la sorpresa de tener proyectado recibir una mesada tan baja mesada en el fondo privado, solicitó a un calculista particular una simulación de la mesada por vejez en el RPM, la cual le fue entregada el 06 de marzo de 2020 y arrojó la suma de \$7.858.060, para cuando cumpla el requisito de la edad, es decir 62 años, y teniendo como base el promedio de los últimos 10 años de cotización.
- Para el demandante es claro que, por la falta de información documentada, las administradoras de pensiones privadas le indujeron en error al trasladarse de régimen y de esa manera perjudicar su situación pensional, y sus derechos como usuario del Sistema de Pensiones.
- Por lo anterior, el día 17 de marzo de 2020, presentó una SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD o INEFICACIA DEL TRASLADO y/o AFILIACIÓN DEL RPM al RAIS, la cual quedó radicada bajo el número 2020_3677206, y contestada mediante Oficio BZ2020_3677206-0754408 del 17 de marzo de 2020, notificado por correo electrónico el 25 de marzo de 2020, donde COLPENSIONES dio respuesta manifestando no ser procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado fue realizado ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la ley 100 e 1993, Artículo 13 Literal B.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES** contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Como excepciones de mérito propuso las denominadas "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; EXCEPCIÓN DE BUENA FE; EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN; FALSA DE CONSENTIMIENTO O AUTORIZACIÓN PARA TRASLADO A REGIMEN PRIVADO y DECLARATORIAA DE OTRAS EXCEPCIONES: INNOMINADA O GENÉRICA*".

Por su parte **PORVENIR S.A.** no allegó escrito de contestación.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería resolvió declarar la ineficacia del traslado realizado por el Sr. ERNESTO ROSENDO ARIZA VIVERO del RPMPD al RAIS a través de PORVENIR S.A. y dispuso que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de ocurrir dicho traslado como si ello no hubiera ocurrido, es decir, se mantiene la afiliación del demandante al RPM administrado por COLPENSIONES.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a PORVENIR S.A., a devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los bonos pensionales y los gastos de administración a COLPENSIONES y a favor del demandante; y, condenó a COLPENSIONES a recibirlos.

Declaró probada la excepción de buena fe propuesta por COLPENSIONES; y no probadas las demás, y condenó en costas a las demandadas.

En sustento de su decisión, el juez de conocimiento inició explicando que la Ley 100 trajo consigo dos regímenes: el RPMPD y el RAIS, ambos con diferentes características y requisitos propios.

Manifestó que, de las documentales aportadas se extrae que el accionante estuvo afiliado desde el año 1987 hasta el mes de diciembre del año 2000, al RPMPD y que posteriormente se afilió al RAIS.

Citó las normas que regulan este asunto, así como lo sentado por la H. Corte Suprema de Justicia, indicando que los operadores judiciales están facultados por la Ley para inaplicar las disposiciones lesivas a los asociados cuando con ellas se menoscaben la libertad, dignidad y derechos de los trabajadores.

Luego, continuó estudiando lo referente al cumplimiento del deber de informar a la afiliada de las implicaciones de su afiliación o traslado, lo que se traduce en que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de las accionadas, que deben acreditar documentalmente el cumplimiento de este deber de información, lo que no sucedió en el caso bajo estudio.

Ulteriormente, procedió a explicar los efectos y consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado frente a cada una de las accionadas, y a estudiar las excepciones propuestas, declarando probada la de BUENA FE propuesta por COLPENSIONES, y no probadas las demás.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado **DEMANDANTE** apeló parcialmente la decisión proferida, en lo referente a la condena impuesta a PORVENIR S.A. consistente en devolver los aportes en pensión, pues, en las pretensiones de la demanda se pidió la devolución de éstos con la equivalencia de ahorro exigida en caso de que hubiese permanecido dichos aportes en el RPM.

En ese sentido, solicitó al Tribunal la revisión del recurso, con el fin de que las cotizaciones, una vez sean asumidas por COLPENSIONES, aparezcan directamente relacionadas en la historia laboral del demandante de manera completa, sin ningún descuento, como ha venido sucediendo en otros casos.

En igual sentido, la vocera sustituta de **COLPENSIONES** interpuso recurso en contra de la decisión de primera instancia y solicitó su revocatoria por encontrarse inconforme con que su prohijada se vea inmersa en la declaratoria de ineficacia del acto de traslado y con ello tenga que asumir las consecuencias jurídicas deprecadas en la sentencia, sino que debe ser la administradora del RAIS quien soporte las mismas.

Reiteró que la afiliación del demandante se realizó de manera libre, autónoma y espontánea, y fue un acuerdo de voluntades en el cual no estuvo involucrada, por el contrario, fue ajena a ello, por ende, no debe cargar con la responsabilidad de lo pretendido por la demandante, asumiendo el pago de las prestaciones que genere la declaratoria de ineficacia del acto.

Indicó que es necesario tener en cuenta que, cuando el trabajador asalariado o independiente -al momento de afiliarse al sistema de pensiones- puede escoger el régimen al cual quiere pertenecer, pero luego tiene la opción de cambiarse y señaló que, conforme al art. 13 de la Ley 100 de 1993, las personas pueden escoger entre uno y otro régimen dentro del límite de edad establecido por la Ley y en el que se encuentra inmersa el demandante, por lo que estaría inmerso en la prohibición legal para trasladarse de régimen.

Además, resaltó que con esta condena se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cubrir mesadas pensionales futuras y su ajuste periódico. Agregando que, las personas que por su libre voluntad decidieron trasladarse al RAIS pretendan retornar al RPM, poniendo en peligro la sostenibilidad financiera de las personas que han permanecido en este régimen.

Recalcó que su prohijada actuó sin temeridad y no tuvo participación, por lo que solicitó la absolución de las condenas en costas y la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación en contra de la decisión proferida y solicitó su revocatoria, argumentando que la afiliación surtida por el demandante a PORVENIR, contó con una asesoría en su momento, insistiendo que, para la época del traslado, no se exigía a las AFP obligaciones de hacer proyecciones, simplemente informar a las personas cómo operaba el RAIS en comparación con el RPM.

Indicó que la mesada pensional se encuentra ajustada a derecho y a los parámetros de la Ley 100 de 1993, y agregó que el demandante tuvo tiempo de retornar al RPM.

Manifestó que, de prosperar la sentencia, no es de su recibo que se le condene a la devolución de gastos de administración toda vez que éstos -según lo dispone el Inc. 2 del art. 20 ibidem- en el RPM también se dispone un 3% de la cotización para financiar pensiones de invalidez y sobreviviente.

Posteriormente mencionó lo precisado por la Superfinanciera en concepto del 17 de enero de 2020, que indica que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, y tampoco la comisión de administración.

Aunado a ello, con la orden de devolver estas sumas, se genera un enriquecimiento ilícito a favor de COLPENSIONES en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución y citó para ello el art. 13 de la Ley 100 de 1993, en el que se mencionan cuáles son los dineros que se deben devolver. Asimismo, indicó que ordenar que se transfiera los gastos de administración, es tanto como solicitarle a una aseguradora que, en razón a que no se generó el riesgo amparado, reintegre el valor de la póliza.

En consecuencia, no procede esta condena, ya que al ordenarla debe ordenarse a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados mes a mes en su cuenta de ahorro individual, así como lo refleja la historia laboral, pues así lo manifiesta el art. 1746 del Código de Comercio.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, alegaron de conclusión reiterando lo esbozado en sus recursos de alzada y solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

Así mismo, la parte demandante alegó de conclusión, reiterando lo expuesto en el trámite de primera instancia y en su recurso de apelación.

Sea oportuno, tener aquí, a la abogada titulada e inscrita LORENA PATRICIA MACHADO PETRO, identificada con la CC N° 30.687.004 y portadora de la T.P. N° 174.850 del CSJ; como apoderada sustituta de la accionada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del correspondiente mandato.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, entidad de la que a voces del artículo 69 del CPT y SS, la Nación es garante.

2. Problema jurídico a resolver

Incumbe a la Sala dilucidar: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia; **iii)** Analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción; **iv)** si la devolución de los aportes por PORVENIR S.A., deben realizarse con la equivalencia de ahorro exigida en caso de que la actora hubiese mantenido dichos aportes en el RPM; y **v)** la condena en costas.

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, 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, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde 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.

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

Aterrizando en el sub examine, encontramos que el demandante manifestó que al en el momento del traslado de régimen no se le suministró información documentada sobre: las consecuencias negativas de dejar el RPM; el monto del capital que tendría que reunir; las variables que influyen en la liquidación de su mesada pensional; y, la proyección del valor de la primea mesada pensional por vejez que recibiría en cada régimen.

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

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

Frente al tema de la voluntad y determinación del actor para trasladarse, cabe resaltar que el mismo no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado "voluntad de selección y

afiliación", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar al actor por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, la jurisprudencia, contrario a lo argüido por la apoderada judicial de Porvenir S.A., ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

Sea este también el momento oportuno para pronunciarse la Sala con respecto a la inconformidad planteada por el apoderado judicial de la parte demandante, referente a que la devolución de los aportes por PORVENIR S.A., deben realizarse con la equivalencia de ahorro exigida en caso de que la actora hubiese mantenido dichos aportes en el RPM, sobre el particular ha de indicarse que tal y como se advirtió en precedencia, las consecuencias de la nulidad del traslado de régimen son las ya expuestas, consecuencias estas que han sido definidas en muchedumbre de sentencias tales como las citadas entre muchas otras, por lo que solo se accederá a las ya determinadas.

Ahora bien, conforme a lo anterior, se tiene que todas las consecuencias fueron impuestas en la sentencia de primera instancia, por lo que no habrá lugar a modificaciones en tal sentido.

Así mismo, advierte la Colegiatura que no le asiste razón a la apoderada de PORVENIR S.A., cuando reclama que debe el demandante restituírle a su representada, los frutos financieros de que trata el art. 1746 del Código Civil, referido a las restituciones mutuas, pues estos frutos no son del fondo, sino que son precisamente rendimientos de los aportes que en su cuenta tiene el afiliado.

Al particular en la sentencia SL2877-2020 la Sala de Casación Laboral, indicó:

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

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

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde 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"

Y posteriormente explicó:

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

obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio”.

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

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

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó el actor.

IV) Condena en costas

Finalmente, en cuanto a esta erogación, considera la Sala que dicha condena es procedente a la luz del numeral 8 del artículo 366 del CGP, pues las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda y, además, formularon medios exceptivos que no les prosperaron resultando vencidas en la primera instancia.

VI. DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el **No. 23-001-31-05-001-2020-00140-01 Folio 459-21**, promovido por el Sr. **ERNESTO ROSENDO ARIZA VIVERO** contra **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica a la Dra. LORENA PATRICIA MACHADO PETRO, como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULLIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado

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



SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado Sustanciador

EXPEDIENTE No. 23 001 31 05 005 2021 00240 01 Folio 476-21
Aprobado por Acta No. 39

Montería, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala en aplicación del Decreto 806 de 2020, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y en igual sentido, el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **RAQUEL MARIA COGOLLO DURANDO** contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. La señora RAQUEL MARIA COGOLLO DURANDO, instauró demanda en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., a fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado realizado el día 20 de noviembre de 1995 al Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A.

En consecuencia, solicita se ordene al fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A., que proceda a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado por la actora RAQUEL COGOLLO DURNAGO en su cuenta de ahorro individual junto con su rendimiento financiero.

Asimismo, que se ordene a COLPENSIONES que proceda aceptar el traslado de la actora y en igual sentido a recibir por parte de COLFONDOS, la totalidad de los ahorros hechos en su cuenta de ahorros individual junto con su rendimiento financiero.

De igual modo, solicita que se condene ultra y extrapetita a las entidades demandadas.

Por lo último pidió que, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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

- Narra la accionante que nació el 1 de enero de 1960.
- Indica que, mediante Decreto No. 878 de fecha de 18 de agosto de 1980 fue nombrada como funcionaria pública del Departamento de Córdoba – Secretaria de Educación Departamental, tomando posesión del cargo el día 19 de noviembre de 1980.
- Alega la actora que, estuvo afiliada en el régimen de prima media con prestación definida en la Caja de Previsión Departamental de Córdoba hasta el día 20 de noviembre de 1995.
- Manifiesta que el 20 de noviembre de 1995, bajo una actividad engañosa por parte de COLFONDOS S.A., se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Aduce que dicha conducta engañosa consistió en no darle información acerca de las repercusiones que tendría al cambiarse de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Arguye que, mediante solicitud bajo Radicado No. 2019-7595989 de fecha de 7 de junio de 2019, solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, el cual fue rechazado por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.
- Expone que en su historia laboral se tiene que acredita, 1.204.29 semanas cotizadas y un ahorro en su cuenta individual por la suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES TRECIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$87.339.988) capital que no es suficiente para acceder a la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – **COLPENSIONES**, indicó frente a los hechos que algunos son ciertos, otros no lo son y otros no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones, por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes.

Como excepciones de fondo las que denominó *"INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSION DE VEJEZ; NO TENER LA CONDICION DE AFILIADA DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE REGIMEN; BUENA FE; PRESCRIPCION e INOMINADA O GENERICA"*.

En igual sentido, **COLFONDOS S.A.** manifestó que algunos hechos son ciertos y otros no le constan, no se opuso a las pretensiones propuestas por la demandante y al no haber oposición, no presentó excepciones.

II. FALLO APELADO Y CONSULTADO

En sentencia proferida el 14 de diciembre de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar no probadas las excepciones de mérito, propuestas por la demandada COLPENSIONES.

Declaró la ineficacia del acto de traslado efectuado por la señora RAQUEL MARIA COGOLLO DURANGO, del Régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por la extinta CAJA DE PREVISION DEPARTAMENTAL DE CORDOBA hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP COLFONDOS S.A, con efectividad el 20 de noviembre de 1995, como consecuencia de ello, indicó que se entiende que la señora RAQUEL MARIA COGOLLO DURANGO siempre estuvo y se mantiene vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que ahora administra COLPENSIONES.

CONDENÒ a COLFONDOS S.A., a devolver, trasladar y/o integrar todos los valores que hubiere recibido y que tenga con motivo de la afiliación de la actora RAQUEL MARIA COGOLLO DURANGO, a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, tales como: cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere con todos sus frutos e intereses, los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración, porcentaje destinado a construir el fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Asimismo, deberá devolver la información relacionada con la conformación de su historia laboral a COLPENSIONES y determinar cuándo realice dicho traslado, el monto que corresponde a cada uno de estos rubros.

Ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante RAQUEL MARIA COGOLLO DURANGO, como afiliada, y a darle validez a todos los aportes pensionales que reciba por parte de COLFONDOS S.A, con los rendimientos financieros generados y todos los demás emolumentos que el despacho mencionó, también determinó que deberá darle la validez necesaria para que esta logre beneficiarse de las prestaciones

pensionales que se originen en dicho régimen pensional y autorizó a COLPENSIONES para que reclame vía judicial o administrativa tales aportes ante COLFONDOS S.A.

Por último, condenó en costas a COLPENSIONES.

En sustento de su decisión, el juez de conocimiento narró que los hechos plasmados en la demanda no son cuestionados, pues la señora RAQUEL con la prueba documental (cetil) allegada por parte de la Gobernación de Córdoba se corrobora que se encontraba afiliada a la Caja Departamental de Córdoba, además, fue reconocido por COLFONDOS S.A que no se brindó información clara y precisa respecto a su traslado de régimen.

Explicó que con expedición de la Ley 100 de 1993, se unificaron los regímenes pensionales y se establecieron dos grandes sistemas que coexisten, pero son excluyentes: el RPMPD y el RAIS administrado por las AFP privadas, facultando a las personas para escoger en forma libre y voluntaria el régimen al cual pertenecerían, tal como lo consagró en el art. 13, en el que se estableció que esa libertad debía ser informada.

Asimismo, explicó que se establecieron sanciones y multas para quienes desconozcan este principio, aclarando que esa libertad en la escogencia por parte del afiliado debe estar precedida por el suministro de la información de las características, condiciones, requisitos mínimos para pensionarse, ventajas y desventajas de cada régimen y, solo así, puede pregonarse la libre elección.

Lo anterior implica una inversión de la carga de la prueba que se encuentra en cabeza de las AFP, al deber demostrar que cumplieron con las obligaciones y deberes que les impone la Ley, empero, en el caso bajo estudio se configura una orfandad probatoria que conlleva a concluir que al afiliado no se le brindó esa información, lo que no se sana con la sola suscripción del formato de afiliación.

Posteriormente citó las normas que regulan este asunto, así como lo sentado por la reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el tema objeto de debate.

Acto seguido procedió a explicar las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado frente a cada una de las accionadas, y los medios exceptivos propuestos por las mismas, declarándolos no probados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación alegando que, en el curso del proceso se logró establecer que en el acto de afiliación y traslado de la demandante, COLPENSIONES no intervino en ningún momento, no promovió y no participó en el mismo, de manera que no debe ser la llamada a soportar las consecuencias jurídicas derivadas del negocio jurídico celebrado entre las partes, indica que en los términos del art 13 de la ley 100 de 1993, la selección de la administradora, como la de régimen, compete única y exclusivamente al afiliado,

circunstancia que la lleva a concluir que es la voluntad de este la que determina el régimen al que desea pertenecer.

Manifiesta que, el consentimiento de la señora RAQUEL COGOLLO, se produjo de una manera voluntaria y libre, siendo la única manera de desvirtuar esta regla la existencia de alguna fuerza que pudiera viciar su consentimiento la cual no se demostró, por lo que considera que el traslado efectuado por la señora RAQUEL al RAIS, gozó de plena validez siendo la afiliada consiente del acto y las consecuencias del mismo, tal como lo ratifica el hecho de haber permanecido afiliada todo este tiempo a la AFP de su elección y no haber mostrado con anterioridad a este litigio inconformidad alguna con las condiciones ofrecidas por el fondo de su elección, sino que lo hace hasta la fecha, cuando le es prohibido, pues se encuentra próxima a adquirir el estatus de pensionada.

Además, indica que no debe dejarse de lado las sentencias de la Corte Constitucional en materia de traslado como lo es la C-1024 de 2004, donde manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago de las otras mesadas y el reajuste periódico de las mismas.

Igualmente, considera que la parte demandante debe encontrarse a gusto con su elección, ya que tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de retracto, sin embargo, nunca lo ejerció, guardó silencio respecto a las condiciones que le fueron ofrecidas por la administradora.

Finalmente solicita que se absuelva a COLPENSIONES de la condena en costas, teniendo en cuenta que fue ajena al acto de traslado objeto de controversia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término correspondiente, el apoderado de la parte demandante alegó de conclusión, solicitando que se confirme en todas sus partes la sentencia apelada.

Por su parte, la apodera judicial de COLPENSIONES, reiteró lo expuesto en el recurso de alzada, dejando sentados sus alegatos, en busca de que se revoque la sentencia de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales de eficacia y validez están presentes, por lo que corresponde a este Colegiado resolver de fondo la segunda instancia, es decir, el recurso de apelación incoado por el apoderado judicial demandante.

2. Problema jurídico a resolver

Incumbe a la Sala dilucidar: **i)** Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida; de ser así. **ii)** Determinar las consecuencias de esa ineficacia, **iii)** Analizar si prospera o no la excepción de prescripción; y **iv)** la condena en costas.

I) Si hay lugar a que se decrete la ineficacia del traslado pretendida.

Principíese por advertir que como fundamento legal para esclarecer este punto, se tiene la ley 100 de 1993, que implementó el Sistema General de Pensiones, el cual desde sus inicios pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, 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, estas 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 libremente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte, en fallo de 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

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

De igual manera, la Sala de Casación Laboral, se pronunció sobre el tema más recientemente en sentencias STL 59356-2020 y SL1689-2019, esta última con Radicado N° 65791, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde 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.

No obstante, PORVENIR S.A. no logró demostrar –como le correspondía– que suministró al demandante una información de tales características, porque, aun cuando en la contestación de la demanda afirmó que proporcionó una exhaustiva capacitación a sus asesores a fin de garantizar una orientación profesional a sus afiliados, el medio de

convicción en que soportó su defensa fue el formulario de afiliación visible a folio 128, pues conforme su dicho, la imposición de la firma de Zúñiga Pino «deja constancia expresa en el sentido de su decisión de vincularse a PORVENIR S.A. de manera totalmente libre, voluntaria y espontánea.»

Descendiendo al sub iudice, encontramos que la demandada no se opuso a las pretensiones ni presentó excepciones razón por la cual se aduce que al momento de efectuar el traslado, COLFONDOS S.A nunca le brindó información acerca de las desventajas que le acarrearía afiliarse a ese régimen pensional y no al RPMPD; tampoco le advirtieron que, para lograr pensionarse en dicho régimen, debía acumular un capital suficiente para cubrir la prestación de vejez; ni le aclararon que en el RAIS no figura la aplicación de semanas cotizadas para el logro de la pensión, como si lo es en el RPMPD.

Acorde a lo anterior, es claro que las Administradoras de Pensiones estaban en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa al potencial afiliado, es decir, aquella en donde se le indicó, no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fue acreditado que las AFP hayan cumplido con su deber de información en los términos reseñados

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

Frente al tema de la voluntad y determinación de la actora para trasladarse, cabe resaltar que la misma no desconoce haberlo realizado, sino que se duele de la falta de información veraz, completa y precisa ante a las consecuencias que podría traer ese traslado, bien positivas o negativas, pues la suscripción de un formato de vinculación, que, incluso contiene un acápite denominado "*voluntad de selección y afiliación*", no exime de responsabilidad a las AFP de brindar la aludida información y tampoco constituye prueba de que efectivamente se haya suministrado, asimismo, haciendo uso del argumento antes planteado sobre que la actora no recibió una información veraz, completa y precisa, tampoco se le puede imponer que debía hacer uso de la voluntad de retracto enmarcada en el decreto 1161 de 1994.

De otra latitud, debe advertirse que si bien es cierto COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el acto de traslado, también lo es que la afiliación al sistema

pensional es de carácter obligatoria y, no pueden pretender los fondos de pensiones soslayarse de su obligación y dejar al actor por fuera del sistema, máxime cuando es ella la encargada de la administración del RPM. Tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dichos traslados, tenga que mediar la voluntad de COLPENSIONES.

II) Consecuencias de la ineficacia del traslado

Frente a este tema, la jurisprudencia 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.**

En tal discurrir, encuentra la Sala justificación en la jurisprudencia para ordenar también la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, incluso, sin aplicársele la prescripción alegada, pues, se itera, esta es una de las consecuencias de la nulidad de traslado de régimen y de que se tenga como si nunca hubiese existido dicho traslado, debiéndose relieves que el precedente citado resulta de obligatorio cumplimiento, pues propende por la salvaguardia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, así como contribuir a la garantía de la seguridad jurídica.

III) Prescripción

En cuanto a la aplicabilidad de la excepción de prescripción en los procesos de ineficacia de traslado de régimen, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019, con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde 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”.

Y posteriormente explicó:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio".

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

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

Expuesto lo precedente, es viable, como lo señaló el a-quo, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que en otrora realizó el actor.

IV) Condena en costas

Finalmente, en cuanto a la solicitud de la apoderada judicial de COLPENSIONES, solicita que no se le condene en costas por no tener injerencia en la decisión del acto de traslado de la actora, solicitud que no sale avante debido a que la Administradora Colombiana de Pensiones contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones e interponiendo excepciones, conforme al artículo 365 numeral 1º la decisión de condena en costas frente a COLPENSIONES se mantiene incólume.

En consecuencia, procede esta Colegiatura a confirmar el proveído de primer grado.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA –**

LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral, radicado bajo el No. **23 001 31 05 005 2021 00240 01**, Folio **476-22**, promovido por **RAQUEL MARIA COGOLLO DURANGO** contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 385-2021

Radicación n° 23-417-31-03-001-2019-00292-01

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 22 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Lórica, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ISRAEL LOPEZ MUÑOZ contra JAVIER DAZA BUENO.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Se pide se declare la existencia del contrato de trabajo a término fijo entre ISRAEL LÓPEZ MUÑOZ y JAVIER DAZA BUENO, que cobró vigencia desde el 13 de octubre de 1986 hasta el 31 de octubre de 2019, y, en consecuencia, se condene al demandado a pagar al demandante, las prestaciones sociales, indemnizaciones, pensión sanción y demás rubros laborales y sociales especificados en el libelo genitor.

1.2. Como fundamentos de hecho, en resumen, se aduce que el actor fue laboró para el demandado, como cuidandero de la cabaña Pompeya, labor que realizó durante los extremos temporales arriba señalados, y aquél no le pagó las prestaciones, indemnizaciones y demás rubros laborales reclamados con la demanda.

2. Contestación de la demanda y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, el demandado se opuso a las pretensiones de la misma y formuló las excepciones de fondo que denominó: *Falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, ausencia de causa para solicitar obligaciones dinerarias, pago total de la obligaciones laborales por su terminación voluntaria y espontánea por iniciativa insistida del trabajador ISAREL LOPÉZ MUÑOZ a partir del día 30 de junio del año Dos Mil (2.000); prescripción de la acción laboral y transacción.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS se realizaron de forma conjunta; y, en la última, se practicaron los interrogatorios a ambas partes y se recibieron los testimonios de ARCILA MARTINEZ BOLIVAR, SANTANDER BITAR TORRES y REYES AVILA BRAVO, solicitados por la parte demandante.

III. LA SENTENCIA APELADA

Accedió parcialmente a las pretensiones de la de demanda, al estimar probada sólo de forma parcial las excepciones de prescripción y pago, más no las otras, y, además, consideró que el vínculo laboral con los extremos temporales indicados en la demanda, fue acreditado con las pruebas practicadas. En consecuencia, condenó al demandado a pagar al demandante, cesantías, intereses de éstas, prima de servicios, vacaciones, indemnizaciones por despido injusto y moratoria del artículo 65 del CST, y la pensión del artículo 133 de la Ley 100 de 1990, a partir de que el actor cumpla 60 años de edad, para lo cual dispuso que pagara a COLPENSIONES cálculo actuarial que garantice el pago de dicha pensión.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandado actuando en causa propia apela la sentencia, insistiendo en la falta de legitimación en la causa, porque los

servicios prestados por el demandante no tipifican un contrato de trabajo, sino servicios laborales independientes, según da cuenta el documento contractual atípico adjuntado con la contestación de la demanda.

V. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN

El demandado, en sus alegaciones de conclusión, aduce, en síntesis, que hasta el 30 de junio de 2.000 el demandante fue cuidandero o mayordomo, y, a partir de esa data, pasó a una relación de prestación de servicios laborales independientes, según documento suscrito por las partes ante notario y en el cual el actor renunció a cualquier acción ordinaria laboral.

A su turno, el apoderado del demandante no presentó de forma oportuna sus alegaciones, sino después de vencido el término para ello.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual se procede a desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas por el apelante corresponde a la Sala dilucidar: *si se acreditó que la relación jurídica entre las partes fue la de un contrato de trabajo.*

Para esclarecer los anteriores cuestionamientos, resulta pertinente puntualizar previamente las cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo.

3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo

Al trabajador demandante le incumbe probar la prestación personal del servicio, y con ello, se presumen los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la remuneración, y en tal evento, le correspondería al demandado desvirtuar la subordinación (**Vid. Art. 24 CST y Sentencias SL10546, 6 ag. 2014, rad. 41839, SL, 24 abr. 2012, rad. 39600 y SL, 5 ag. 2009, rad. 36549**).

4. Acreditación del vínculo laboral entre las partes y sus extremos temporales

4.1. Aspira el demandado con su apelación que se tenga el vínculo entre él y el demandante, a partir del 30 de junio de 2.000, no estructurante de contrato de trabajo, sino otro que denomina de prestación de servicios laborales independientes, para lo cual se apoya en el documento que adjuntó con la contestación de la demanda que tiene como epígrafe: «*documento contractual atípico*».

4.2. Al respecto, ha de señalarse que, con la prueba testimonial recaudada (testigos ARCILA MARTINEZ BOLIVAR, SANTANDER BITAR TORRES y REYES AVILA BRAVO), se acreditó que el actor prestó sus servicios personales al demandante en tiempo que abarca los extremos temporales reconocidos por el A quo. Incluso, el demandado en últimas no infirma que el actor le haya prestado los servicios personales, sino que califica tales servicios como laborales independientes.

De lo anterior surge diáfananamente la activación de la presunción de contrato de trabajo, al tenor del artículo 24 del CSTT y de la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral, según las sentencias arriba citadas.

Por consiguiente, ha de indagarse si la parte demandada logró desvirtuar dicha presunción.

4.3. 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, que tiene como epígrafe «*documento contractual atípico*» y los interrogatorios de ambas partes, en tanto que, la prueba testimonial, como se dijo, lo que hace inferir es la activación de la presunción del contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST.

4.3.1. En cuanto al aludido contrato suscrito por las partes, según el cual la relación laboral terminó el 30 de junio de 2.000 y, desde esta data, pasó el actor de ser cuidandero o mayordomo permanente de la cabaña Pompeya, a continuar en dicha cabaña en condición de comodatario, no es dable reconocerle la fuerza 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 de prestación de

servicios no regidos por las normas de trabajo, **sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente**". Se destaca.

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”.

4.3.2. En lo referente al interrogatorio de parte al demandado, 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 demandado tendientes a acreditar el carácter independiente de la prestación de los servicios personales de la actora, tampoco tienen la eficacia probatoria de derruir la presunción de contrato de trabajo.

4.3.3. Y, en cuanto al dicho de parte de la demandante, vertido en el interrogatorio de parte, ninguna confesión hizo.

4.4. Puestas así las cosas, no se avizora prueba alguna que desvirtúe la presunción de contrato de trabajo del artículo 24 del CST, porque, recuérdese, la sola exhibición de un contrato cuya literalidad señale uno distinto al laboral, no tiene la fuerza probatoria de derruir dicha presunción, según lo ha establecido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional (Vid. C-665 de 1998), como de la Corte Suprema de Justicia SL3795-2020, SL, 17 abr. 2013, rad. 39259 y SL21923-2017.

4.5. Resta por decir que, la consignación en los contratos que se acusan de encubrir la realidad del contrato laboral, de que el prestador del servicio renuncia a cualquier acción judicial encaminada a desvirtuar dicho contrato, no es de recibo, ya que resulta ser una estipulación ineficaz, porque de por medio están derechos mínimos que son irrenunciables (Vid. CP, art. 53; y, CST, arts. 13 y 14).

4.6. Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación, lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia inicial.

5. Costas

Dado que no hubo réplica oportuna al recurso de apelación, no se impondrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365-8°).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 385-2021	1
Radicación n° 23-417-31-03-001-2019-00292-01.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES.....	1
1. La demanda.....	1
2. Contestación de la demanda y trámite.....	2
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	3
V. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales.....	4
2. Problema jurídico.....	5
3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo	5
4. Acreditación del vínculo laboral entre las partes y sus extremos temporales	6
5. Costas.....	10
VII. DECISIÓN.....	10
RESUELVE:.....	10
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	11
MARCO TULIO BORJA PARADAS	11

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 386-2021

Radicado n°. 23-466-31-89-001-2020-00049-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuesto por ambas partes en contra de la sentencia de 20 de octubre de 2.021, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EVER DE JESUS OÑORO CONSUEGRA contra CERRO MATOSO S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Se pide que se declare la existencia entre el demandante en calidad de trabajador, y la demandada, en calidad de empleadora, de un contrato de trabajo a término indefinido que cobró vigencia desde el 3 de febrero de 1992 hasta el día 10 de agosto de 2017, el cual fue dado por terminado unilateralmente sin justa causa por la empleadora el 8 de agosto de 2016, cuando el demandante gozaba de fuero circunstancial, y, en consecuencia, se condene a la segunda, a pagar al primero, los beneficios previstos en los artículos 41, 42 y 43 de la CCT 2016 – 2018, suscrita por la demandada y SINTRACERROMATOSO, y la indexación.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda, y notificada en debida forma, la demandada, salvo en la atinente a la existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales, se opuso a las demás pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: *Inexistencia de la obligación, cumplimiento de la obligación convencional, inoponibilidad del dictamen de pérdida de capacidad laboral, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última se practicó el interrogatorio de parte al demandante y se recibieron los testimonios de EDER BLANCO BOHÓRQUEZ y JORGE GALVIS HERNÁNDEZ, solicitados por la parte actora; y, los de EZEQUIEL HERNÁNDEZ SOTO y SANDRA FLOREZ SIMANCA, pedidos por la parte demandada.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, se condenó a la demandada a pagar al demandante, con indexación, los beneficios de los artículos 41 y 42 de la CCT 2016 – 2018, suscrita por la demandada y SINTRACERROMATOSO, y negó el beneficio del artículo 43 ibídem.

En sustento de lo anterior, señaló que el actor tenía derecho al beneficio de compensación por pensión (art. 41), porque laboró por más de 25 años y la justa causa por la que fue despedido no concierne a delito alguno; y, que también le asistía el derecho al beneficio del seguro de incapacidad (art. 42), porque, con el dictamen pericial de la JRCI de Bolívar, sufre una pérdida de capacidad laboral cuya fecha de estructuración está comprendida en la época de vigencia del contrato de trabajo, y, el hecho que la demandada no haya sido parte en el trámite de la calificación de

la aludida PCL, bien puedo controvertir el experticio en el presente proceso.

Negó el beneficio relativo a la antigüedad (art. 43), porque el actor fue despedido por justa causa y, además, fue pagado por la demandada.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de la parte demandante

Mostró inconformidad por no habersele reconocido el beneficio convencional del artículo 43, arguyendo que, si bien recibió el actor un pago por dicho beneficio, él siguió laborando, por lo que, entonces, se debe reliquidar esa prestación, a lo que agrega la sola afirmación de que reúne los requisitos de la norma convencional.

3. Apelación de la demandada

Protestó por todas las condenas impartidas en su contra. En apretada síntesis, aduce que no es al juez, sino a las partes, a quien le incumbe la interpretación de las normas convencionales; que, en el caso, se acreditó el tratamiento histórico que las partes han dado a los artículos de la CCT que consagra los beneficios

materia de la Litis, y, en ese sentido, concluye, que, en cuanto al beneficio del artículo 41, el demandante no tiene derecho, porque la terminación de su contrato de trabajo no fue a causa del reconocimiento de una pensión de jubilación o de invalidez, amén de que fue despedido con justa causa.

En lo atinente al beneficio del artículo 42, seguro de vida e incapacidad, tampoco le asiste el derecho al demandante, porque fue despedido con justa causa y, además, el dictamen pericial de la JRCI de Bolívar aportado con la demanda, le es inoponible a la empresa demandada, porque se produjo sin su participación, lo que no es de recibo a la luz del numeral 6, literal f) del artículo 24 de la CCT 2016 – 2018.

También mostró inconformidad con la indexación, afirmando que las normas convencionales no prevén ésta y la demandada ha actuado de buena fe.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo alegó el vocero judicial de la parte demandante, insistiendo en el derecho que tiene al beneficio convencional del artículo 41 de la CCT, para lo cual reitera lo que ha sostenido en la primera instancia, es decir, la aplicación del principio de favorabilidad, la falta de prueba de la justa causa del despido y, en todo caso, la que hace perder dicho beneficio es la justa causa

que consiste en un delito cometido en las instalaciones de la empresa o relacionado con el trabajo.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los de eficacia y validez están presentes, tampoco han sido discutidos por las partes, por ende, corresponde desatar de fondo la segunda instancia.

2. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en la sustentación de las apelaciones, le corresponde a la Sala dilucidar: *(i) si procede el reconocimiento al demandante de los beneficios previstos en los artículos 41, 42 y 43 de la CCT 2016 – 2018, suscrita por la demandada y SINTRACERROMATOSO (en adelante CCT), que, en su orden, son: bono por compensación pensión, seguro de incapacidad y reconocimiento a la antigüedad; y, (ii)*

Antes de dar respuesta al anterior interrogante, resulta pertinente puntualizar las pautas que se imponen en la interpretación de las convenciones colectivas.

3. Las pautas que se imponen para la interpretación de las convenciones colectivas de trabajo

3.1. El vocero de la parte demandante hace énfasis en que, al juez no le es dable desatender el tenor literal de las cláusulas convencionales (Vid. Sentencias CSJ SL2845-2021 y SL2668-2021); y, en la preferencia de la interpretación más favorable para el trabajador (Vid. Sentencias CC SU027-2021 y SU267-2019).

3.2. A su turno, la apoderada de la demandada alude a que, no sólo ha de atenderse el tenor literal de la convención, sino su espíritu y, sobretodo, el tratamiento que históricamente le han dado las partes, y, por el contrario, al juez no le incumbe interpretar dicho instrumento si las partes lo han hecho. En su sustento, invoca la sentencia SL304-2020.

3.3. Pues bien; la convención colectiva tiene doble naturaleza: es un acto jurídico de formación bilateral y es fuente formal de derecho. Por tanto, en su interpretación, resultan relevantes las pautas de hermenéutica contractual y las de las normas jurídicas laborales y, por ende, el principio de favorabilidad al trabajador frente a interpretaciones sólidas disímiles (Vid. Sentencias SL131-2022, SL5077-2021, SL3843-2021, SL1886-2020 y SL5190-2021). La divergencia al respecto entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, ha

sido superada y así lo ha dicho la última, por ejemplo, en sus sentencias SL131-2022 y SL1240-2019.

3.3.1. En la sentencia SL304-2020 de la Sala de Descongestión N° 1 (la cual invoca la parte demandada), se afirma que, ante interpretaciones razonables distintas, a la Corte, como tribunal de casación, le corresponde respetar la autonomía del juez, pues, en tal hipótesis, un eventual error no sería manifiesto, el cual es el que puede fundar un cargo de casación por la vía indirecta. Sin embargo, este criterio, como se dijo, fue rectificado por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, y, dicha rectificación, la reiteró con total claridad en la sentencia SL1240-2019, paradójicamente citada por aquella Sala de Descongestión.

3.3.2. En efecto, en la aludida sentencia SL1240-2019, la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia discurrió:

“Significa lo anterior, que esta Corporación no ha sido ajena a la problemática advertida por la Corte Constitucional en la sentencia CC SU-113-2018, por lo que, se itera, **recientemente morigeró su doctrina**, entendiendo la CCT como una prueba, cuya valoración es acusable por la vía indirecta, pero que por tener contenido imperativo debe ser examinada **en atención a los criterios de hermenéutica contractual y legal**.

(...).

“Desde ya, es importante precisar, que a pesar de que la Corte ha admitido como razonables, decisiones judiciales en las que el Juez de segundo grado ha acogido la postura interpretativa de la convención colectiva, que propone la recurrente, así como otras, contrapuestas, que acogen la que aquí se recurre, lo ha hecho con base en las reglas que regulan la vía indirecta en casación, fundadas, principalmente, en el principio de libre apreciación de la prueba del artículo 61 del CPTSS, en virtud de las cuales, solo es posible casar el fallo cuando se acrediten yerros de hecho derivados de la errónea o falta de valoración de la prueba calificada, **marco conceptual que fue flexibilizado recientemente por la Corporación**, en el entendido de que la CCT *«adquiere una doble dimensión en casación: es una prueba y es fuente de derecho objetivo»*, según lo indicó en la sentencia CSJ SL12871-2018”.

3.4. Así que, aun para la Corte, como tribunal de casación, le es imperioso establecer cuál es la interpretación que se impone de un texto convencional, no limitándose a respetar la que razonablemente hayan seleccionado los jueces de instancia. Con mayor razón, eso mismo le corresponde al juez de apelación, quien no está atado a las técnicas, límites y fines de la casación, y, para tal efecto, ha de tenerse en cuenta la hermenéutica contractual y legal, siendo, por tanto, relevante el principio de favorabilidad, pero también la verdadera intención o voluntad de las partes, más que el tenor literal de las cláusulas, y, en ese laborío encaminado a detectar la real voluntad de las partes, resulta de especial importancia la regla legal la establecida en el

inciso 2° del artículo 1622 del CC, esto es, ***la aplicación práctica que hicieron las partes a las cláusulas del contrato.***

3.4.1. Sobre el particular, la Honorable Sala de Casación Civil de la Corte, en sentencias SC5250-2021, SC002-2021, SC6315-2017 y SC5851-2014, reiteró, entre otros fundamentos, lo siguiente de la sentencia SC, 28 feb. 2005, Exp 7504:

“el criterio basilar en esta materia –más no el único, útil es memorarlo- es, pues, el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual, ‘conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’, en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, la prevista en el inciso final del artículo 1622 ib., a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán ‘por la aplicación práctica que hayan hecho ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra’.

‘Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborío hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima, ‘la letra mata, y el espíritu vivifica’”. Se destaca y se subraya.

3.4.2. A su turno, la Sala de Casación Laboral también ha destacado la importancia de la *aplicación práctica que hayan realizado las partes a las cláusulas contractuales, a fin determinar su real sentido y alcance* (Vid. Sentencias SL2854-2021, SL17205-2015 y SL, 3 oct. 2008, rad. 33745).

3.4.2.1. No obstante, en la sentencia SL17205-2015 hizo la salvedad que, la aplicación práctica del contrato por las partes no puede conllevar al desconocimiento de los derechos mínimos y principio de favorabilidad para el trabajador. Así lo sentó:

“Se precisa por la Sala que, en materia laboral, es procedente la aplicación práctica del convenio que constituye fuente formal de derecho para hacer su interpretación, siempre y cuando concuerde con la inteligencia más favorable, porque, de aplicarse para todos los casos, se estaría avalando que el empleador aplique a su antojo las cláusulas creadoras de derecho del trabajador y que, por el silencio de este, quien es la parte débil de la relación, se llegue a desmejorar sus derechos, en contravía del principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 constitucional”.

3.4.2.1. Empero, el anterior precedente podría resultar inconsistente con muchos otros de ese mismo órgano de cierre, de los que cabe inferir que, en tratándose de interpretación de convenciones colectivas, las que hagan las partes de éstas gozan de un plus (Vid. Sentencias SL1292-2020, SL2439-2020, SL4747-2019, SL3297-2019 y SL140-2019), y ello es así porque tales convenciones también fueron el fruto de la voluntad

colectiva de aquéllas. Sin embargo, esa interpretación consensuada tiene limitantes, porque a ella hay lugar si realmente las disímiles interpretaciones conciernen a lecturas aceptables del texto convencional, pues, recuérdese, las desmejoras de los derechos convencionales no son posibles a través de acuerdos extra convencionales, dado que la validez de éstos está condicionada a que su finalidad sea la aclaración (*vale decir: la interpretación*) de las disposiciones convencionales, o la maximización de los derechos (Vid. Sentencias SL177-2022, SL5552-2021, SL5265-2021, SL2721-2020 y SL3974-2021, entre muchas otras).

3.4.2.2. Ese mayor valor de la interpretación que hacen las mismas partes de la convención, claro está, con las limitantes antes señaladas, tiene respaldo en la Recomendación n.º 091 de 1951 de la OIT, y así lo ha reconocido la Sala de Casación Laboral (Vid. Sentencias SL1292-2020, SL2439-2020, SL4747-2019, SL3297-2019 y SL1240-2019). Por ejemplo, en la SL1240-2019, expresó:

“Además, según la teleología de tales convenios y los límites que las normas internacionales han impuesto a los Estados frente al derecho de negociación colectiva, generatriz del mismo, son los empleadores y trabajadores quienes están llamados a definir los términos de los derechos que acuerden, así como solucionar, en primera instancia, las diferencias que resulten de la interpretación del convenio,

atendido su carácter imperativo y oponible, que se extiende no solo a los firmantes sino a las personas en cuyo nombre actúan”.

3.5. Entonces, la conclusión a la que se llega y la que orientará la resolución de las apelaciones, es la de que, la interpretación de las convenciones colectivas está sujeta a las pautas de la hermenéutica contractual y de las normas jurídicas laborales, por ende, ante interpretaciones sólidas disímiles, el principio de favorabilidad a los trabajadores es relevante, pero especial importancia cobra la interpretación acordada por las mismas partes de tales convenciones, siempre y cuando exista realmente un dilema interpretativo y no lecturas inaceptables que se traduzcan en una modificación del texto convencional perjudicial para la clase trabajadora.

4. El beneficio del artículo 41 de la CCT

4.1. El artículo 41 de la CCT, establece:

“ARTÍCULO 41º. BONO POR COMPENSACIÓN PENSIÓN

La Empresa concederá a sus trabajadores una vez reconocida su pensión de vejez, teniendo en cuenta su antigüedad y dentro del mes siguiente a su retiro, por una sola vez los siguientes valores:

- Para trabajadores con quince (15) años o más de antigüedad, doce (12) salarios promedio mensuales.

- Para trabajadores con veinte (20) años o más de antigüedad, quince (15) salarios promedio mensuales.
- Para trabajadores con veinticinco (25) años o más de antigüedad, dieciséis (16) salarios promedio mensuales.

En caso que un trabajador sea pensionado por invalidez por riesgo común o por causa de origen laboral, sea cualquiera el tiempo de servicio en la Empresa, se le pagará un bono de veinte salarios (20) promedio mensual.

PARÁGRAFO

A partir de la vigencia de la presente CCTV, la Empresa no pagará el bono por compensación pensión de manera anticipada a ningún trabajador. Los trabajadores que hayan recibido el bono por compensación pensión de manera anticipada antes de la firma del presente acuerdo, quedan excluidos del pago del presente bono sin derecho alguno a reclamar el pago nuevamente.

Los trabajadores que al momento de retirarse de la Empresa no alcancen a jubilarse, pero tengan más de quince (15) años de servicio en Cerro Matoso S.A, cualquiera que sea su edad, tendrán derecho al pago de este bono en las condiciones de la siguiente tabla:

- Para trabajadores con quince (15) años o más de antigüedad, CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO 2016-2018 69 doce (12) salarios promedio mensuales.
- Para trabajadores con veinte (20) años o más de antigüedad, quince (15) salarios promedio mensuales.

- Para trabajadores con veinticinco (25) años o más de antigüedad, dieciséis (16) salarios promedio mensuales.

El trabajador con antigüedad mayor de quince (15) años, únicamente perderá el derecho al bono por compensación pensión cuando su contrato de trabajo termine por una justa causa que constituya un delito en las instalaciones de la Empresa o que esté relacionado con el trabajo.

Cuando no se alcance a cumplir el quinquenio siguiente, el bono se pagará en forma proporcional.

El pago se realizará al momento de la liquidación definitiva del contrato de trabajo y no constituye salario para ningún efecto.

Cuando el trabajador fallezca este beneficio se le entregará al cónyuge, compañera(o) permanente o a quien el trabajador (a) designó”.

4.2. El A quo reconoció este beneficio convencional y la apoderada de la parte demandada protesta, arguyendo que, para tener derecho a ello, la terminación del contrato de trabajo debe tener como causa el reconocimiento al trabajador de la pensión de vejez o de invalidez, y, además, no debe tener origen en una justa causa de despido. Dice también la vocera del extremo pasivo, que esa interpretación es la que se impone, porque deviene del tratamiento histórico que las partes han dado a la estipulación convencional, de la ubicación de ese beneficio bajo

el título o epígrafe relativo a pensiones y del respeto al precedente, concretamente a la sentencia SL4552-2019.

4.3. Pues bien; la Sala no encuentra probada que la interpretación que defiende la parte demandada corresponda a la voluntad común o colectiva de las partes. Al respecto, del dicho de los testigos de la parte demandante, JORGE GALVIS HERNÁNDEZ y EDER BLANCO BOHÓRQUEZ (en su orden, miembro y ex miembro de la organización sindical), y los de la parte pasiva, SANDRA FLOREZ SIMANCA y EZEQUIEL HERNÁNDEZ SOTO (trabajadora y ex trabajador de la empresa, respectivamente), lo que surge, a lo sumo, es que la mentada interpretación es la que viene dando la empresa accionada, pero no que ello goce de la aprobación de la organización sindical SINTRACERROMATOSO. Así que, la pauta relativa a la aplicación práctica que *ambas* partes han dado al texto convencional, no se halla aquí probada.

4.4. En cuanto al precedente, esto es, a la sentencia SL4552-2019, se encuentra que esta tuvo que ver con la CCT 2011 – 2015, y, la de caso, es la de 2016 – 2018. Además, el argumento de que es un beneficio para los trabajadores que adquirieron el estatus de pensionados por vejez, no fue el argumento central o esencial de la decisión de no acceder al beneficio convencional, sino uno adicional o complementario, ya que el principal lo fue que el casacionista no solicitó al Tribunal de apelación, el pronunciamiento sobre ese derecho convencional.

4.4.1. Recuérdese que, en materia de respeto al precedente, lo vinculante no es todo lo que se diga en la parte motiva de las sentencias, sino la razón de la decisión, ello es así por aquello de la *virtud pasiva de la jurisdicción*, según la cual al órgano jurisdiccional sólo le es dable crear reglas o derecho a partir del caso, y, por consiguiente, son los argumentos estricta o indispensablemente necesarios para resolver el caso los que constituyen precedente, pues, de no ser así, se llegaría al extremo de que un órgano judicial podría aprovechar cualquier caso, para traer a cuento toda clase de argumentaciones e imponer la fuerza vinculante de las mismas, lo que vulneraría los principios democrático y separación de poderes.

Así, en la sentencia SU047 de 1999, reiterada en la SU215 de 2016, la Corte Constitucional señaló:

“Esta cualidad pasiva de la jurisdicción es esencial para preservar el principio democrático y la separación de poderes. Así, inevitablemente los jueces, al decidir casos, crean en ocasiones derecho, puesto que precisan el alcance de las reglas jurídicas existentes, o llenan vacíos y resuelven contradicciones del ordenamiento. Sin embargo, para que esa producción incidental e intersticial de derecho por parte de los jueces no sea riesgosa para la democracia, es necesario que ella ocurra exclusivamente en el ámbito de la resolución de casos, pues si se permite que ésta se desarrolle desvinculada de litigios judiciales concretos, entonces claramente la rama judicial invadiría las órbitas de actuación de los

otros órganos del Estado, y en particular del Legislador, en detrimento del principio democrático. Por ello, únicamente el principio general que sirvió de sustento directo para resolver el caso, esto es la *ratio decidendi*, puede aspirar a convertirse en precedente vinculante, mientras que las otras opiniones incidentales, al no estar inescindiblemente ligadas al asunto planteado al juez, a lo sumo tienen un valor pedagógico y persuasivo”.

4.4.2. Adicional a lo dicho, la mentada sentencia SL4552-2019 sólo hizo referencia al primer párrafo de la cláusula convencional, y a los incisos 2 a 5 conectados con dicho párrafo. Más no hay alusión al resto del contenido del artículo 43, que, por lo menos, en la CCT 2016 – 2018 (la relativa a este proceso), es bastante y es donde se establece el beneficio y sus cuantías para los trabajadores que no alcanzaron a jubilarse al momento de la retirarse de la empresa. Quizás, porque el contenido del referido artículo, a pesar de lo señalado por los testigos, sea diferente en la CCT 2011 – 2015, que fue a la que se refirió la susodicha sentencia, lo que no es posible aquí esclarecer, por no aparecer incorporada en el proceso.

4.5. Y, precisamente, si se aceptara que, al beneficio en comentario no tienen derecho los trabajadores que no alcanzaron a pensionarse al momento del retiro de la empresa, pero que contaban con una antigüedad de 15 o más años, quedaría entonces sin ningún efecto útil toda la segunda mitad del artículo 43 de la CCT, y, recuérdese, que una pauta de hermenéutica de los

contratos o convenciones es el efecto útil de sus cláusulas (Vid. CC., art. 1.620), e incluso, es también ello pauta de especial importancia para la interpretación legal, la cual la ha acogido por la Corte Constitucional (Vid. Sentencias SU150-21, C322-2021, C213-2017 y C569-2004), el Consejo de Estado (Vid. Sentencias Secc. 5ª, 12 may. 2021, rad. 76001-23-33-000-2020-00154-01(0510-21); y, Secc. 2ª, 25 nov. 2021, rad. 3330-20) y la Corte Suprema de Justicia (Vid. Sentencias SL386-2022, SL5057-2021 y SL083-2020), de ahí que no sea de recibo dejar de asignarle consecuencias jurídicas a toda la segunda parte de la estipulación convencional referida a los trabajadores que no adquirieron el estatus pensional, por el simple epígrafe o título del beneficio. Al respecto, es pertinente el siguiente pasaje de la sentencia SL083-2020:

“Interpretación que se respalda en el uso de un criterio hermenéutico de especial importancia, como es el principio del efecto útil de las disposiciones jurídicas, pues el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas, logrando en la práctica una efectiva protección al derecho allí consagrado y no meramente teórica”.

4.6. Incluso, aun estando acreditado que las partes de forma consensuada han interpretado la exclusión del beneficio en comentario para los trabajadores que, con antigüedad de 15 o más años, no alcanzaron a pensionarse al momento de retirarse de la empresa, ello, más que una interpretación sería una modificación

de la estipulación convencional de carácter regresiva para los trabajadores, la que no es posible mediante acuerdos extra convencionales, sino mediante las figuras de la denuncia o revisión de la CCT (CST, arts. 479 y 480; y sentencias SL4438-2021, SL3619-2021, SL3726-2019 y SL13649-2017).

4.7. De otra parte, en lo atinente al debate de si el beneficio se pierde si la terminación del contrato obedeció a cualquier justa causa, o si ello únicamente ocurre cuando la justa causa tenga que ver con un delito cometido en las instalaciones de la empresa o relacionado con el trabajo, la Sala encuentra que no es necesario o indispensable definir esa discusión, simple y llanamente porque si bien está acreditado y las partes no discuten, que la relación laboral la terminó la demandada invocando una justa causa, concretamente la de haber participado el demandante en un cese de actividades que fue declarado ilegal, lo cierto es que no quedó probado dicha justa causa, la que, incluso, según la nueva orientación jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral (Vid. Sentencia SL1947-2021), se estructura no por el sólo hecho de participar en una huelga que posteriormente es declarada ilegal, sino cuando la participación específica del trabajador se concretó en la ejecución de algún acto indebido, abusivo o en alguna extralimitación en el ejercicio de la misma, hecho que le corresponde demostrar al empleador, no siendo suficiente la sola demostración de haber efectuado el despido con la invocación de la referida justa causa, sin demostrar ésta.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral en la aludida sentencia SL1947-2021 sentó:

“De acuerdo con lo expuesto, la Corte considera que el artículo 450, numeral 2.º del Código Sustantivo del Trabajo debe ser interpretado bajo el entendido que el solo hecho de haber organizado y/o participado en una huelga ilegal no es causa suficiente de despido. Por tanto, es necesario un examen de la conducta del trabajador con el propósito de constatar si durante la misma incurrió en actos indebidos, extralimitaciones o desviaciones no protegidas por el orden jurídico, como podrían ser los actos delictivos, violencia física, sabotaje, destrucción de archivos y documentos, develación de información confidencial, acciones prohibidas que ponen en riesgo la vida o seguridad de las personas, entre otras conductas que deberán sopesarse según su gravedad.

(...).

Por tanto, tiene razón el casacionista al afirmar que la empresa despidió a los demandantes por el simple hecho de participar en la huelga, y olvidó demostrar, como era necesario, la ejecución de al menos un acto indebido, abusivo o una extralimitación en el ejercicio de la misma”.

Entonces, si no quedó acreditado la justa causa invocada por la empresa demandada para terminar el contrato de trabajo al actor, innecesario resulta aquí esclarecer si el beneficio convencional en referencia, o cualquier otro, se pierde con cualquier justa causa o únicamente con aquella que consista en

algún delito cometido en las instalaciones de la empresa, o que esté relacionado con el trabajo.

4.8. Fluye de lo expuesto, el no acogimiento de la apelación en lo atinente al beneficio convencional del artículo 43 de la CCT.

5. El beneficio del artículo 42 de la CCT

5.1. Esta estipulación convencional es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 42°. SEGURO DE VIDA E INCAPACIDAD

La Empresa contratará con una Compañía de Seguros un seguro de vida por veintitrés millones de pesos (\$23.000.000) durante la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo y doble indemnización cuando la muerte del trabajador ocurra por accidente.

Además tendrá los amparos adicionales como doble indemnización por desmembramiento, incapacidad total y/o parcial por accidente de trabajo. Así mismo, cuando ocurra una incapacidad total y/o parcial por enfermedad profesional o común.

Se entiende que este seguro es independiente del establecido en la norma legal.

En caso de fallecimiento del trabajador, el anterior seguro se pagará a los familiares o a quien el trabajador haya designado como beneficiario”.

5.2. La apoderada de la accionada afirma que no se debió reconocer este beneficio al demandante, porque fue despedido con justa causa y, además, el dictamen pericial de la JRCI de Bolívar aportado con la demanda, le es inoponible a la empresa demandada, porque se produjo sin su participación, lo que no es de recibo a la luz del numeral 6, literal f) del artículo 24 de la CCT 2016 – 2018. Aduce también que esta es la interpretación que ha dado la organización sindical y la empresa empleadora.

5.3. En lo que tiene que ver con que el demandante fue despedido con justa causa, es suficiente lo arriba anotado, esto es, que lo probado es el despido y cuál fue la justa causa invocada, más no quedó acreditado ésta. Y, si a lo sumo se aceptara que no se discutió que el demandante participó de una huelga que fue declarada ilegal, recuérdese, ello no es suficiente para tener por estructurada la justa causa prevista en el numeral 2° del artículo 450 del CST, porque, además, es necesario probar que el trabajador, durante la huelga, incurrió «*en actos indebidos, extralimitaciones o desviaciones no protegidas por el orden jurídico*»; prueba esta que no está en el proceso.

5.3.1. Ahora, no pasa por alto la Sala que, en este proceso, con antelación se negó a la demandada la excepción previa de

pleito pendiente, la cual aquella sustentó en la existencia de otro proceso en el que se debatía la justeza del despido, y, para no acceder a dicha excepción, se expuso en Auto de 17 de septiembre de 2.021:

“Puestas así las cosas, de ninguna manera la figura o institución a considerar es la excepción de pleito pendiente, sino, **en gracia de discusión**, la prejudicialidad, **la cual ha de plantearse** y considerarse una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia de segunda o de única instancia (CGP, arts. 161 y 162)”. Se destaca y se subraya.

No obstante, en el caso, no se planteó por la demandada la suspensión del presente proceso por prejudicialidad, ni se demostró la existencia de ese otro proceso; y, en todo caso, así se hubiese pedido y probado ese otro proceso, tampoco habría lugar a dicha prejudicialidad, porque el tema del despido sin justa causa no es cuestión que fuera imposible ventilarse aquí como excepción de fondo, y, en efecto, fue un tema discutido, pero, como se dijo, no probado en lo concerniente a los hechos realmente estructurantes de la justa causa. Recuérdese que, el numeral 1° del artículo 161 del CGP, es del siguiente tenor:

Artículo 161. Suspensión del proceso. El juez, **a solicitud de parte**, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial **que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción** o mediante demanda de reconvencción. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción”. Destaca y subraya la Sala.

5.4. Pasando a la réplica consistente en que la organización sindical y la empresa empleadora han estado de acuerdo que, para el beneficio del seguro de vida e incapacidad, es indispensable que la producción del dictamen de PCL de la Junta de Calificación de Invalidez se surta en la etapa administrativa con previa intervención de la empresa empleadora, a decir verdad, no quedó acreditado que esa sea la interpretación consensuada por las partes. Por el contrario, los dos grupos de testigos tienen versiones encontradas sobre ese particular.

5.5. No ignora la Sala que el testigo JORGE GALVIS HERNÁNDEZ aceptó que el Comité de Relaciones Laborales solicitó la aplicación del artículo 24 de la CCT y su relación con el reconocimiento del beneficio convencional del artículo 42 ejusdem; empero, también es cierto que, según ese mismo testigo, quien es directivo de SINTRACERROMATOSO, la interpretación que se extrae del citado artículo 24, no es la de que el dictamen de PCL se deba producir en la etapa administrativa con derecho de defensa previo de la empleadora, sino el derecho

del trabajador de solicitar la documentación necesaria para obtener el referido dictamen (minutos: 00:53:54 a 00:55:51).

5.6. Y, en efecto, la Sala comparte que, de la correlación de los artículos 24 y 42 de la CCT, lo que cabe predicar es el derecho de los ex trabajadores o pensionados a que la empresa les entregue la historia ocupacional y demás documentos relevantes para la obtención del dictamen, y, para los trabajadores activos, asuma ella además los costos del trámite y hasta gestione éste. Más no es un canon convencional orientado a imponer como condición de validez del dictamen que emita la JCI, la participación previa de la empleadora.

Con todo, aun aceptándose que la empresa demandada tenga derecho a que el dictamen de la JCI sobre la PCL, sea con su conocimiento previo, lo cierto es que, a la luz de la jurisprudencia laboral, la omisión de aquello no genera ineficacia ni mucho menos inoponibilidad de ese experticio cuando es aportado con una demanda, porque en últimas no es más que una prueba, frente a la cual tiene la plena oportunidad de controvertirla en el proceso. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL, 8 may. 2013, rad. 40050, expresó:

“En atención a lo establecido por el precitado artículo [se refiera al artículo 40 del DR.2463 de 2001, hoy artículo 44 del DR.1352 de 2013], **la ARP también había podido demandar judicialmente la**

expedición del dictamen, sí estaba convencida de que se le violó su derecho de contradicción, pero esto no ha sucedido, o, por lo menos, sobre esto nada dijo la demandada.

La ley prevé el procedimiento para obtener la calificación de la incapacidad laboral en forma anticipada y extrajudicial, así como para su revisión, con miras a que las partes con base en él puedan directamente liquidar las prestaciones correspondientes; pero nada obsta para que la parte de un proceso judicial donde se pretenda hacer valer como prueba el dictamen y disienta de su contenido, solicite otro y sea el juzgador quien decida, conforme a la sana crítica, a cuál le da más peso, y resuelva sobre la pretensión de la seguridad social correspondiente.

Además, la ARP aquí demandada, de cara a las pretensiones de la demanda, ya no podía oponerse a su éxito con el argumento de que el dictamen no le era oponible por la supuesta falta de notificación en el trámite ante la Junta, en razón a que esta posible deficiencia formal quedó superada dentro del presente trámite judicial, en todo caso, con el traslado de la demanda que le dio publicidad a la mencionada prueba.

En cambio, sí pudo ejercer su derecho de contradicción de la prueba mediante la solicitud de otro dictamen para ser practicado dentro del proceso con la indicación de las razones de su inconformidad; donde contaba con la oportunidad de controvertirlo conforme a las normas procesales existentes para tal efecto. **Pero lo cierto es que no lo hizo". Se destaca y se subraya.**

Y, en la sentencia SL2965-2020, ese mismo órgano judicial discurrió así:

“Por lo demás, no sobra señalar que le asiste razón al juez de alzada cuando afirma que la demandada contaba con diferentes oportunidades y medios para oponerse al dictamen de pérdida de capacidad, (...) dentro del proceso judicial, por ser el dictamen una prueba más, procedía su contradicción ya sea objetándolo por error grave, o aportando otras pruebas que los desvirtúen, inclusive podía iniciar ante la jurisdicción laboral en un proceso independiente para dejarlo sin validez (sentencia CSJ SL1044-2019)”.

Así que, desde una perspectiva de justicia material, la falta de conocimiento o participación previa de la demandada en torno a la producción del dictamen en el ámbito administrativo, no es razón suficiente para derruir la eficacia de esa prueba en esta sede judicial, por haber contado con todas las posibilidades de controvertir el experticio.

5.7. Dicho lo anterior, tampoco se acogen los reparos de la apelación de la demandada en torno al beneficio del artículo 42 de la CCT.

6. El beneficio del artículo 43 de la CCT

6.1. Este beneficio convencional concierne a una prestación dineraria que recibe el trabajador cada cinco (5) años de servicios, hasta los 35 años de labor.

6.2. El A quo negó este beneficio, porque el actor fue despedido por justa causa y, además, fue pagado por la demandada.

6.3. El apoderado del demandante reveló su inconformidad con lo anterior, señalando que, si bien éste recibió un pago por dicho beneficio, él siguió laborando, por lo que, entonces, se debe reliquidar esa prestación.

6.4. Sobre el particular, observa la Sala que, en la demanda se pidió condenar a la demandada, a pagar por este beneficio convencional, la suma de \$14.250.751.10; y, al respecto, en la contestación de la demanda se aportó comprobante de nómina de pago, que da cuenta que el 31 de marzo de 2.017, aquélla –la demandada– pagó al actor la suma de \$14.350.751.10¹, es decir, \$100 más de lo pedido.

6.5. El anterior documento no fue tachado de falso, ni desconocido por la parte demandante. Por el contrario, el vocero judicial del extremo activo no desconoce ese pago, sólo que arguye que, como el demandante siguió laborando, tiene derecho a mayor suma. No obstante, esto no resulta de acogimiento en la segunda instancia, porque, como se dijo, la pretensión del referido beneficio se pidió por \$14.250.751.10, se demostró que

¹ Vid. Pdf. «06Contestacion», pág. 193.

se pagó una suma mayor a ésta, y al juez de la apelación no le asiste facultades extra ni ultra petita (Vid. Art. 50 CPTSS y Sentencias C-662 de 1998 y C-968-2003, Corte Constitucional; y, SL15496-2017, SL4028-2017 y SL, 9 jun. 2009, rad. 34118, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral), máxime en casos como el presente en el que está en discusión derechos convencionales, los que no tienen el carácter de derechos mínimos e irrenunciables (Vid. Sentencias SL5099-2021, SL350-2018 y SL16925-2014).

Dicho lo anterior, no prospera la apelación de la parte demandante.

7. Indexación

6.1. La parte demandada también replicó la indexación dispuesta por el A quo, arguyendo que las normas convencionales no prevén ésta y la demandada ha actuado de buena fe.

6.2. Para no atender el anterior reparo, basta con señalar que la indexación tiene su fuente en la equidad que goza de fuerza normativa, en los términos de los artículos 8 de la Ley 153 de 1887, 19 del CST y 230 de la Constitución (Vid. SL127-2018, SL193-2018 y SL3951-2014, entre otras). Además, aquélla no está atada a consideraciones subjetivas sobre la buena fe de las

partes, sino al fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda ocurrido por el transcurso del tiempo.

Fluye de todo lo expuesto, la confirmación de la sentencia apelada.

8. Costas

Dado que ambas partes apelaron sin éxito alguno, no se impondrá condena en costas en esta segunda instancia (CGP, art. 365, numerales 5° y 8°).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 386-2021	1
Radicado n°. 23-466-31-89-001-2020-00049-02.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	2
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	4
1. Apelación de la parte demandante	4
3. Apelación de la demandada	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	5
VI. CONSIDERACIONES	6
1. Presupuestos procesales.....	6
2. Problema jurídico a resolver	6
3. Las pautas que se imponen para la interpretación de las convenciones colectivas de trabajo.....	7
4. El beneficio del artículo 41 de la CCT.....	13
5. El beneficio del artículo 42 de la CCT.....	22
6. El beneficio del artículo 43 de la CCT.....	28
7. Indexación	30
8. Costas	31
VII. DECISIÓN	31
RESUELVE:	31
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	32

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 412-2021

Radicado n° . 23-417-31-03-001-2013-00113-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuesto por todos los sujetos que integran el extremo pasivo de la relación procesal, en contra de la sentencia pronunciada en audiencia de 28 de octubre de 2021, por el Juzgado Civil del Circuito de Lorica–Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ROBER JOSE OCHOA COAVAS, JAMES DOMINGO MEZQUIDA PEÑAFIEL, CARLOS ALBERTO MORALES HERNANDEZ, JAVIER JOSÉ MUENTES CORDERO, FABIO

ALFONSO ORTIZ LAZARO, RICAR DEL CRISTO MADERA NEGRETE, OSVALDO JOSE RHENALS ESPITIA, HERWIN NAVAJA MARTINEZ, DANIEL JOSÉ GARCÍA CONDE, FERMIN DE JESUS CANTERO CANTERO, EDINSON ANTONIO SOCARRAS MENDOZA, OSCAR PUENTES CARRASCAL, HERNAN JOSÉ LLORENTE RUIZ, OLEGARIO PACHECO ESCOBAR, ENEIL ARTEAGA MADRID, MAURICIO JAVIER VEGA CALDERÍN, en contra de la UNION TEMPORAL PAVIMENTOS MOMIL 2010 y el MUNICIPIO DE MOMIL, quien llamó en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Los demandantes piden que se declare que existió una relación laboral entre ellos y la Unión Temporal Pavimentos Momil 2010 y que, como consecuencia, se condene a la Unión Temporal y al municipio de Momil (solidariamente) a pagarles el valor que corresponda de prestaciones sociales por el tiempo que laboraron con dicha unión, así como las indemnizaciones a que haya lugar, en especial la contemplada en el artículo 65 del C.S.T; y, en sustento de ello, se adujo como hechos de la demanda que la actividad laboral se realizó en diferentes lapsos por cada uno

de los actores, quienes entonces contaban con extremos temporales distintos.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma la demanda, los demandados ejercieron su derecho de defensa de manera oportuna, oponiéndose a las pretensiones.

2.2. En el año 2021, se vinculó a la empresa Liberty Seguros mediante llamamiento en garantía quien también ejerció de manera oportuna su derecho de defensa.

2.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última, se recibieron los testimonios de JUAN RAFAEL ORTIZ MARTÍNEZ, GUSTAVO RAFAEL RODRÍGUEZ COAVAS, JESÚS ESPITIA ARROYO, FRANCISCO MIGUEL URANGO y ROGELIO ANTONIO MEZQUIDA SUAREZ solicitados por la parte actora.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el juez declaró la existencia del contrato de trabajo entre cada uno de los demandantes y la Unión Temporal Pavimentos Momil 2010 y, en consecuencia, ordenó reconocer y pagar a cada uno de los demandantes los conceptos

de cesantías, prima de servicios, intereses de cesantías y vacaciones, así como la sanción moratoria establecida en el artículo 65 de C.S.T y las cotizaciones en seguridad social en pensiones. De igual manera condenó al municipio de momil a responder de manera solidaria frente a todas las condenas expuestas y a la aseguradora Liberty Seguros a concurrir por las condenas impuestas hasta el monto del valor asegurado del contrato de seguros del cual el Municipio de Momil era beneficiario.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Los voceros judiciales de las partes demandadas apelaron de forma oportuna la sentencia notificada en estrados, arguyendo lo siguiente:

La Unión Temporal pavimentos Momil 2010 expresó que no es cierto que los extremos temporales fueron demostrados por parte de los actores. Al respecto manifiesta que las únicas personas que pueden demostrar tales extremos son los testigos y que al escuchar las declaraciones ninguno dice con certeza en qué tiempo entraron a laborar y hasta qué tiempo lo hicieron cada uno de los demandantes y que, en consecuencia, si no están demostrados los extremos temporales no podía el juez acceder a las pretensiones de los demandantes. Manifiesta que para que existan tales extremos debe conocerse, entenderse y saber con

ciencia cierta cuándo se inició y cuándo se terminó la relación laboral. Frente a la sanción moratoria indica que escapa de toda lógica ya que serían 11 años de sanción moratoria y que ellos no deben sufrir el peso de las consecuencias de la demora en el aparato judicial.

Por su parte, el municipio de Momil afirmó adherirse a los argumentos del apelante de unión temporal en cuanto a la no demostración de los extremos temporales. Al respecto arguye que los testimonios practicados fueron testimonios de manera abstracta, que los testigos citados alcanzaron solo a percibir de manera indirecta los hechos de la demanda. Manifiesta que, por ejemplo, uno de los testigos aseguró que llevaba a cabo labores de siembra de manera aledaña a la obra que se estaba realizando y que veía a las personas trabajando, pero nunca mencionó a quiénes veía de manera directa, que por tanto era un testimonio de oída e imparcial.

Concluye entonces el apoderado del Municipio de Momil que como no hay certeza de los extremos temporales ni sobre los elementos del contrato de trabajo, que son los testimonios los que deben dar certeza del contrato de trabajo y que la ley le impone una carga mínima a la persona que pretende que se le reconozcan derechos prestacionales, esto es, a que demuestren si quiera de manera sumaria dichos extremos, por tanto expresa que no hay lugar a acceder a las pretensiones.

Frente a la solidaridad, arguye que había una cláusula de indemnidad y de exclusión laboral. Menciona que la interventoría era quien realizaba funciones de vigilancia y control. Que no hay solidaridad porque no existen los elementos para ello, las que describe el art 34 C.S.T.

Finalmente, Liberty Seguros expresó que la aseguradora llamada en garantía solo cubre pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones y que no cubre aportes a seguridad social. También arguye que el valor asegurado no corresponde a \$240.354.146 de pesos como lo indicó el A quo, sino que corresponde al valor de \$186.932.295 pesos en razón de que dicho valor fue modificado por el anexo No. 5 de la póliza. Finaliza manifestando que existe prescripción derivada del contrato de seguros estipulada en el artículo 810 de Código de Comercio.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo alegaron de conclusión los apoderados de las partes demandadas UNION TEMPORAL MOMIL 2010 y LIBERTY SEGUROS, cuyas argumentaciones serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación de la apelación que hicieron en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, una vez que le fue notificado en estrados la sentencia de primera instancia (Vid. Sentencia SL4430-2014).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, hay lugar a desatar de fondo los recursos de apelación.

2 Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en la sustentación de la apelación, le corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** Si los extremos temporales de las relaciones laborales invocadas en la demanda fueron acreditados; y, de ser así, **(ii)** la procedencia y liquidación de las acreencias laborales establecidas en la sentencia inicial, **(iii)** así como el estudio de la solidaridad por parte del municipio de Momil; y, **(iv)** si debe o no la empresa Liberty Seguros concurrir el pago de acreencias en beneficio del Municipio de Momil, en virtud de la Póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales N°. BO1667647.

3. Falta de acreditación de los extremos temporales en la relación laboral.

En el presente caso logra operar la presunción de contrato de trabajo, esto a raíz de que cada uno de los testigos aseveraron que al pasar por la zona donde se estaba llevando a cabo la obra civil, veían a los aquí demandantes laborando en la misma, los cuales reconocían toda vez que eran vecinos, conocidos o amigos del municipio de Momil, y que frecuentaban dicha obra porque realizaban labores de pesca, siembra y oficios varios en la zona aledaña de la misma. Lo anterior cobra fuerza toda vez que se trataba de una obra de pavimentación que requería de gran esfuerzo y trabajo conjunto para llevarse a cabo, y que escapa de toda lógica que sólo las tres personas que la Unión Temporal aseguró contaban con un vínculo laboral con ella, es decir, Manuel Murillo Peña, Iohan Valdez Arrieta, Arle Mora Hernández; hayan podido llevar a cabo la obra sin la contratación de personal obrero.

Sin embargo, aducen los demandados de manera conjunta que de los testimonios recaudados nunca se extraen los extremos temporales de cada uno de los trabajadores, quienes, según lo escrito en la demanda, ejercieron labores en lapsos de tiempo diferentes.

Al respecto y una vez analizados los testimonios, esta Sala avizora que, en efecto, si bien los testigos coinciden en su

mayoría con que la obra se llevó a cabo desde comienzos de febrero de 2010 y finalizó para comienzos de octubre de 2011, así como que el horario en que se laboraba era de 7 a.m. hasta las 5 a.m., ninguno de los deponentes se pronunció de manera singular sobre los extremos temporales de todos o siquiera de alguno de los demandantes, los cuales, como se expresó ya, según el libelo genitor, tuvieron extremos temporales diferentes.

Así que, en el caso, aun aceptando que la presunción de contrato de trabajo no fue desvirtuada, no habría lugar acceder a las pretensiones de la demanda por falta de acreditación de los extremos temporales de los contratos, lo cual es esencial para considerar y liquidar las condenas reclamadas con ese escrito introductorio del proceso; recordándose que la carga probatoria de tales extremos es del resorte de quien alega la relación de trabajo.

En efecto, recuérdese que, la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia **SL249-2019**, expresó:

“recuerda la Sala que aunque se acredite la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 *ibídem*, ello no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias, como lo son, verbigracia, los extremos temporales”.

Y, en la sentencia **SL13753-2017**, resulta pertinente el siguiente pasaje para lo que se viene señalando:

“la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo no exime al trabajador, como equivocadamente lo sostiene la censura, de demostrar los demás aspectos en los que funda sus reclamos, entre ellos, los extremos temporales en los cuales se desarrolló la labor.

Así, compete a la parte demandante, en virtud del principio de carga de la prueba, no solo referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia, de modo que la parte accionada cuente con la información suficiente para que, en caso de considerarlo pertinente, contradiga tales afirmaciones en ejercicio de su derecho de defensa. No puede decirse entonces que, ante la falta de fundamento probatorio y la existencia de dudas sobre el tiempo efectivamente laborado, la accionada tenga que asumir las consecuencias jurídicas de la omisión de un deber procesal que no le corresponde, que es lo que, en últimas, pretende la recurrente”.

Así que, la sola deficiencia probatoria en comentario, es decir, la de los extremos temporales, es suficiente para revocar las condenas impartidas en la sentencia de primera instancia, aunque no la declarativa atinente a la existencia de las relaciones laborales, razón por la cual no habrá necesidad de entrar a pronunciarse sobre lo esbozado por los demandados en cuanto a la solidaridad del artículo 34 del C.S.T o si le nació la obligación a Liberty Seguros por virtud de la póliza N°. BO1667647.

4. Costas

Dado que, con las resultas del proceso, la demanda prosperó sólo parcialmente, es decir, únicamente en lo atinente a la pretensión declarativa de existencia de relación laboral, más no a todas las súplicas de carácter condenatorio, no se impartirá condena en costas para ninguna de las partes; como tampoco para esta segunda instancia, porque las alzas prosperaron sin réplica de la parte actora (CGP, art. 365, numerales 5ª y 8º).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia apelada, y, en su lugar, **DECLARAR PROBADA** la excepción relativa a la inexistencia de las obligaciones demandadas.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada, en el sentido de excluir del mismo el siguiente texto: «*EN LOS EXTREMOS TEMPORALES QUE YA FUERON*

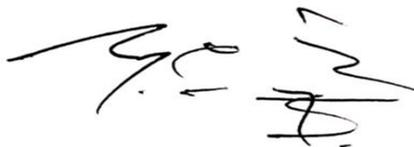
PREVIAMENTE ESBOZADOS CUANDO SE INDICÓ EL ANÁLISIS RESPECTIVO DE LOS INTERROGATORIOS».

TERCERO: REVOCAR los **numerales tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo** de la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas para las partes

QUINTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido

FOLIO 412-2021	1
Radicado n°. 23-417-31-03-001-2013-00113-02.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. La demanda	2
2. Trámite y contestación de la demanda	3
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	6
VI. CONSIDERACIONES	7
1. Presupuestos procesales.....	7
2 Problema jurídico a resolver	7
3. Falta de acreditación de los extremos temporales en la relación laboral.	8
4. Costas	11
VII. DECISIÓN	11
RESUELVE:	11
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.....	12

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 416-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-005-2018-00387-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia pronunciada en audiencia de 3 de noviembre de 2.021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS EDUARDO DE HOYOS ACOSTA contra INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A., quien llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Pide el demandante que se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre él, como trabajador, e INDEGA S.A. como empleadora, cuya vigencia inició desde el 1° de agosto de 1.997 y aún continúa vigente. Como consecuencia, pide, se condene a la empleadora al pago del reajuste salarial, beneficios convencionales descritos en la demanda, reliquidación de prestaciones sociales, indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 e indexación.

2. Hechos

En síntesis, se invocan como hechos de la demandada que, el actor, desde el 1° de agosto de 1997, con la intermediación sucesiva de supuestos contratistas independientes, tales como la cooperativa ASOCOOC LTDA., ATENCOM S.A.S y CONTATCAMOS OUTSORCING S.A.S., laboró para INDEGA S.A. (anteriormente EMBOROMÁN S.A.), prestando los servicios como operador logístico, concretamente operario montacargas; existiendo entonces el ocultamiento de la real relación laboral con INDEGA S.A., y percibiendo una asignación salarial inferior a la recibida por los operarios montacargas de su

real empleador, amén de no recibir el pago de los beneficios consagrados en las CCTA que aquélla ha suscritoo con los sindicatos SINALTRAINAL y SINTRAGOCOL, a los que él se encuentra afiliado.

2. Contestaciones a la demanda y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, INDEGA y formuló las excepciones de mérito que denominó: *Inexistencia de la obligación, prescripción y compensación.*

2.2. A su turno, SEGUROS DEL ESTADO, quien fue llamado en garantía por INDEGA, también se opuso a las súplicas de la demanda, proponiendo las excepciones de mérito: *Prescripción, inexistencia de la relación laboral y de solidaridad con respecto a INDEGA y compensación.* Frente al llamamiento en garantía excepcionó: *Inexistencia de solidaridad, inexistencia de la obligación indemnizatoria para el pago de vacaciones y sanción moratoria, límite de cobertura, deducible y exclusiones.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron separadamente. En la última, se practicó el interrogatorio de parte al actor y a la representante legal de INDEGA; y, se recibieron los testimonios de la parte demandante (JHON JAIRO HERNÁNDEZ CUADRADO, LUIS CARLOS OCHOA FUENTES y MARCO AURELIO MORALES FUENTES) y los

de la parte demandada (FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO).

II. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el A quo accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al estimar que las actividades logísticas que INDEGA tercerizó a CONTACTAMOS no fue legal, razón por la cual concluyó que el demandante es realmente trabajador de aquélla (INDEGA) desde el 1° de octubre de 1999, y, como encontró probado su afiliación al sindicato a Sinaltrainal desde el 30 de agosto de 2018, reconoció los beneficios pedidos en la demanda que están en la CCT 2018 – 2020, suscrita por esa organización sindical con INDEGA, más no accedió a la nivelación salarial, por considerar ausencia de prueba para ello.

III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de la demandada

La apoderada de INDEGA, adujo que el empleador del demandante sí es CONTACTAMOS, pues ésta es la que paga sus salarios y prestaciones sociales, ejerce la subordinación sobre él

con órdenes, concesión de permisos, capacitaciones adelantamiento de proceso disciplinario, y aquél utiliza el uniforme de los trabajadores de CONTACTAMOS. Agrega que la actividad de INDEGA se ha concentrado en la producción, por lo que la tercerización de otras actividades, como las realizadas por CONTACTAMOS (operaciones logísticas), es legítima.

En subsidio, se opone al reconocimiento de los beneficios convencionales, señalando que el actor no acreditó estar afiliado al sindicato, o al menos lo acreditó sólo por dos meses. Que, en caso de estimarse probado la afiliación, se revise la liquidación del incremento convencional; que no se debieron reconocer los auxilios de transporte y de alimentación; que los beneficios convencionales no son factores salariales y que no se debió condenar a la sanción moratoria, de la que también pide su revisión.

2. Apelación del demandante

El vocero judicial del demandante protestó por no haberse accedido a la nivelación salarial, afirmando que, según los artículos 8, 26 y 27 de la CCT, no es dable que personas que presten sus servicios a INDEGA devenguen salarios por debajo de la estructura salarial de esa empresa, y, por el contrario, se debe mantener la nivelación salarial del cargo operario de montacargas del 2018. También protesta porque algunos

beneficios no se reconocieron desde la suscripción de la CCT, sino a partir del año de su vigencia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual es proceden desatar de fondo los recursos de apelación.

2. Problemas jurídicos a resolver

Por virtud de las inconformidades planteadas en la apelación, le corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si desde el 1° de octubre de 1.999 el actor ha venido prestando sus servicios personales a favor de INDEGA, a través de diversos intermediarios y no de contratistas independientes y, por ende, es esa empresa la que es su verdadera empleadora; de ser así, si el

demandante **(ii)** tiene derecho a la nivelación salarial; **(iii)** a los beneficios convencionales reclamados con la demanda y, en caso afirmativo, si todos lo deben ser a partir de la suscripción de la CCT 2018 - 2020 (**en adelante «la CCT»**); **(iv)** a la reliquidación de las prestaciones sociales; **(v)** al pago de las diferencias de aportes pensionales; **(vi)** a la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y del artículo 1° de la Ley 52 de 1975; y, **(vii)** a la indexación.

Ahora, para efectos de esclarecer el primer interrogante, resulta pertinente puntualizar previamente las cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo.

3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo

Al trabajador demandante le incumbe probar la prestación personal del servicio, y con ello, se presumen los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la remuneración, y en tal evento, le correspondería al demandado desvirtuar la subordinación (**Vid. Art. 24 CST y Sentencias SL1378-2018, SL10546-2014, SL, 24 abr. 2012, rad. 39600 y SL, 5 ag. 2009, rad. 36549**).

Asimismo, es del resorte del trabajador acreditar otros hechos esenciales para obtener a su favor las condenas salariales,

prestacionales e indemnizatorias, como, por ejemplo, los extremos temporales de la relación, la jornada laboral, el monto del salario y el despido, entre otros hechos (**Vid. sentencia SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377 y SL, 24 abr. 2012, rad. 41890**).

4. Indega S.A., la verdadera empleadora del demandante

4.1. La Sala encuentra como hecho claramente acreditado por la parte demandante, que éste, siendo vinculado sucesivamente por diversos contratistas, ha venido prestando sus servicios personales en las instalaciones de INDEGA (Antes Embotelladora Román), para beneficio de ésta, sin solución de continuidad, siendo la fecha de inicio de esa prestación la fijada por el a quo (1° de octubre de 1999), pues las partes no discuten esa data en esta segunda instancia.

Es decir, hasta la presentación de la demanda, alrededor de 19 años por lo menos, abarca esa prestación continua de los servicios del demandante en beneficio de INDEGA, y en las instalaciones de ésta, siempre contratado o vinculado supuestamente por algún contratista independiente (Asocooc Ltda, Proactivamos C.T.A.C. y Contactamos)¹.

¹ De esto también da cuenta los reportes de semanas cotizadas emanado de COLPENSIONES, aportados con la demanda (Vid. pdf. «02AnexosDemanda», págs.17 a 27).

Como prueba de lo anterior, están, por ejemplo, los testimonios de MARCO AURELIO MORALES FUENTES y JHON JAIRO HERNÁNDEZ CUADRADO. Así, el primero de estos testigos laboró continuamente para INDEGA (antes EMBOTELLADORA ROMÁN) desde 1979 hasta el 2015, contratado directamente por esa empresa; dijo este declarante que conoció al demandante laborando como operario de montacargas para la demandada desde 1997 o 1998 y que siempre estuvo vinculado –el demandante- a través de distintos contratistas como ASOCOOC y CONTACTAMOS. El segundo testigo, quién presta sus servicios también en las instalaciones de INDEGA, desde el 5 de enero del 2000 y las ha continuado realizando, expresó que cuando él ingresó ya el demandante se encontraba trabajando.

Así que, acorde con la jurisprudencia de la honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL082-2021, SL3990-2020, SL3085-2019, SL1375-2018, SL905-2013 y 22 mar. 2006, rad. 25580**), cabría inferir que el demandante viene prestando sus servicios personales de forma continua, por los menos desde la fecha fijada por el A quo, 1º de octubre de 1999 (no discutida por las partes), siempre en las instalaciones de INDEGA, beneficiándose ésta de los servicios del actor.

Ahora, mirado el reporte semanas cotizadas aportado con la demanda (fls.57 a 62), se corrobora que en la prestación de los servicios del actor en las instalaciones de INDEGA,

beneficiándose ésta de los mismos, ha mediado distintos contratistas, pues en dicho reporte aparecen sucesivamente como empleador cotizante del demandante: ASOCOOC LTDA, PROACTIVAMOS C.T.A.C., CONTACTAMOS SERVICIOS y CONTACTAMOS OUTSOURC.

4.2. Por virtud de todo lo dicho, es de aceptarse la activación de la presunción de contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, desde el 1 de octubre de 1.999.

4.3. Para desvirtuar la anterior presunción, la labor probatoria de INDEGA S.A. se limitó a tratar de acreditar la subordinación del actor a CONTACTAMOS, y, además, la legalidad de la tercerización de sus actividades logísticas y a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., **en tiempos en los que el demandante prestó los servicios a través de esa empresa. Empero, paso por alto, todo el tramo temporal anterior** (del 1/10/1999 al 1/09/2006) en los que el actor prestó sus servicios en las instalaciones de ella –de INDEGA (antes EMBOTELLADORA ROMÁN)-, a través de otros entes, por ejemplo, ASOCOOC LTDA y PROACTIVAMOS C.T.A.C.

Así que, aun aceptándose en gracia de discusión que la tercerización que hizo a ATENCOM y a CONTACTAMOS del área o de las operaciones logísticas dentro de las cuales el actor prestó sus servicios en las instalaciones de INDEGA, beneficiándose ésta de tales servicios, y que tales servicios los

haya prestado él bajo la subordinación real de CONTACTAMOS, no resulta atendible el desconocimiento de la presunción de contrato de trabajo en el tramo temporal anterior, pues ninguna prueba trajo la parte demandada para desvirtuar la misma para dicha época.

4.4. Y, en punto al espacio temporal en que el demandante ha prestado o venido prestando sus servicios personales a través CONTACTAMOS (desde el 01/09/2006), en las instalaciones de INDEGA, beneficiándose ésta de tales servicios, a juicio de la Sala, también se impone aceptar como verdadera empleadora de aquél, a INDEGA, a pesar de la labor probatoria de esa empresa con documentos (contratos comerciales y contrato de trabajo del actor) y testimonios (los de FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO), tratando de acreditar la subordinación de ese trabajador a CONTACTAMOS y la tercerización de sus operaciones o actividades logísticas a CONTACTAMOS, luego a ATENCOMP y después nuevamente a CONTACTAMOS.

4.4.1. En efecto, en la tercerización o externalización, a diferencia de la intermediación, el tercero o contratista provee bienes o servicios, **más no es de su resorte limitarse al sólo suministro de mano de obra o de trabajadores**, pues, no es la provisión de personal, sino la de bienes o servicios lo caracterizador y permitido en este modo de descentralización de las actividades (**Vid. Sentencias SL4479-20, SL467-2019 y**

SL3171-2019). La sola provisión de personal desprovista de medios de producción propios, únicamente le es permitida a las empresas de servicios temporales, bajo condicionamientos de temporalidad y para determinados fines o necesidades, que, de no ser observados, troca al beneficiario en un usuario ficticio y, por ende, en verdadero empleador del trabajador (**Vid. Ley 50 de 1990, arts.70 a 94**).

En el caso, entonces, el quid no es si a INDEGA le era dable o no tercerizar sus actividades u operaciones logísticas. Ello, entiende la Sala, le es perfectamente posible, pues se acepta que son actividades conexas o de apoyo a su actividad principal de producción; empero, esa tercerización, a fin de ser legítima, no puede consistir única y exclusivamente en proveer mano de obra, que es lo aquí acontecido, ya que acreditado está que **es sólo eso lo aportado por COTACTAMOS: mano de obra o trabajadores uniformados, a saber: Operadores logísticos y un coordinador. Ningún otro valor agregado aporta.**

4.4.2. Ni aún las órdenes que el Coordinador de CONTACTAMOS da al demandante, resulta suficiente para desvirtuar la presunción de contrato de trabajo de éste con INDEGA, porque hay otros indicios de laboralidad que fortalecen esa presunción y **que reducen tales órdenes a la sola función de agrupar o coordinar los servicios de trabajadores**, lo cual no es suficiente para aceptar la legitimidad de la tercerización, ya

que ello no escapa del ámbito de la intermediación, tal como claramente lo estipula el numeral 2° del artículo 35 del CST.

En efecto, no puede pasarse por alto que, por ejemplo, la actividad de montacarga, que es la que siempre ha venido realizando el actor en las propias instalaciones de INDEGA, la hace con maquinaria (montacargas) de propiedad de esa supuesta comitente: INDEGA.

Muestra perplejidad la apoderada de INDEGA que, en otros procesos, cuando se trata de trabajadores que hacen otras actividades en las que no se utiliza el montacargas, el Tribunal ha aceptado la legalidad de la tercerización, siendo que la tercerización es una sola, el contratista –CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., es uno sólo, y el comitente o beneficiario –INDEGA–, también es uno sólo, y que, en ese único proceso de tercerización, CONTACTAMOS aporta de su propiedad diversos equipos o herramientas (lavadora, patín, horno y escobillas), por lo que, concluye, no es lógico que por una sola herramienta que sea de propiedad de INDEGA –el montacargas–, de las cinco de todo el proceso que sí son de CONTACTAMOS, se determine que ésta no es un contratista independiente.

Al respecto, en el presente proceso no hay ninguna prueba que, CONTACTAMOS utilice esas otras herramientas (lavadora, patín, horno y escobillas), y menos que sean de su propiedad, ni

mucho menos la significancia económica de cada una de esos equipos. Es más, ni siquiera se preguntó a los testigos de eso. Sólo hasta los alegatos de conclusión que precedieron la sentencia de primera instancia, es que se vino alegar (y no probar) la existencia y utilización de esos otros equipos o herramientas supuestamente aportados por CONTACTAMOS. Su labor defensiva se centró en distinguir las actividades logísticas de la actividad de producción, para calificar a ésta última como la misional de INDEGA, y, con sólo ello, demostrar que aquéllas –las actividades logísticas– sí podían ser tercerizadas, y que, trabajadores directos de INDEGA, no ejercían subordinación. Y, al respecto se ha aceptado que sí es posible la tercerización de tales actividades; empero, para que sea realmente una tercerización y no intermediación, ello no puede reducirse simple y llanamente al suministro de mano de obra, es decir, a que, lo que antes hacía la misma INDEGA (antes Embotelladora Román) con sus propios medios de producción y trabajadores directos, lo siga haciendo con esos mismos medios de producción de INDEGA, bajo el rótulo del comodato precario, con trabajadores que sucesivamente han estado vinculado con diversos intermediarios quienes única y exclusivamente aportan es sólo eso: trabajadores, siendo que la tercerización no es provisión de mano de obra, sino de bienes y/o servicios.

4.4.3. Por otra parte, sí se acreditó la injerencia en las actividades realizadas por el demandante, por parte de un trabajador directo de INDEGA, vale decir, del especialista de

operaciones, ALIRIO PLAZAS, quien a voces del testigo FELIX GUTIÉRREZ PADILLA, es el administrador del contrato de INDEGA con CONTACTAMOS. En efecto, según se infiere del grupo de testigos de la parte demandante, lo que hacía el coordinador de CONTACTAMOS, venía después aquél, ALIRIO PLAZA, sin recato alguno, se lo deshacía, concretamente en lo que se refiere a la programación de los horarios o turnos de los trabajadores².

Así esa injerencia la califique alguien erróneamente como acto de coordinación, y no de subordinación, por efectuarse la misma de forma persistente, permite concluir la integración del actor en la estructura organizativa de la empresa demandada, lo cual es otro indicador de la relación de trabajo (**Vid. Recomendación n.º 198 de la OIT**). Al respecto, ha señalado la Honorable Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4479-2020:

“Al respecto, 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»*, criterio que en tratándose de empresas en red o grupos empresariales es bastante útil para definir quién es el verdadero empleador, y que, en este caso, se refleja en el hecho de que los accionantes estaban asignados a las sedes de Codensa S.A., conducían sus vehículos, transportaban (...)

² JHON JAIRO HERNÁNDEZ CUADRADO, LUIS CARLOS OCHOA FUENTES y MARCO AURELIO MORALES FUENTES.

sus materiales, y seguían las rutas prediseñadas por esta sociedad. Es decir, hacían parte de la estructura organizativa o productiva de Codensa (...)”.

Y, en la sentencia **SL3795-2020**, ese mismo órgano de cierre discurrió así:

“Claramente no se explica cómo si el demandante era genuinamente trabajador al servicio de Técnicos y logística de la costa SAS, **existía una constante injerencia de Indega SA en las labores que debía ejecutar, desvirtuando la existencia de una estructura propia y un aparato productivo especializado**, por lo que no se aprecia equivocada la conclusión que el colegiado extrajo de esa prueba”. Se destaca.

4.4.4. Se suma a lo dicho, que el trabajo del demandante siempre lo ha efectuado únicamente en beneficio de INDEGA y no de otros clientes de CONTACTAMOS, lo cual es también indicio de relación laboral con la beneficiaria de los servicios, según la mentada **Recomendación n.º 198 de la OIT** y la predicha sentencia **SL4479-2020**:

“El trabajo era efectuado únicamente en beneficio de la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, y no de otros clientes de Galaxtet, criterio que también ha sido incluido en la Recomendación n.º 198 de la OIT como indicativo de una relación de trabajo”.

Es más, por espacio mayor a los 19 años, INDEGA (antes EMBOTELLADORA ROMÁN) ha acudido sucesivamente a diversos contratistas independientes, y, todos ellos han utilizado los servicios personales continuos del demandante, lo cual es otro indicio de relación laboral (Vid. Sentencia **SL3795-2020**).

4.4.5. Es que, en últimas, según la realidad probatoria que ofrece el presente proceso, lo que ha realizado CONTACTAMOS, esto es, suministrar trabajadores *uniformados* (coordinador y operarios), para que ejecuten actividades en instalaciones de la comitente o beneficiaria, con maquinarias y materia prima también de la comitente, no dista, objetivamente, en nada con lo que hacen las empresas de servicios temporales, que son las únicas autorizadas legalmente para el solo suministro de trabajadores, pero, incluso, de forma temporal. Ni siquiera el tema de las órdenes impartidas por un Coordinador, empleado de CONTACTAMOS, denota diferencia con el actuar de las empresas de servicios temporales, pues si bien es cierto que, en el marco de los trabajadores en misión que suministran dichas empresas de servicios temporales, éstas delegan en la usuaria la subordinación, también es cierto que nada se opone a que igualmente ellas ejerzan el poder subordinante.

A todas estas, en la actualidad se pregona la evolución del concepto o elemento dependencia-subordinación de la relación de trabajo, como consecuencia de 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 establecer si el trabajador ha sido realmente integrante de la organización de trabajo del empresario beneficiario de sus servicios.

En efecto, la Honorable Sala de Casación Laboral, en la pluricitada sentencia **SL4479-2020** expresó:

“Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un *contratista independiente* (art. 34 CST) sino frente a un *simple intermediario* que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal” (Destaca y subraya la Sala la conjunción disyuntiva “o” del texto).

Y, a modo de ilustración, también resulta pertinente la siguiente cita del derecho laboral comparado, concretamente la sentencia del Tribunal Supremo Español **STS 2924/2020, recurso 4746/2019**, en la que 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. (...). 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) (...). 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”.

Lo dicho se estima suficiente para concluir que la real empleadora del demandante, es la demandada INDEGA S.A. Por tanto, es procedente dilucidar los demás interrogantes que también conforman el problema jurídico planteado en esta segunda instancia.

5. Respecto a la nivelación salarial

5.1. Aduce el apoderado del demandante, que, el actor tiene derecho a la nivelación salarial, porque INDEGA pagaba a sus trabajadores que hacían idéntica labor del demandante, suma mayor a la que éste devengaba.

5.2. En este aspecto relativo a la nivelación salarial a causa del desconocimiento del principio de igualdad, más concretamente en su expresión de «*a trabajo igual, salario igual*» (Vid. C.P. art. 53; y, CST, arts. 19 y 143), la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral tiene establecido que al trabajador le incumbe acreditar «*la diferencia de salarios y la identidad de cargo; al tiempo que al empleador le corresponde probar que dicha diferencia obedece a factores objetivos*» (Vid. SL4647-2020 y SL4362-2020 y SL16404-2014).

5.3. Pues bien, el único referente de trabajador de INDEGA con labores idénticas a las realizadas por el demandante, que se hizo énfasis con la prueba testimonial, y, más específicamente en cuanto al monto de su salario, fue el del señor LEONCIO VEGARAMOS. Y, en efecto, la labor realizada por éste y la del demandante tienen plena identidad, ya que ambas consistían en operar la máquina montacargas, según se desprende del dicho de todos los testigos.

No obstante, encuentra la Sala la acreditación de un factor objetivo que justifica un tratamiento distinto en este elemento de la relación laboral. Así, según se infiere de todos testimonios, en especial del dicho de MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO y FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA, el ex trabajador LEONCIO VEGA RAMOS es de avanzada edad (está ya pensionado), lo cual es factor justificante de una *diferenciación positiva o trato privilegiado*, en este caso de una asignación básica salarial mayor, habida cuenta que esa situación le comporta limitante para la realización de más turnos laborales, con los cuales hubiera podido incrementar su promedio salarial y, por ende, monto pensional.

Así que, la nivelación salarial con asidero en el principio a trabajo igual, salario igual, no es de recibo. Y, tampoco lo es con fundamento en las normas convencionales traídas a cuento por el demandante (CCT, artículos 8, 26 y 27), porque tales estipulaciones no son óbice para suprimir el derecho a un específico trabajador a que, por determinado factor positivo de diferenciación, se le pueda asignar un salario básico mayor al de los otros, de ahí que la prueba de la asignación del señor LEONCIO VEGA, no conlleva a concluir, en el presente caso, que sea la asignación del cargo de operario de montacargas, y no exclusivamente de la persona, por una singular condición generante de una diferenciación positiva, más no de un trato discriminatorio.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio del derecho del demandante al incremento salarial de carácter convencional, es decir, al establecido en el artículo 28 de la CTA 2018 – 2020, que fue reconocido por el A quo.

6. Prueba de la afiliación del actor al sindicato y derecho a los beneficios convencionales reclamados con la demanda

6.1. Aduce la apoderada de la parte INDEGA que no se probó que el demandante esté afiliado al sindicato SINALTRAINAL, sino, a lo sumo, a los meses de las dos únicas colillas de pago que se aportaron con la demanda y que reflejan el respectivo descuento de cuota sindical, esto es, la de los meses de septiembre y octubre de 2.018.

6.2. Lo anterior no es de recibo, porque, en primer término, INDEGA, en la contestación de la demandada, concretamente al dar respuesta a los hechos aceptó como cierto el hecho de que todos sus trabajadores, aún los no sindicalizados, gozan de los beneficios de la CCT, así que, el precedente horizontal de este Tribunal, hincado en el vertical de la Corte Suprema de Justicia (**Vid. Sentencia SL2921-2020**), en este particular caso no resulta aplicable.

6.3. Se suma a lo dicho, que con la documental aportada por el testigo JHON JAIRO HERNÁNDEZ CUADRADO, se infiere

que el demandante continuó siendo afiliado al sindicato SINALTRAINAL.

6.4. En lo que respecta a la apelación de la parte demandante, de que, algunos beneficios convencionales (primas extralegales de junio, vacaciones y navidad), se le deben reconocer al demandante desde la suscripción de la CCT, y no a partir del año siguiente a su vigencia, arguyendo que es una interpretación errada, porque, afirma, no hay razón de ser de suscribir una convención para que sus beneficios lo sean después de un año, y, además, no se tuvo en cuenta el fenómeno de la compilación de normas convencionales; la Sala no acoge esta inconformidad.

6.4.1. Lo anterior porque la interpretación del A quo en la sentencia apelada, que igualmente ha sostenido esta Sala en la sentencia TSMON SCFL, 18 en 2.021, Folio 220-2020, corresponde al claro tener de los artículos 48 a 50 de la CCT, además que no es nada ilógico que la voluntad colectiva sujete la causación o disfrute de beneficios convencionales, a un tiempo posterior a la suscripción de la CCT, porque en la negociación colectiva no se trata de conflictos jurídicos, sino económicos, en los que las provisiones financieras resultan relevantes.

6.4.2. El argumento relacionado con la compilación de las diversas convenciones que ha suscrito INDEGA con dos sindicatos, no es para nada de aceptación. Lo que se infiere es

simple y llanamente, compilar en un documento las convenciones que esa empresa suscribió con SINALTRAINAL y SINALTRAINBEC, más no significa que, ambas convenciones resulten ser un mismo texto convencional y muchísimo menos que los trabajadores puedan beneficiarse de ambas convenciones, así estén afiliados a los dos sindicatos, puesto que, a pesar de la pluralidad sindical y el derecho de los trabajadores a afiliarse a múltiples sindicatos, éstos sólo pueden escoger una sola CCT (Vid. SL2087-2021), y, por ende, únicamente puede ser titular sólo de los beneficios de esa sola, de tal suerte que, en la interpretación de sus cláusulas, esto es, en la determinación del contenido y alcance de éstas, en nada incide si ella aparece compilada con otros textos convencionales.

7. El incremento salarial convencional –art. 28 CCT-

7.1. La apoderada de INDEGA pide revisar este incremento, simple y llanamente afirmando que aplicar el IPC más unos puntos adicionales no es la realidad de la CCT.

7.2. Pues, limitándose la Sala a esa sola sustentación del reparo en referencia, basta con señalar que el artículo 28 de la CCT claramente establece que, a partir del 1º de marzo de 2.019, el referido incremento está en función del IPC más 1.15 puntos, y, el A quo, tuvo en cuenta esa estipulación convencional.

Si en la sustentación de la apelación no se pone en evidencia cuál es la forma en que se debe aplicar dicho incremento, y cuál fue el error del A quo al respecto, no es dable atender ese reparo, habida cuenta que, por virtud de la carga de sustentación que les incumbe a los apelantes, al juez de apelación «[no le es dable] *asumir argumentos de su propia inspiración para desquiciar el fallo apelado*» (Vid. Sentencia CSJ STC, 7 jul. 2.008, rad. 11001-02-04-000-2008-01297-01).

No prospera, entonces, este reparo de la apelación de la demandada.

8. Carácter salarial de las primas extralegales de junio, navidad y de vacaciones

8.1. Aduce la apoderada de INDEGA las primas extralegales en mención no son salarios, y, por ende, no debieron tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales.

8.2. No es de aceptación lo anterior, pues explícitamente el artículo 38 de la CCT determina que las referidas primas serán tenidas en cuenta para liquidar las cesantías, primas legales y las vacaciones.

9. Auxilios de transporte y alimentación

9.1. Le asiste razón a la procuradora de INDEGA en reclamar la exclusión de estos beneficios convencionales, habida cuenta que, en cuanto al auxilio de alimentación, se acreditó que CONTACTAMOS sí pagaba dicho auxilio, e incluso, con un valor de \$5.000 diarios (Vid. dicho de JHON JAIRO HERNÁNDEZ CUADRADO, testigo solicitado por el propio demandante; y, colillas de pago de septiembre y octubre de 2018) que a la postre resulta superior al establecido por el A quo.

9.2. Y, en cuanto al auxilio de transporte, en efecto, su valor es igual al auxilio legal, y, como quiera que se asume que al actor CONTACTAMOS pagaba todos los derechos laborales consignados en la ley, ha de asumirse también que le fue pagado el susodicho auxilio.

Ahora, téngase en cuenta que, salvo estipulación en contrario, no es de aceptación el pago simultáneo de beneficios contemplados en la ley y en un acuerdo de voluntades si tales beneficios participan de la misma naturaleza y finalidad, por cuanto ello resulta contrario al principio de unidad de prestaciones, que tiene arraigo en la equidad y equilibrio económico y social que constituye el objeto de las normas laborales (CST, art. 1º; y sentencias CSJ SL3942-2019 y SL9652-2017).

9.3. Dicho lo anterior, las condenas al pago de los mentados auxilios que están en el numeral de la sentencia apelada, serán revocadas.

10. Las diferencias prestacionales

10.1. La revocatoria de la condena al pago de auxilio de alimentación, incide en la determinación de las diferencias prestacionales que se dejaron de pagar al demandante. En efecto, para establecer lo que se debió pagar al demandante, el a quo tuvo en cuenta el referido auxilio convencional, no obstante, al estar acreditado que al actor sí le pagaban un auxilio que cubre la contingencia en comentario, pero no se tiene prueba de lo que concretamente él recibió mensualmente por ese rubro, lo más razonable, de cara al principio de equidad, es excluir tanto de la liquidación que se asume que le fue pagada, como de la liquidación que se debió pagar de las prestaciones sociales, dicho auxilio, a fin de fijar las diferencias dejadas de pagar.

La anterior conclusión cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que, en materia de cargas probatorias, es al trabajador a quien le incumbe probar el monto salarial recibido cuando pretende condena por pago deficitario. Esta afirmación se infiere de pasajes jurisprudenciales como el siguiente:

“Más sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que

trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se estable que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, **el monto del salario**, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros” (Sentencia CSJ SL, 5 ago. 2009, rad. 36549, reiterada en la SL102-2020). Se destaca.

10.2. No ocurre lo mismo con el auxilio de transporte, porque, además de que ha de asumirse que el legal sí le fue pagado al demandante, pues en la demanda no hay protesta de falta de pago de los derechos mínimos legales, hay certeza del monto mensual tanto del auxilio legal como el del convencional, y, por ende, no hay riesgo de que la aplicación del mismo para liquidar diferencias prestaciones suscite injusticia o inequidad para alguna de las partes.

10.3. En ese orden de ideas, y aceptando los valores o quantum determinados por el A quo, respecto de los cuales, para algunos no hubo discusión, y para otros las inconformidades de

Rad. 23-001-31-05-005-2018-00387-02. Folio 416-2021

los apelantes no prosperaron, la suma que la demandada ha de pagar al demandante por concepto de diferencias prestacionales queda en \$761.104,00, según da cuenta las siguientes tablas explicativas:

PROMEDIO SALARIAL 2018 TENIENDO EN CUENTA INCREMENTO Y DEMAS FACTORES CONVENCIONALES	
Factores salariales	Promedios mensuales de cada uno de los factores
Salario pagado más incremento convencional	\$ 913.162
Auxilio de transporte - promedio mensual	\$ 88.211
1/12 Prima extralegal de Junio	\$ 0
1/12 Prima extralegal de Navidad	\$ 0
1/12 Prima extralegal de Vacaciones	\$ 0
1/12 Prima extralegal de Antigüedad	\$ 36.427
Total promedio mensual salarial	\$ 1.037.800,00

PROMEDIO SALARIAL 2019 TENIENDO EN CUENTA INCREMENTO Y DEMAS FACTORES CONVENCIONALES	
Factores salariales	Promedios mensuales de cada uno de los factores
Salario pagado más incremento convencional	\$ 944.639
Auxilio de transporte - promedio mensual	\$ 97.032
1/12 Prima extralegal de Junio	\$ 70.272
1/12 Prima extralegal de Navidad	\$ 98.902
1/12 Prima extralegal de Vacaciones	\$ 88.492
1/12 Prima extralegal de Antigüedad	\$ 52.054
Total promedio mensual salarial	\$ 1.351.391,00

LIQUIDACION PRESTACIONES QUE SE ASUMEN FUE PAGADA AL TRABAJADOR, TENIENDO COMO SALARIO BASE EL FIJADO EN PRIMERA INSTANCIA							
Fecha inicial	Fecha final	salario	Dias laborados	Cesantias	Intereses cesantias	Primas	Vacaciones
30/08/2018	31/12/2018	\$ 962.469	121	\$ 323.497	\$ 13.048	\$ 323.497	\$ 146.924
1/01/2019	31/12/2019	\$ 1.127.453	360	\$ 1.127.453	\$ 135.294	\$ 1.127.453	\$ 468.486
TOTAL				\$ 1.450.950	\$ 148.342	\$ 1.450.950	\$ 615.409

Rad. 23-001-31-05-005-2018-00387-02. Folio 416-2021

LIQUIDACION PRESTACIONES QUE DEBIÓ SER PAGADA AL TRABAJADOR							
Fecha inicial	Fecha final	salario	Dias laborados	Cesantias	Intereses cesantias	Primas	Vacaciones
30/08/2018	31/12/2018	\$ 1.037.800	121	\$ 348.816	\$ 14.069	\$ 348.816	\$ 174.408
1/01/2019	31/12/2019	\$ 1.351.391	360	\$ 1.351.391	\$ 162.167	\$ 1.351.391	\$ 675.696
TOTAL				\$ 1.700.207	\$ 176.236	\$ 1.700.207	\$ 850.104

DIFERENCIA PRESTACIONES AÑO 2018			
	Prestaciones recibidas	Prestaciones Reajustadas	Diferencia
CESANTIA	\$ 323.497	\$ 348.816	\$ 25.320
INTERESES	\$ 13.048	\$ 14.069	\$ 1.021
PRIMAS	\$ 323.497	\$ 348.816	\$ 25.320
VACACIONES	\$ 146.924	\$ 174.408	\$ 27.484
Total Año 2018			\$ 79.145

DIFERENCIA PRESTACIONES AÑO 2019			
	Prestaciones recibidas	Prestaciones Reajustadas	Diferencia
CESANTIA	\$ 1.127.453	\$.351.391	\$ 223.938
INTERESES	\$ 135.294	\$ 162.167	\$ 26.873
PRIMAS	\$ 1.127.453	\$.351.391	\$ 223.938
VACACIONES	\$ 468.486	\$ 675.696	\$ 207.210
Total Año 2019			\$ 681.959

DIFERENCIAS PRESTACIONALES A PAGAR	
AÑO 2018	\$ 79.145,00
AÑO 2019	\$ 681.959,00
TOTAL	\$ 761.104,00

11. Sanción por no consignación de las cesantías – Art. 99 Ley 50 de 1990

11.1. Protesta la demandada por esta condena, arguyendo que, al no tener el actor derecho al pago de beneficios

convencionales ni al de diferencias prestacionales, no se genera el pago deficitario en que el A quo fundó esta sanción; y, que, además, ha actuado de buena fe.

11.2. Pues bien, al no prosperar los reparos de la apelación que pretendían excluir el derecho del actor a los beneficios convencionales, no hay lugar a concluir que sí hubo el referido pago deficitario. Y, en cuanto a la afirmación de la buena fe de la demandada, no es dable aquí predicarla, dado que, según la realidad probatoria del presente proceso, la tercerización en la que se pretendió derruir el contrato realidad, se hincó de forma inaceptable en el sólo suministro de mano de obra, sin probarse, e incluso, ni alegarse oportunamente, haber utilizado la intermediaria o supuesta contratista independiente – CONTACTAMOS OUTSORCING S.A.S.–, ningún equipo, herramienta o medios de producción propio, aunado a que el administrador de ese contrato por parte de la demandada, esto es, su especialista en operaciones, ALIRIO PLAZAS, fue quien en últimas gobernaba los horarios y turnos, pues lo que, al respecto hacía el coordinador de CONTACTAMOS, simple y llanamente lo deshacía aquél –ALIRIO PLAZAS– a su singular criterio.

Se mantiene, entonces, la sanción en comentario.

12. Conclusión

De lo expuesto fluye sólo la revocación de la condena atinente a los auxilios convencionales de transporte y alimentación, y la aminoración de la condena por diferencia de prestaciones.

13. Costas

Si bien la apelación de la parte demandante no prosperó en su totalidad, la de la demandada sólo lo fue muy parcialmente, razón por la cual no habrá condena en costas por el trámite de esta segunda instancia (Vid. CGP, art. 365.8°).

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada proferida en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído, en el sentido de: **(i)** excluir de las condenas impartidas en dicho numeral las relativas a los auxilios de alimentación y transporte; y, **(ii)** fijar que la condena por diferencia de prestaciones no es de \$895.253,00, sino de **\$761.104,00**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: En el momento oportuno, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KARLEM STELLA VERGARA LOPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 416-2021.....	1
Radicado n°. 23-001-31-05-005-2018-00387-02.....	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
1.1. Pretensiones.....	2
2. Hechos.....	2
2. Contestaciones a la demanda y trámite.....	3
II. LA SENTENCIA APELADA.....	4
III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN.....	4
1. Apelación de la demandada.....	4
2. Apelación del demandante	5
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	6
V. CONSIDERACIONES	6
1. Presupuestos procesales.....	6
2. Problemas jurídicos a resolver	6
3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo	7
4. Indega S.A., la verdadera empleadora del demandante.....	8
5. Respecto a la nivelación salarial.....	20
6. Prueba de la afiliación del actor al sindicato y derecho a los beneficios convencionales reclamados con la demanda	22
7. El incremento salarial convencional –art. 28 CCT-.....	24
8. Carácter salarial de las primas extralegales de junio, navidad y de vacaciones	25
9. Auxilios de transporte y alimentación.....	25
10. Las diferencias prestacionales.....	27
11. Sanción por no consignación de las cesantías – Art. 99 Ley 50 de 1990	30
12. Conclusión	31
13. Costas	32
V. DECISIÓN	32
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	33



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 434-2021

Radicado n°. 23-466-31-89-001-2020-00095-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el extremo pasivo de la relación procesal, en contra de la sentencia pronunciada en audiencia de 16 de noviembre de 2021, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano – Córdoba, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MAYRA ALEJANDRA ROSADO GARCÍA, en contra de la COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

La demandante pide que se declare que existió entre ella y COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A, un contrato a término indefinido con extremos temporales que van desde el 16 de diciembre del año 2010 y el 31 de agosto de 2020, de igual forma pide que se declare que la licencia no remunerada otorgada el día 17 de abril de 2020 hasta el 27 de agosto de 2020 fue hecha sin el consentimiento de la actora. Como consecuencia de todo lo anterior, se solicita que sea ordenado a la demandada a pagar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones en concordancia con la relación laboral mencionada, incluyendo en la liquidación los días contemplados en la licencia no remunerada toda vez que la misma fue otorgada sin consentimiento de la actora.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida y notificada en legal forma la demanda, la demandada ejerció su derecho de defensa de manera oportuna, oponiéndose a las pretensiones.

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma separada. En la última, se recibieron los testimonios de DILIA DE JESÚS GARCÍA AGUAS, RAMÓN CASIANO ROSADO DELUQUE y MARÍA ROSADO DELUQUE, testigos citados por la parte actora; y los testimonios de los señores BUSTAMANTE MOLINA JHONATAN DAVID,

DOMINGUEZ RIOS CARLOS ALBERTO y PEREZ MACEA RUBY ESTELA, solicitados por la parte demandada.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, el juez declaró que entre las partes existió dos contratos laborales, el primer contrato mediante la duración a término fijo entre el 16 de diciembre de 2010 hasta el 31 de enero de 2015, el cual término sin justa causa por parte del empleador, y el segundo mediante la duración de obra o labor contratada entre el 01 de febrero de 2015 hasta el 31 de agosto de 2020, por causa legal, al finiquitar la obra o labor contratada. De igual manera declaró ineficaz la licencia no remunerada otorgada a la señora MAYRA ALEJANDRA ROSADO GARCIA, por parte de su empleador. Como consecuencia de lo anterior, se CONDENA a la demandada COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S A, a pagar determinadas sumas a favor de la parte actora por concepto de salarios, cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios y por concepto de compensación de vacaciones, proporcionales al tiempo que duró la licencia declarada ineficaz.

En dicha decisión también se da por probada la excepción de *prescripción* frente a la indemnización y demás acreencias laborales suscitadas en razón a la finalización del primer vínculo contractual (es decir, el contrato con extremos temporales de 16

de diciembre de 2010 a 31 de enero de 2015), por haber transcurrido más de 5 años, 10 meses y 16 días desde su finalización, así como dar por probadas las excepciones de *improcedencia del reintegro y buena fe*. Para finalizar, en dicha providencia se negaron las demás pretensiones invocadas en la demanda y se condenó en costas a la parte demandada.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El vocero judicial de la parte demandada apeló de forma oportuna la sentencia notificada en estrados, arguyendo que las partes están en libertad de hacer modificaciones a los contratos siempre y cuando confluya acuerdo entre las partes, es por esto que el 16 de abril de 2020 se celebró un otrosí en virtud del cual reconociendo el contexto de salud pública, de manera libre, consciente y voluntaria, ambas partes decidieron conceder una licencia no remunerada hasta nuevo aviso, y de acuerdo con la redacción del documento que no se tachó de falso, las mismas acordarían el disfrute de una licencia no remunerada a partir del 17 de abril. No es dable entonces, afirma el apoderado de la demandada, que en esta instancia se desconozca esa manifestación de voluntad libre y consiente a través de la firma del otrosí allegado como medio de prueba ya que no se demostró ningún vicio de la voluntad en los términos del artículo 1502 del Código Civil, por tanto no es dable que el despacho parta de premisas o manifestaciones genéricas para efectos de restarle validez, legalidad y eficacia a la suspensión del contrato de

trabajo que ocurrió como consecuencia de la licencia no remunerada que fue acordada tanto por empleador y la trabajadora. Que, al ser una licencia ajustada a la ley, no hay lugar al pago de salarios o prestaciones sociales en ese lapso de tiempo.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes enviaron sus alegatos de conclusión, cuyas argumentaciones serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con los reparos y la sustentación de la apelación que hicieron en la audiencia del artículo 80 del CPTSS, una vez que le fue notificado en estrados la sentencia de primera instancia (Vid. Sentencia SL4430-2014).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso, la Sala los encuentra presentes. Por ende, hay lugar a desatar de fondo la segunda instancia.

2. Anotación preliminar: la solicitud de la parte demandante

La parte demandante no interpuso recurso de apelación frente a la sentencia dictada en estrado, ya que, tal como se puede

observar en la grabación que yace en el folio 19 del expediente, en el minuto 30:35 aproximadamente, su vocero judicial expresó estar conforme con la sentencia. No obstante, con posterioridad ha solicitado que se revoque parcialmente la sentencia, a fin de que se imponga la sanción moratoria del artículo 65 del CST, y, para tal efecto, en sus alegatos de conclusión invoca un fallo ultra o extra petita.

Al respecto, ha de señalarse, en primer término, que al juez de la apelación no le asiste facultades extra ni ultra petita (Vid. Art. 50 CPTSS y Sentencias C-662 de 1998 y C-968-2003, Corte Constitucional; y, SL15496-2017, SL4028-2017 y SL, 9 jun. 2009, rad. 34118, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral). Y, en segundo término, tal como se expuso en el numeral segundo de la admisión de la apelación: *«En las alegaciones no hay lugar a abordar nuevos puntos o inconformidades no cuestionados o formulados en la sustentación de la apelación (Vid. Sentencia SL4430-2014)»*.

Dicho lo anterior, la Sala no abordará la dilucidará la procedencia de la sanción moratoria, aun en el evento de no resultar próspero la apelación de la parte demandada.

3. Problema jurídico a resolver

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

debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en la sustentación de la apelación, le corresponde a la Sala dilucidar: (i) Si la licencia no remunerada celebrada entre el empleador COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A. y la trabajadora MAYRA ALEJANDRA ROSADO GARCÍA desde el 17 de abril de 2020 hasta el 27 de agosto de 2020, se ajusta a derecho y, por ende, (ii) la procedencia y liquidación de las acreencias laborales dejadas de percibir durante el tiempo de vigencia de dicha licencia.

4. Solución al problema planteado

Del material probatorio recaudado, en el transcurso del proceso las partes estuvieron de acuerdo con que existió un contrato de obra o labor celebrado entre el empleador COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A. (parte demandada) y la señora MAYRA ALEJANDRA ROSADO (parte demandante), con extremos temporales de 01 de febrero de 2015 hasta el 31 de agosto de 2020, dentro del cual se dio la existencia de una licencia no remunerada desde el 17 de abril de 2020 hasta el 27 de agosto de 2020.

Dicha licencia no remunerada fue considerada ineficaz por el A quo ordenando el pago de las acreencias laborales de manera proporcional y en ocasión a los días que duró la misma.

Manifestando su inconformidad con la decisión, el apoderado de la parte demandada apeló argumentando que la licencia no remunerada fue celebrada de manera libre, consciente y voluntaria entre las partes, reconociendo en todo momento el contexto de salud pública por el que se atravesaba.

Ahora bien, en el contrato firmado por las partes, se puede evidenciar lo siguiente:

PRIMERA. - OBJETO: EL TRABAJADOR se obliga para con EL EMPLEADOR a ejecutar personalmente las labores que sean necesarias y en las anexas y complementarias para desempeñar el cargo de **Asistente Administrativa** o cualquier otro que EL EMPLEADOR le indique, de conformidad con las órdenes e instrucciones que imparta EL EMPLEADOR o sus representantes **PARÁGRAFO PRIMERO:** Las partes manifiestan que la causa que origina la presente contratación es la ejecución del contrato N° **8500080840**, firmado entre EL EMPLEADOR y **CERRO MATOSO S.A**, que a su vez tiene por objeto la prestación del Servicio de Administración, Alojamiento y Mantenimiento de Clubes de CMSA. **PARÁGRAFO SEGUINDO:** Las partes acuerdan expresamente...

Este clausulado permite considerar que el contrato de trabajo por obra o labor que desarrollaba la actora dependía o estaba supeditado al contrato No. 8500080840 celebrado entre el cliente Cerro Matoso S.A. y COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S.A, contrato que no se siguió ejecutando, ya que, como se evidencia en el testimonio recepcionado de Ruby Estela Pérez Macea, hubo un cierre de servicio de los clubes de CMSA y, por tanto, no hubo personal de Compass Group prestando servicios en Cerro Matoso, quedando solo dos personas ejerciendo funciones, a saber: ella, quien obraba como asistente administrativa y manejaba el personal de la empresa y el señor Jhonatan Bustamante, quien se encargaba de la parte contable.

Cabe resaltar que lo anterior no fue controvertido en ninguna instancia del proceso, e incluso, la parte actora nunca afirmó que mientras se encontraba en licencia no remunerada el contrato al que estaba supeditado su contrato de trabajo de obra o labor, es decir, el celebrado entre Cerro Matoso y Compass Group, estuvo ejecutándose.

Estas circunstancias corroboran que no era posible continuar la obra convenida, pues esta dependía del funcionamiento de los clubes de Cerro Matoso S.A, los cuales como ya se puso de relieve, fueron cerrados a causa del confinamiento y el contexto de salud pública ocurrida desde 2020.

Al respecto, en la Sentencia SL091-2022 (M.P. Dolly Amparo Caguasango Villota), la Corte Suprema expresó:

“En un asunto similar, esta Sala consideró que resultaba razonable entender terminada la obra contratada cuando ésta resulta de imposible ejecución ante una determinación de la empresa contratante, por ejemplo, la liquidación unilateral del contrato entre la empresa beneficiaria o contratante y la empleadora del trabajador. Así, en decisión CSJ SL4086-2020 se explicó:

De conformidad con lo expuesto, resultaba plenamente razonable concluir que, para el 19 de abril de 2000, data de terminación del contrato de trabajo del demandante con la sociedad empleadora ABB Automation INC Sucursal Colombia, **que si bien la obra o labor para la que fue contratado no había llegado al 100% de su ejecución, su paralización se había verificado** y se estaban iniciado las operaciones encaminadas a

liquidar el contrato **VRM-026-97** y adiciones, suscrito entre Ecopetrol y ABB-KLEIN, **que, era el que le daba vida a la vigencia de la obra o labor contratada laboralmente con el accionante, pues el segundo no podía existir sin el primero, de manera que la demandada no podía continuar con las obras en condiciones normales y, en dicha medida, garantizar la estabilidad laboral del actor hasta tanto se ejecutara en su totalidad el contrato** de ampliación y actualización de elementos externos del CIB (Bleding), como se reclamaba en la demanda inaugural.

Así las cosas, surge evidente que el rompimiento del vínculo laboral no se dio como consecuencia de un despido unilateral de la demandada, sino por la verificación objetiva de la finalización de la obra o labor contratada, pues el contrato **VRM-026-97** que se situaba como parámetro para la definición de la duración del vínculo de trabajo «*por obra o labor contratada*» suscrito con el promotor del proceso, no tuvo ninguna ejecución después del 7 de abril de 2000 y fue liquidado de manera unilateral por Ecopetrol S.A. el 3 de julio de 2001 (f.º 255 a 281 cuad, de la Corte), lo que dejó a la empresa empleadora contratista sin ninguna posibilidad de continuar con obra alguna, para efectos de la ejecución de la labor contratada con el accionante.

Ahora bien, es innegable que el 19 de abril de 2000 no estaba cumplido en un 100% el contrato de ampliación y actualización de elementos externos del CIB en Barrancabermeja en virtud del contrato **VRM-026-97**, pues de ello dan cuenta documentos tales como la Resolución No. 005 de 2001 y la liquidación del citado contrato y sus adicionales (f.º 236 a 240 y 255 a 281 *ibidem*), que refieren a un avance total de la obra del 66.38%. **No obstante, dicha situación no permite deducir, jurídicamente, que la labor del nexo de trabajo no se había terminado, máxime cuando, como ya se explicó, la continuación de las obras verdaderamente resultó imposible para la empleadora demandada,** por la liquidación estatal unilateral del contrato **VRM-026-97**.

Al respeto cumple señalar que, la duración de la obra o labor del contrato de trabajo del promotor del proceso, no podía identificarse simplemente con la ejecución física de las obras contratadas por Ecopetrol, sin tener en cuenta la suerte del contrato VRM-026-97 que le dio origen al primero de los mencionados, **pues ello daría pie a que, ante la suspensión de las obras y su estado de indefinición, por la liquidación unilateral del contrato por parte de Ecopetrol S.A., se proyectara la permanencia del vínculo laboral de los trabajadores de manera indefinida e indeterminada,** lo que reñiría abiertamente con la voluntad de las partes al escoger un modelo de vinculación determinado «*por la duración de la obra o labor contratada*», ya que, se insiste, **ante la liquidación estatal del referido contrato no existía posibilidad alguna de que la empleadora continuara con el nexo contractual del actor, toda vez que su vigencia estaba ligada al contrato VRM-026-97, suscrito entre**

Ecopetrol y el Consorcio ABB-KLEIN". (Resaltados y subrayas no son del texto).

Dicho precedente se traer a colación ya que, si bien la ejecución de obra o labor no había llegado al 100%, puesto que el contrato que la demandada tenía con la empresa Cerro Matoso S.A aún no había finalizado, se observa que su paralización por el cierre de los clubes fue evidente y que, al ser este el contrato que le daba vida, Compass Group no podía continuar con las obras en condiciones normales.

Considera esta Sala, entonces, que las opciones planteadas a la aquí demandante, es decir, el otorgamiento de licencia no remunerada o finalización del contrato (tal como ella misma lo expresó en el interrogatorio de partes), no viciaron el consentimiento de la actora, porque eran vías ajustadas a derecho, y, por el contrario, la opción de licencia no remunerada buscaba preservar la vigencia de la relación laboral aun cuando los clubes, que eran el objeto del contrato entre Cerro Matoso y Compass y sobre el cual se supeditaba el de obra o labor de la demandante, habían cerrado sus servicios, salvaguardando su relación laboral ante la incertidumbre generada por el confinamiento y el contexto de afectación a la salud pública generada desde ese año a raíz del Covid-19.

Diferente fuera el caso si la licencia la hubiera propuesto el empleador mientras el contrato No. 8500080840 celebrado entre

Cerro Matoso y Compass Group se seguía ejecutando, ya que, de ser así, el argumento del A Quo sobre la posición dominante del aquél, podría ser acogida, toda vez que significaría una suspensión a su contrato de trabajo sin ninguna justificación por estar ejecutándose la obra o labor, en este caso la de administración, alojamiento y mantenimientos de Clubes CMSA, clubes que, como ya se expresó, cerraron sus servicios, hecho que no fue controvertido y que toma más fuerza teniendo en cuenta la existencia de un confinamiento a raíz del Covid 19 el cual fue ordenado por el Decreto 457 de 2020 expedido en 22 de marzo de ese mismo año.

Recuérdese que, la fuerza como vicio del consentimiento, ha de ser reprobable por injusta o ilegítima (Vid. Sentencia SC, 30 jun. 2011, rad. 20001-3103-003-1998-00238-01), de tal suerte que, si el consentimiento de una parte se obtiene bajo la propuesta u oferta que le hace la otra parte de no acudir a otra opción válida de derecho, no se tipifica el referido vicio. Y, en el caso, la otra opción, cual era la terminación del vínculo por finalización de la obra o labor contratada, como quedó arriba explicado, en este particular caso no contrariaba el derecho.

Todo lo expresado en la presente parte motiva es suficiente para revocar los numerales pertinentes de la sentencia apelada, al estimarse estar acreditada la excepción de mérito de inexistencia de la obligación, que comporta la negación íntegra de las pretensiones de la demanda.

5. Costas

Dado que, la sentencia favorable a la parte actora se revoca en su integridad, corresponde condenar a la ésta, pagara a la parte demandada, las costas de ambas instancias (Vid. CGP, Artículo 365-4°). Las agencias en derecho de esta segunda instancia se tasan en 1 SMLMV (Vid. C. S. Jud., Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, art. 5°), porque el litigio no fue de alta complejidad.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

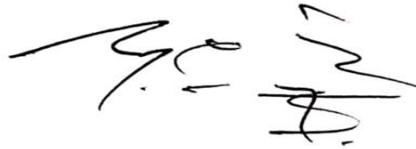
PRIMERO: REVOCAR los **numerales segundo, tercero, quinto y séptimo** de la sentencia apelada, y, en su lugar, **DECLARAR PROBADA** la excepción relativa a la inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Costas como se indicó en la parte motiva.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 434-2021	1
Radicado n°. 23-466-31-89-001-2020-00095-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. La demanda	1
2. Trámite y contestación de la demanda	2
III. LA SENTENCIA APELADA	3
IV. EL RECURSO DE APELACIÓN	4
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	5
VI. CONSIDERACIONES	5
1. Presupuestos procesales.....	5
2. Anotación preliminar: la solicitud de la parte demandante	5
3. Problema jurídico a resolver	6
4. Solución al problema planteado.....	7
5. Costas	13
VII. DECISIÓN	13
RESUELVE:	13
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	14

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

Folio 436-2021

Radicación n° 23-001-31-05-002-2021-00016-01

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia pronunciada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería - Córdoba, en audiencia del 24 de noviembre de 2.021, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **MELSIN STELA CAVADIA PEREZ** contra **MEDIMÁS EPS SAS**.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Se pide que se declare la ineficacia de la suspensión unilateral de contrato de trabajo de la señora **MELSIN ESTELA CAVADIA PÉREZ** desde el 2 de Julio de 2020, por parte de la empresa **MEDIMAS E.P.S S.A.S.**; en consecuencia, la reubicación en puesto y/o cargo de condiciones iguales o similares a las que ostenta actualmente, atendiendo su situación de discapacidad y/o limitaciones físicas, de conformidad con las

Radicación n° 23-001-31-05-002-2021-00016-01 Folio 436-2021.

recomendaciones que al efecto realice medicina laboral de la entidad de salud a la cual se encuentra afiliada en concordancia con su ARL.

Y, el pago de salarios y las prestaciones sociales, tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, causados desde el momento de la suspensión del contrato, es decir, desde el 02 de Julio de 2.020, hasta la fecha, en la que se produzca el reintegro y/o reubicación laboral de manera definitiva de conformidad con sus limitaciones físicas del empleado.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda, y notificada en debida forma, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que MEDIMÁS EPS S.A.S el 07 de abril del 2021, dejó sin efectos la suspensión del contrato de trabajo de la Demandante y procedió a realizar la reliquidación de sus prestaciones sociales, pago de salarios desde la fecha de la suspensión al 07 de abril del 2021, indicando así que el objeto del presente litigio se encuentra ampliamente superado y formuló las excepciones de mérito que denominó: *Cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe e innominada.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma conjunta. Se recepcionó el interrogatorio de parte de la señora MELSIN STELA CAVADIA PEREZ solicitado por la demandada.

II. LA SENTENCIA APELADA

El A-quo, a través de esta, declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación y no probadas las de cobro de lo no debido y buena fe, propuestas por MEDIMAS EPS SAS., que entre la demandante MELSIN ESTELA CAVADIA PÉREZ en calidad de

Radicación n° 23-001-31-05-002-2021-00016-01 Folio 436-2021.

trabajador y MEDIMAS E.P.S S.A.S en condición empleadora, existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 24 de diciembre de 2015 hasta la fecha.

Declaró ineficaz la suspensión unilateral de contrato de trabajo de la señora MELSIN ESTELA CAVADIA PÉREZ, efectuada por MEDIMAS EPS SAS, el 02 de Julio de 2020 y ordenó su reubicación en puesto de trabajo igual o similar, o superior y compatible con el que realizaba y de conformidad con sus posibilidades en razón a su padecimiento.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

En apretada síntesis, la apoderada de la parte demandada aduce que no puede reubicar a la demandante, que ha sido trasladada a varias regionales cercanas a su residencia pero que trasladarla implica también a todo su núcleo familiar a otro departamento distinto al de su lugar de domicilio, cambio que no asegura las mismas o mejores condiciones en las que se encontraba previamente. Que existe una fuerza mayor o caso fortuito, teniendo en cuenta el cierre de la operación de la empresa en los Departamentos de Sucre, César y Chocó.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada judicial de la parte demandada presentó memorial de alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y al recurso de apelación. señala que el contrato de la demandante se encuentra activo, sin suspensión, que no puede reinstalarla en un cargo de igual o similares condiciones al que venía desempeñando, y que la demandante está recibiendo su salario sin realizar la prestación del servicio.

VI. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en la apelación y el principio de consonancia, le corresponde a la Sala dilucidar: si el cierre de operación en los departamentos de Chocó, César y Sucre de la empresa MEDIMAS EPS, constituye una imposibilidad de reubicación y traslado de la señora MELSIN STELA CAVADIA PEREZ, a un puesto de trabajo igual o similar, o superior y compatible con el que realizaba y de conformidad con sus posibilidades en razón a su padecimiento.

2. La reubicación de la demandante es procedente, en el caso, a pesar del cierre de operación en los departamentos de Chocó, César y Sucre de la empresa MEDIMAS EPS.

2.1. Del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, se desprende que, el contrato de trabajo se suspende:

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

2. Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.

3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.

4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.

5. Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por

Radicación n° 23-001-31-05-002-2021-00016-01 Folio 436-2021.

{treinta (30) días} después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.

6. Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.

7. Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley.

Ahora, en el caso que nos ocupa, el a quo declaró ineficaz la suspensión del contrato de trabajo de la demandante, ordenando así su reubicación en puesto de trabajo igual o similar, o superior y compatible con el que realizaba y de conformidad con sus posibilidades en razón a su padecimiento, esto es, su condición de salud, reubicación que como se expuso anteriormente, fue objeto o punto de apelación por parte de la apoderada judicial de MEDIMAS EPS.

Como fue señalado, argumenta tanto en su recurso de apelación como en los alegatos presentados, que desde el 2 de julio de 2020, se dejó sin efectos la suspensión del contrato, el cual actualmente se encuentra vigente, aduce que la demandante está recibiendo el salario sin la prestación del servicio de conformidad con el artículo 140 del C.S.T., habida cuenta que tienen imposibilidad de reinstalarla en un cargo de igual o similares condiciones al que venía desempeñando, imposibilidad que sustenta en la revocatoria de la autorización para operar como EPS en 3 departamentos, que es una disposición emanada de la Superintendencia Nacional de Salud, la cual es de obligatorio cumplimiento y, por ende, suscita la imposibilidad para ejecutar las actividades laborales de su cargo; sumado a esto, las diferentes órdenes emanadas del Gobierno Nacional y que han retrasado el curso normal del proceso judicial, es una situación imprevisible que no podía tenerse en cuenta al momento en que se inició dicho proceso.

De las pruebas documentales aportadas se tienen las siguientes:

- Resolución No. 002379 de 2020, por la cual se decide una actuación de revocatoria parcial de autorización de funcionamiento, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, de MEDIMAS EPS en los departamentos de Atlántico, Arauca, Bolívar, Cauca, Cundinamarca, Guainía, la Guajira y Magdalena.
- Resolución No. 12877 de 2020, por la cual se decide una actuación de revocatoria parcial de autorización de funcionamiento, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de MEDIMAS EPS en los departamentos de Antioquia, Nariño, Santander y Valle del Cauca.
- Resolución 3818 de 2019, por la cual se decide una actuación de revocatoria parcial de autorización de funcionamiento a MEDIMAS EPS, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de MEDIMAS EPS en los departamentos de Choco, Sucre y Cesar.
- Contrato individual de trabajo como auxiliar regional de operaciones.
- Certificación expedida por MEDIMAS EPS, de 3 de mayo de 2021, donde consta que (la) señor(a) MELSIN ESTELA CAVADIA PEREZ identificado(a) con cédula de ciudadanía No. 50.904.847 labora en la empresa MEDIMÁS E.P.S. S.A.S. desde el día 24 de diciembre de 2015 con contrato de trabajo a término INDEFINIDO. En la actualidad desempeña el cargo de ASESOR DE SERVICIO AL CLIENTE. Su contrato laboral fue objeto de sustitución patronal de CAFESALUD E.P.S. a MEDIMAS E.P.S. a partir del 1 de agosto de 2017.

En este orden de ideas, se tiene que nos encontramos frente a un cierre parcial, pues de acuerdo a las pruebas documentales aportadas al proceso, MEDIMAS EPS, fue objeto de intervención por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LA SALUD, quien determinó mediante las Resoluciones N° 3818 de 2019, 12877 y 12877 de 2020, revocar parcialmente la autorización de funcionamiento de MEDIMAS EPS S.A.S en los departamentos (Sucre, César, Chocó, Atlántico, Arauca, Bolívar, Cauca, Cundinamarca, Guainía, la Guajira, Magdalena, Antioquia, Nariño, Santander y Valle del Cauca) y según la carta de notificación levantamiento de suspensión de contratos y pago de salarios, respecto a la reubicación, le informan que desde el 01 de junio de 2020 se dio el cierre de operación en el departamento donde desarrollaba sus actividades.

En este sentido, la orden de reubicación dada establece que se haga en puesto de trabajo igual o similar, o superior y compatible con el que realizaba y de conformidad con sus posibilidades en razón a su padecimiento, ello quiere decir, que, el mismo no fue dispuesto exclusivamente al cargo que desempeñaba, sino a uno igual, similar o superior, por lo que se considera que la orden objeto de apelación no es imposible de cumplir, pues la demandada bien puede ubicar laboralmente a la actora en un empleo que comporte el ejercicio de funciones para lo cual esté capacitada; entonces, la supresión de un puesto de trabajo no hace imposible llevar a cargo la orden de reintegro, y, si bien la recurrente alega la revocatoria del funcionamiento de MEDIMAS EPS, en algunos departamentos, puede trasladar a la demandante a otra regional, pues de acuerdo al certificado de Cámara de Comercio aportado con la demanda, cuenta con una sede principal en la ciudad de Bogotá, es decir, no existe en este caso cierre definitivo de la empresa y conforme a los hechos 35, 36 y 37 de la demanda, la demandante afirmó que *nunca se ha opuesto a los*

Radicación n° 23-001-31-05-002-2021-00016-01 Folio 436-2021.

traslados que le ha ordenado su empleador, es así como laboro en la ciudad de Cartagena y Sincelejo.

Lo anterior encuentra sustento en la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, SL2841-2020, en la que señaló:

En la demostración de tales yerros, la censura omite lo dicho por el juez colegiado en la adición de la sentencia frente a la excepción denominada imposibilidad física y material del reintegro. Allí, el tribunal hizo claridad de que el reintegro no fue dispuesto exclusivamente al cargo que desempeñaba en la cantera el Copey, sino que el reintegro se ordenó a un cargo de igual o superior categoría. Por esta razón, el ad quem consideró que, con la orden de reintegro, no fue impartida una orden imposible de cumplir, pues la pasiva bien puede ubicar laboralmente al actor en un empleo que comporte el ejercicio de funciones para lo cual esté capacitado. Que, de no ser así, la protección especial conferida por el juzgador resultaría inane cuando la actividad personal que desempeñaba el trabajador ya no existe.

Tal razonamiento implica que el juez de la alzada no dejó de examinar las pruebas indicadas, sino que decidió que su contenido no influía en la decisión de ordenar el reintegro. Lo que deja sin sustento la acusación. Por otra parte, es de anotar que la supresión de un puesto de trabajo no hace imposible llevar a cargo la orden de reintegro.

Por todas las razones expuestas, se confirmará la sentencia apelada.

3. Costas

Al no haber réplica a la alzada, se estima que no se causaron las costas en esta segunda instancia (Art. 365, numeral 8°, CGP).

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha y origen anotados en el p^ortico de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Reconocer como apoderada judicial de MEDIMAS EPS, a la abogada PAOLA ANDREA ORJUELA QUINTERO, para los fines y en los t^{er}minos del poder a ella conferido.

CUARTO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**


MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREN STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Radicación n° 23-001-31-05-002-2021-00016-01 Folio 436-2021.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 442-2021

Radicado n°. 23-001-31-05-004-2018-00348-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia pronunciada en audiencia de 20 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por MARIO ALBERTO CANTERO PESTANA contra INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A., quien llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Pide el demandante que se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre él, como trabajador, e INDEGA S.A. como empleadora, cuya vigencia inició desde el 6 de abril de 2.015 y aún continúa vigente. Como consecuencia, pide, se condene a la empleadora al pago del reajuste salarial, beneficios convencionales descritos en la demanda, reliquidación de prestaciones sociales, sanciones moratorias de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y numeral 3° del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, e indexación.

2. Hechos

En síntesis, se invocan como hechos de la demandada que, el actor, desde el 6 de abril de 2015, con la intermediación de CONTATCAMOS OUTSORCING S.A.S. y ATENCOMP S.A.S., laboró para INDEGA S.A., existiendo entonces el ocultamiento de la real relación laboral con INDEGA S.A., y percibiendo una asignación salarial inferior a la recibida por los trabajadores de su real empleador, amén de no recibir el pago de los beneficios consagrados en la CCTA que esa real empleadora ha suscrito.

2. Contestaciones a la demanda y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, INDEGA y formuló las excepciones de mérito que denominó: *Inexistencia de la obligación, prescripción y compensación.*

2.2. A su turno, SEGUROS DEL ESTADO, quien fue llamado en garantía por INDEGA, también se opuso a las súplicas de la demanda, proponiendo las excepciones de mérito: *Prescripción, inexistencia de la relación laboral y de solidaridad con respecto a INDEGA y compensación.* Frente al llamamiento en garantía excepcionó: *Inexistencia de solidaridad, inexistencia de la obligación indemnizatoria para el pago de vacaciones y sanción moratoria, límite de cobertura, deducible y exclusiones.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron separadamente. En la última, se practicó el interrogatorio de parte al actor y a la representante legal de INDEGA; y, se recibieron los testimonios de la parte demandante (LUIS CARLOS OCHOA FUENTE y ÁNGEL DARÍO URANGO HERNÁNDEZ) y los de la parte demandada (FÉLIX ARTURO GUTIÉRREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO AVELLO YARURO).

II. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta, se negaron las pretensiones de la demanda, al estimar que el demandante labora no bajo la subordinación de

INDEGA, sino de CONTACTAMOS, empresa ésta que sí actúa como contratista independiente en los términos del artículo 34 del CST., porque de la prueba documental y testimonial se desvirtuó la presunción de contrato de trabajo, ya que las labores desarrolladas por el trabajador a nombre de CONTACTAMOS las realiza con independencia respecto de INDEGA, al usar equipos y dotaciones propias para ejercer la labor en favor de la empresa usuaria.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El vocero judicial del demandante, en apretada síntesis, radicó su inconformidad en que INDEGA sí es la verdadera empleadora, pues hubo efectiva prestación de los servicios personales, bajo la continua e interrumpida subordinación ejercida por el personal de planta de aquélla; la labor realizada hace parte del giro ordinario de la demandada; ésta es propietaria de los equipos utilizados por el actor; CONTACTAMOS OUTSOURCING, no obra con libertad y autonomía técnica ni directiva; e INDEGA, por convención colectiva, está obligada a no contratar a través de empresas a personal que ejecute labores habituales o permanentes. Asimismo, aduce que el demandante tiene derecho a la nivelación salarial convencional para la liquidación de los beneficios establecidos en la C.C.T.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Alegaciones de la parte demandante

Reiteró lo expuesto en la sustentación de la apelación.

2. Alegaciones de la demandada Indega

Expone que la subordinación jurídica al actor la ejerció la empresa CONTACTAMOS, y la tercerización que ésta hizo INDEGA, es legítima, porque el objeto de la misma no concierne a su objeto social, y CONTACTAMOS cuenta con autonomía financiera, técnica, estructura propia y aparato productivo especializado, amén de que la ejecución del contrato lo hizo con equipos o herramientas propias.

3. Alegaciones de Seguros del Estado

Sus alegaciones apuntan a la inexistencia de la relación laboral y solidaridad con respecto a INDEGA, a la ausencia de cobertura de la póliza, exclusiones y límites de ésta, y a la inexistencia de solidaridad frente a esa llamada en garantía.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, razón por la cual es proceden desatar de fondo el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

2. Problemas jurídicos a resolver

Por virtud de las inconformidades planteadas en la apelación, le corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si INDEGA es la verdadera empleadora del demandante; de ser así, si él **(ii)** tiene derecho a la nivelación salarial o al pago de diferencias salariales; **(iii)** a los beneficios convencionales reclamados con la demanda; **(iv)** a la reliquidación de las prestaciones sociales; **(v)** al pago de las diferencias de aportes pensionales; **(vi)** a la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y del artículo 1° de la Ley 52 de 1975; **(vii)** a la indexación; y, **(viii)** si SEGUROS DEL ESTADO, como llamada en garantía, tiene alguna obligación de reembolso a favor de INDEGA, respecto de condenas que ésta llegare a pagar al actor.

Ahora, para efectos de esclarecer el primer interrogante, resulta pertinente puntualizar previamente las cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo.

3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo

Al trabajador demandante le incumbe probar la prestación personal del servicio, y con ello, se presumen los demás elementos de la relación laboral, esto es, la subordinación y la remuneración, y en tal evento, le correspondería al demandado desvirtuar la subordinación (**Vid. Art. 24 CST y Sentencias SL1378-2018, SL10546-2014, SL, 24 abr. 2012, rad. 39600 y SL, 5 ag. 2009, rad. 36549**).

Asimismo, es del resorte del trabajador acreditar otros hechos esenciales para obtener a su favor las condenas salariales, prestaciones e indemnizatorias, como, por ejemplo, los extremos temporales de la relación, la jornada laboral, el monto del salario y el despido, entre otros hechos (**Vid. sentencia SL16110, 4 nov. 2015, rad. 43377 y SL, 24 abr. 2012, rad. 41890**).

4. No se acreditó que Indega S.A. sea la verdadera empleadora del demandante

4.1. Empiécese por señalar que, para hallar al verdadero empleador en los casos de tercerización e intermediación laboral, éstos no son susceptibles de generalización, y, por el contrario, a la conclusión de que el beneficiario de los servicios es el real empleador, ha de llegarse con pruebas suficiente y luego del estudio minucioso de las mismas. Así lo ha expresado la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en las sentencias **SL216-2019** y **SL2789-2019**. En esta última, así lo señaló:

“la Corte debe puntualizar que casos como el presente no pueden generalizarse, por el contrario, cada asunto debe ser objeto de un minucioso estudio **cuyo resultado se deriva de las pruebas y las circunstancias que rodean la situación particular y demás aspectos que se discuten en el trámite procesal**, de lo cual depende que se declare o no un contrato de trabajo realidad, ello significa que pueden existir decisiones en uno u otro sentido”. Se destaca y se subraya.

4.2. La Sala encuentra como hecho claramente acreditado por la parte demandante, que éste ha prestado sus servicios personales en las instalaciones de INDEGA, los cuales han beneficiado a ésta, sin solución de continuidad, por lo menos, desde el 6 de abril de 2.015.

Lo antes expresado tiene respaldo probatorio en la prueba documental (contrato de trabajo y colillas de pagos, pdf. «01PrimeraySegundaInstancia», pág. 18 a 20), en armonía con el dicho de todos los testigos (LUIS CARLOS OCHOA FUENTE, ÁNGEL DARÍO URANGO HERNÁNDEZ, FÉLIX ARTURO GUTIÉRREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO AVELLO YARURO).

4.3. Por virtud de todo lo dicho, es de aceptarse la activación de la presunción de contrato de trabajo establecida en el artículo 24 del CST, desde el 16 de abril de 2016 y hasta, por lo menos, el 12 de marzo de 2020.

4.4. No obstante, en el presente caso, INDEGA sí desvirtuó la anterior presunción, puesto que acreditó la legalidad de la tercerización de sus actividades logísticas a ATENCOM S.A.S.

y a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.; que el actor prestó sus servicios dentro del marco de esas actividades tercerizadas; y, que la subordinación a aquél –al actor- fue realmente ejercida por CONTACTAMOS.

4.4.1. En efecto, si bien está acreditado con todos los testimonios que el actor prestó sus servicios en las propias instalaciones de INDEGA, ello, per se, no es suficiente para concluir que el contrato de trabajo fue con esa empresa (Vid. Sentencias SL. 27 oct. 1999, rad. 12187, reiterada en la SL3883-2020 y SL868-2013, entre otras), máxime cuando quedó acreditado con los testimonios de FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO AVELLO YARURO, no solamente que CONTACTAMOS, a través de su coordinador, es la que viene ejerciendo la subordinación al actor, sino además es la que, en la ejecución del contrato materializador de la tercerización de los servicios, casi todos los equipos o herramientas utilizadas son de su propiedad, tales como pistola de empaque, pistola térmica o de calor y patines manuales, amén de que suministra al actor los uniformes y elementos de protección.

Ahora, se dijo que el actor cuando realiza su labor utiliza patín eléctrico de propiedad de INDEGA, ello de por sí no es suficiente para concluir que CONTACTAMOS se limitó a suministrar trabajadores.

Además, no sólo del dicho de los testigos solicitados de por la parte demandada (FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO), sino también del propio demandante y de los testigos recibidos a instancia suya, se infiere que licencias o permisos para ausentarse del trabajo, eran del resorte de CONTACTAMOS. También reconoció el actor y lo afirmó el testigo ABELLO YARURO, que CONTACTOS lo distinguió en ocasiones como mejor empleador del mes.

4.4.2. Y si bien el testigo LUIS OCHOA, trabajador directo de INDEGA, afirmó que da órdenes al demandante, realmente no son tales, pues, en primer término, no es un trabajador de un nivel que tenga personal a su cargo. La interrelación de él con el demandante, lo que tipifica son pedidos de actividades que se enmarcan en los servicios presta CONTACTAMOS a la beneficiaria INDEGA. Es que, cuando en una organización se encarga legítimamente a un tercero algunas partes u operaciones de todo un proceso productivo, es obvio que todo debe estar articulado, de ahí que sea de total recibo que, en los engranajes de esas distintas partes u operaciones del proceso, confluyan trabajadores del contratista independiente y de la beneficiaria, ejecutando, cada quien, sus respectivas actividades, y, en esa coyuntura o acoplamiento, aquellos se demanden la realización de las tareas a su cargo e, incluso, se formulen indicaciones o sugerencias, y no por esto se desvirtúa la autonomía de los

servicios tercerizados, como tampoco el poder subordinante que la empresa prestadora ejerce sobre sus empleados.

4.5. De otra parte, se ha hablado que el demandante ha recibido capacitaciones brindadas por personal de la demandada. Sobre el particular, ha de puntualizarse que el hecho de que los empleadores le incumbe capacitar a sus trabajadores, ello no significa o impide que aquéllas las pueda extender –no imponer– al personal de sus contratistas. Así, la Honorable Sala de Casación Laboral en sentencia **SL2074-2021**, discurrió:

“Si bien, a través de algunos de esos comunicados el demandante y otros administradores, fueron citados a reuniones, talleres y conferencias, ello no necesariamente comporta el ejercicio del poder subordinante por parte de la encausada, porque si la avicultura formaba parte del objeto social de Pimpollo S.A.S., no resulta extraño que como concedora del sector organizara capacitaciones en las que pudieran participar sus contratistas, en beneficio de la ejecución del objeto contractual. Además, la convocatoria a reuniones, no es exclusiva de las relaciones de linaje laboral”. Se destaca.

4.6. Asimismo, con los testigos FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO, acreditó INDEGA que su actividad principal o esencial es la de producción, por lo que, las actividades logísticas no productivas, aunque sean conexas o complementarias a éstas, perfectamente las puede externalizar; y, en efecto, las realizadas por el actor corresponden a dichas actividades logísticas, lo que está demostrado con los mentados testigos, y los contratos comerciales que fueron incorporados al proceso.

4.7. De otra parte, sostiene el vocero judicial del demandante, que el artículo 8 de la CCT suscrita por la demandada, ésta se obligó a no contratar trabajadores a través de empresas de servicios temporal y similares. Frente a esto, es de señalarse que, en la tercerización no se contrata trabajadores, sino que se obtienen productos o servicios. En todo caso, en ningún aparte del texto convencional, se asigna como consecuencia de la aludida obligación, el tener entonces a los trabajadores de las contratistas, como trabajadores propios.

4.8. Entonces, ha de concluirse que, en el presente caso, CONTACTAMOS, sí actuó como contratista independiente, porque la demandada acreditó que la actividad comercial por la cual contrató a aquélla, no se limitó a una simple provisión o suministro de personal, habida cuenta que los servicios logísticos los ejecuta dicha contratista con medios, maquinarias o herramientas propios, sin que esto lo desvirtúe el hecho de utilizar un equipo específico (patín eléctrico) de propiedad de la empresa comitente (INDEGA), puesto que, iterase, la aludida contratista (CONTACTAMOS) también aporta equipos propios.

De manera que, según todo lo expuesto, hay lugar a confirmar la sentencia apelada, insistiendo la Sala que, la decisión judicial de cada proceso, ha de corresponder a la realidad probatoria que éste contiene.

5. Costas

Dado que hubo réplica al recurso de apelación, corresponde condenar en costas a la parte demandante, y en favor de la demandada y de la llamada en garantía (Vid. CGP, art. 365).

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias en la suma equivalente a 1 SMMLV, acorde con lo establecido en el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Dicho monto será distribuido por partes iguales entre la demandada y la llamada en garantía.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Rad. 23-001-31-05-004-2018-00348-02. Folio 442-2021.

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

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: En el momento oportuno, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
MAGISTRADOS**



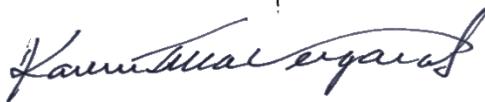
MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 442-2021	1
Radicado n°. 23-001-31-05-004-2018-00348-02	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN	1
II. ANTECEDENTES	1
1. Demanda	2
1.1. Pretensiones	2
2. Hechos.....	2
2. Contestaciones a la demanda y trámite	3
II. LA SENTENCIA APELADA	3
III. EL RECURSO DE APELACIÓN	4
IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
1. Alegaciones de la parte demandante	5
2. Alegaciones de la demandada Indega	5
3. Alegaciones de Seguros del Estado.....	5
V. CONSIDERACIONES	5
1. Presupuestos procesales.....	5
2. Problemas jurídicos a resolver	6
3. Cargas probatorias que le incumben a las partes cuando se discute la existencia del contrato de trabajo.....	6
4. No se acreditó que Indega S.A. sea la verdadera empleadora del demandante.....	7
5. Costas	12
V. DECISIÓN.....	13
RESUELVE:	13



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado sustanciador

FOLIO 453-2021

Radicado n° 23-417-31-03-001-2019-00142-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, con respecto a la sentencia del 2 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Lorica, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por ARMANDO LUIS MENDOZA NUÑEZ contra COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Se pide en la demanda el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14%, del valor de su pensión mensual por su cónyuge MIRIAM DEL SOCORRO OLASCOAGA NAVAJA, establecido en el Decreto 758 de 1990 artículo 21, que aprobó el Acuerdo 049 de 1990, desde el 10 de julio de 2018.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda, y notificada en debida forma, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones que denominó: *Falta de causa para demandar, buena fe, prescripción e innominada.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma conjunta y se celebraron acorde con la ley.

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

A través de ésta, el A quo negó las pretensiones de la demanda y declaró probada la excepción de falta de causa para demandar propuesta por COLPENSIONES, al estimar, en resumen, que los beneficios como el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo contenido en decreto 758 de 1990 reglamentado en el Acuerdo 049 del mismo año, fue derogado por la Ley 100 de 1993. Señala que la finalidad del régimen de transición es aplicar el beneficio del tiempo y edad, no otros beneficios como el incremento señalado, cita la SU 140 de 2019, por la cual se establece una derogación orgánica de los referidos beneficios a partir del 1 de abril de 1994.

Que la pensión del demandante fue reconocida en el año 2018, fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que lo excluye de ser beneficiario del incremento solicitado.

Que además de lo legal señalado anteriormente, encuentra que no se estructuran tampoco los requisitos para conceder el incremento pedido, habida cuenta que, no existe prueba que la señora MIRIAM DEL SOCORRO OLASCOAGA NAVAJA, no tenga otro ingreso o dependa totalmente del pensionado. Indica que solo fueron aportadas unas

declaraciones extra juicio, las cuales no fueron sometidas a contradicción en un debate judicial.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegaciones de conclusión.

V. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

La Sala encuentra presente los presupuestos de eficacia y validez del proceso. Por ende, corresponde desatar de fondo el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante.

2. Problema jurídico a resolver

Corresponde a la Sala dilucidar: i) Si el demandante, tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14%, del valor de su pensión mensual por su cónyuge a cargo establecido en el Decreto 758 de 1990 artículo 21; o ii) si tal beneficio desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia CC SU140-2019.

3. El demandante no es acreedor de los incrementos del 14% por cónyuge o compañero permanente a cargo.

3.1. El incremento pensional, solicitado por el demandante, se encuentra consagrado en el Decreto 758 de 1990, en su artículo 21, literal b, así: *En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.*

3.2. La doctrina constitucional sentada por la Sala Plena guardiana de la carta, respecto al incremento que nos ocupa, concluyó que, *salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015. (Vid. Sentencia SU-140 de 2019).*

3.3. En el caso, si bien, el demandante afirma que *la norma no fue derogada por la Ley 100 de 1993 y porque el texto no es incompatible con lo regulado en la mentada ley*, descendiendo los anteriores prolegómenos al caso, es evidente que no hay lugar a conceder las pretensiones solicitadas, pues al demandante mediante Resolución SUB 217045 de 2018, le fue reconocida por parte de COLPENSIONES, la pensión de vejez, es decir, su reconocimiento pensional fue posterior a la Ley 100 de 1993; y, lo cierto es que para la fecha de su reconocimiento pensional, ya el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no estaba vigente, dada la derogación orgánica del régimen anterior.

Ahora, el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, en su tenor literal dispone: *“La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación, salvaguarda los derechos adquiridos y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966, el artículo 5 de la Ley 33 de 1985, el parágrafo del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que los modifiquen o adicionen”*.

Respecto a la derogatoria del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, la H. Corte Constitucional, en sentencia SU 140 de 2019, que fue anteriormente citada, se pronunció al respecto, considerando que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, no está dentro de las normas expresamente derogadas por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo que al hacer el estudio de si dicha norma pertenece o no a las que fueron tácitamente derogadas por la ley o por otras normas que hayan modificado ésta última con posterioridad, señaló que el artículo 71 del Código Civil prevé dos tipos de derogatoria: (i) la derogatoria expresa, que ocurre “*cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua*”; y (ii) la derogatoria tácita, “*cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior*”, que en esta última se presentan dos hipótesis “por incompatibilidad con el contenido de una nueva norma (lex posteriori derogat priori) o ante la existencia de una regulación integral que la subsume.” así, pues cuando la derogatoria tácita se configura con ocasión de la referida situación de regulación integral, la jurisprudencia ha convenido en denominarla como ‘derogatoria orgánica’, considerando así que de la Ley 100 de 1993 se desprende la derogación orgánica de todas las normas que integraban el régimen de seguridad social anterior a ella.

En gracia de discusión, si se admitiera que los incrementos del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, no hubieran sido orgánicamente derogados, son incompatibles con una norma constitucional, esto es, con el el inciso 11 del artículo 48 de la Constitución introducido por el Acto Legislativo 01 de 2005, que restringe los beneficios pensionales a aquellos que cohabitan al interior del sistema pensional previsto integralmente por la Ley 100 de 1993 y demás normas posteriores y concordantes.

Así también fue considerado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su sala de Casación Laboral, en sentencia, SL3977-2021:

“sin embargo, no es acreedora de los incrementos del 14% por cónyuge o compañero permanente a cargo, pues tal beneficio desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia CC SU140-2019.

En lo atinente, esta Corporación en sentencia CSJ SL2061-2021, enseñó: En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993.

Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).[...]7. Conclusiones De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2005.

De lo expuesto, teniendo en cuenta que la pensión de la promotora del juicio se causó el 18 de diciembre de 2006, sin duda, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, la reclamación por incrementos pensionales es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.”

Lo dicho se estima suficiente para confirmar la aludida sentencia.

4. Costas

Sin costas por haberse desatado el grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

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

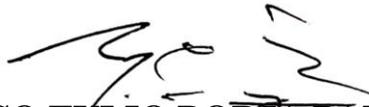
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Costas Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREN STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 455-2021

Radicado n° 23-001-31-05-001-2020-00245-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 2 de diciembre de 2.021, por el Juzgado Primero del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por SANDRA LUZ SALGADO FERNÁNDEZ contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

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

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

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

2. Apelación de Porvenir S.A.

También expone que el traslado fue libre y lo evidencia el formato de afiliación. Asimismo, protesta por la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, porque, en casos de nulidad de traslado de régimen, sólo procede devolver los aportes y sus rendimientos financieros, para lo cual invoca concepto de la superintendencia financiera, sin inclusión de los referidos gastos y de los seguros previsionales.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de PORVENIR y COLPENSIONES presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en cuanto conciernan a la sustentación que hicieron de las apelaciones (Vid. Sentencia SL4430-2014).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

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

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

3.1. De acuerdo al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado, es libre y voluntaria. Empero, tal libertad es cualificada,

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

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

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

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

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

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

3.4. Se alega que COLPENSIONES no fue parte o no intervino en la afiliación o traslado al RAIS, ni es responsable de las decisiones autónomas tomadas por los fondos privados de pensiones. Lo anterior no tiene la fuerza de enervar el derecho invocado por la parte demandante, porque es consecuencia de la ineficacia del acto, el que los sujetos vuelvan a la situación anterior al mismo, es decir, al RPM a cargo hoy de

COLPENSIONES. Este argumento de esta entidad demandada, fue incluso desechado por la Corte (**Vid. Sentencia SL3901-2020**). Además, así como no necesitaron las partes que intervinieron en la afiliación o traslado de la voluntad de COLPENSIONES, tampoco es de recibo que, para la ineficacia de dicho acto, tenga que mediar la voluntad o consentimiento de esa entidad.

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

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

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

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

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

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

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

los valores correspondientes a *gastos de administración* y los utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL4404-2021, SL4398-2021, SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

4.2. De las anteriores consecuencias el A quo omitió la relativa a los seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, por lo que hay que adicionar la sentencia inicial, por virtud del grado de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES.

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

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

al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

4.4. Y, en cuanto al argumento de que no se deben trasladar los los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia **SL4398-2021** discurrió:

“(…) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le

corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido”.

5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia

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

6. Conclusión

Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación, y que en la etapa de alegaciones de conclusión ante esta superioridad no es dable incluir nuevas inconformidades (Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia CSJ SL4430-2014), pero que igualmente se hizo el estudio panorámico por virtud del grado de consulta, lo expuesto se estima suficiente para adicionar la sentencia inicial en los términos arriba señalados y, en lo demás, confirmar la misma.

7. Costas de esta segunda instancia

Dado que no hubo replica a los recursos de apelación, no se condenará al pago de las costas por el trámite de esta segunda instancia (CGP, art. 365.8°).

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el **numeral segundo** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido que también se condena a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la parte actora estuvo afiliada a ese fondo privado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 455-2021	1
Radicado n° 23-001-31-05-001-2020-00245-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	2
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Porvenir S.A.....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	3
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma	4
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	8
5. Condena en costas a Colpensiones en la primera instancia	11
6. Conclusión	11
7. Costas de esta segunda instancia.....	12
VII. DECISIÓN	12
RESUELVE:.....	12
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	13



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 463-2021

Radicado n° 23-001-31-05-005-2021-00168-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por todos los sujetos que integran la parte demandada, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 6 de diciembre de 2.021, por el Juzgado Quinto del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NUNILA SOBEIDA ZUMAQUÉ GÓMEZ contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la beneficiaria de la consulta.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

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

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

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

2. Apelación de Porvenir S.A.

También expone que el traslado fue libre y protesta por la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, porque, en casos de nulidad de traslado de régimen, sólo procede devolver los aportes y sus rendimientos financieros, para lo cual invoca concepto de la superintendencia financiera, sin inclusión de los referidos gastos y de los seguros previsionales.

3. Apelación de Protección S.A.

También muestra inconformidad por la condena a devolver los gastos de administración, pues estos se cobran no por voluntad de ella, sino por imposición del artículo 7 de la Ley 797

de 2.003, amén de que, si se afirma que el negocio es inexistente por virtud de la ineficacia, son también inexistente los frutos que se dieron con ocasión del mismo, razón por la cual de éstos no puede beneficiarse la parte actora.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de las partes presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en cuanto conciernan a la sustentación que se hicieron de las apelaciones (Vid. Sentencia SL4430-2014).

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la

Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019**), el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

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

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

pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

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

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

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

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

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

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración* y los utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL4404-2021, SL4398-2021, SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas en la sentencia inicial, lo que entonces resulta acorde a derecho.

4.3. Ahora, en cuanto a las réplicas sobre el tema de los gastos de administración, para no acogerlas, además de lo ya dicho, se trae a colación la sentencia **SL2877-2020** de la

Honorable Sala de Casación Laboral, en la que ese órgano de cierre discurrió:

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

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

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

4.4. Y, en cuanto al argumento de que no se deben trasladar los los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia **SL4398-2021** discurrió:

“(…) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido”.

5. Condena en costas en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque las demandadas resultaron vencidas en la primera instancia, ya que se opusieron a las pretensiones de la demanda y, además, formularon excepciones de mérito que no le prosperaron.

6. Conclusión

Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación, y que en la etapa de alegaciones de conclusión ante esta superioridad no es dable incluir nuevas

inconformidades (Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia CSJ SL4430-2014), pero que igualmente se hizo el estudio panorámico por virtud del grado de consulta, lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

7. Costas de esta segunda instancia

Dado que hubo replica a los recursos de apelación, hay lugar a condenar en costas por el trámite de esta segunda instancia, a las demandadas y en favor de la parte demandante (CGP, art. 365.8°).

Como el litigio no fue de complejidad, se tasan las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) SMLMV (Vid. C. S. Jud., Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, art. 5°).

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

VII. DECISIÓN

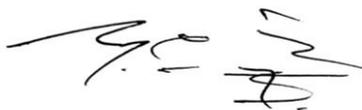
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**MARCO TULIO BORJA PARADAS****Magistrado****CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**
Magistrado
KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada

Contenido	
FOLIO 463-2021	1
Radicado n° 23-001-31-05-005-2021-00168-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN.....	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Porvenir S.A.....	3
3. Apelación de Protección S.A.	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	4
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma	5
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	9
5. Condena en costas en la primera instancia.....	11
6. Conclusión	11
7. Costas de esta segunda instancia.....	12
VII. DECISIÓN	12
RESUELVE:	13
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	13



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 466-2021

Radicado n° 23-001-31-05-005-2021-00120-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 7 de diciembre de 2.021, por el Juzgado Quinto del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ESTHER SOLINA PINTO PACHECO contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la beneficiaria de la consulta.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

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

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

PORVENIR S.A., declarando probada la excepción de mérito relativa a la falta de legitimación en la causa por pasiva que ésta propuso.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

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

2. Apelación de Protección S.A.

También muestra inconformidad por la condena a devolver los gastos de administración y primas de seguros previsionales, pues se trata de un contrato de transacción cuya ineficacia comporta es la terminación, más no la desaparición de sus efectos; que la parte demandante estuvo amparada con los aludidos seguros, que si hubo rendimientos financieros es porque hubo administración, luego la devolución de gastos

administración y de los rendimientos constituyen enriquecimiento sin causa.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la parte demandante y de PORVENIR S.A. presentaron alegaciones de conclusión, insistiendo en sus afirmaciones que defendieron a lo largo de la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

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

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

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

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

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

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad

informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

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

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

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-**

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

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

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

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

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

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

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

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración* y los utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL4404-2021, SL4398-2021, SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas en la sentencia inicial, lo que entonces resulta acorde a derecho.

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

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

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

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

4.4. Y, en cuanto al argumento de que no se deben trasladar los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de

pensión mínima, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia **SL4398-2021** discurrió:

“(…) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido”.

5. Condena en costas en la primera instancia

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

6. Conclusión

Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación, y que en la etapa de alegaciones de conclusión ante esta superioridad no es dable incluir nuevas inconformidades (Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia CSJ SL4430-2014), pero que igualmente se hizo el estudio

panorámico por virtud del grado de consulta, lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

7. Costas de esta segunda instancia

Dado que hubo replica a los recursos de apelación, hay lugar a condenar en costas por el trámite de esta segunda instancia, a las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., y en favor de la parte demandante (CGP, art. 365.8°).

Como el litigio no fue de complejidad, se tasan las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) SMLMV (Vid. C. S. Jud., Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, art. 5°).

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

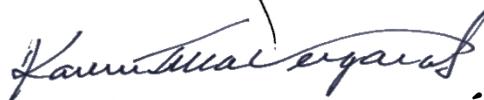
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido	
FOLIO 466-2021	1
Radicado n° 23-001-31-05-005-2021-00120-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Protección S.A.	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	4
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma	5
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	9
5. Condena en costas en la primera instancia.....	11
6. Conclusión	11
7. Costas de esta segunda instancia.....	12
VII. DECISIÓN	12
RESUELVE:	13
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	13

MARCO TULLIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 467-2021

Radicado n° 23-001-31-05-005-2021-00235-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, como también el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la última, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 9 de diciembre de 2.021, por el Juzgado Quinto del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por DIANA CECILIA ESQUIVIA LENGUA contra las recurrentes.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

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

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

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

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

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Apelación de Colpensiones

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

2. Apelación de Porvenir S.A.

Expone que el traslado fue libre, sin vicio de consentimiento. Así mismo, protesta por la condena a devolver los gastos de administración, señalando que las administradoras privadas de pensiones están autorizadas legalmente para administrar los ahorros de los afiliados, y es a causa de la gestión de ella es que se da la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual. Igualmente, replica la condena en costas.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los respectivos voceros judiciales de la parte demandante y de PORVENIR S.A. presentaron alegaciones de conclusión, insistiendo en sus afirmaciones que defendieron a lo largo de la primera instancia. La apoderada de COLPENSIONES envió correo señalando que adjuntaba al mismo sus alegaciones, pero realmente no las anexó.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico a resolver

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

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

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

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

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

El caso, sólo está acreditado la suscripción por la parte demandante de los formatos de vinculación o traslado; empero, no hay prueba alguna de que esa libertad haya sido una libertad

informada, esto es, haya sido el resultado de la asesoría con las características y dimensión atrás señalada. Por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la parte demandante al RAIS.

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

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

3.3. En lo que respecta a la excepción de prescripción, basta con señalar que, conforme a la jurisprudencia sentada por la Honorable Sala de Casación Laboral (**Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-**

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

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

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

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

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

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

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

4. Consecuencias de la ineficacia del traslado

4.1. Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: (i) la declaración de que el o la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la parte demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución los valores correspondientes a *gastos de administración* y los utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (**Vid. Sentencias SL4404-2021, SL4398-2021, SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008**).

4.2. Todas las anteriores consecuencias fueron impuestas en la sentencia inicial, lo que entonces resulta acorde a derecho.

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

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

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

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

4.4. Y, en cuanto al argumento de que no se deben trasladar los los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de

pensión mínima, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia **SL4398-2021** discurrió:

“(…) trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, en la medida en que la declaratoria de ineficacia conlleva que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido”.

5. Condena en costas en la primera instancia

Tal condena sí resulta procedente a la luz del artículo 366, numeral 8, del CGP, porque las demandadas resultaron vencidas en la primera instancia, ya que se opusieron las pretensiones de la demanda y, además, formularon excepciones de mérito que no les prosperaron.

6. Conclusión

Dado el principio de consonancia que debe guardar la sentencia de segunda instancia con los reparos planteados en la sustentación de la apelación, y que en la etapa de alegaciones de conclusión ante esta superioridad no es dable incluir nuevas inconformidades (Vid. CPTSS, art. 66-A y Sentencia CSJ SL4430-2014), pero que igualmente se hizo el estudio

panorámico por virtud del grado de consulta, lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

7. Costas de esta segunda instancia

Dado que hubo replica a los recursos de apelación, hay lugar a condenar en costas por el trámite de esta segunda instancia, a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., y en favor de la parte demandante (CGP, art. 365.8°).

Como el litigio no fue de complejidad, se tasan las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) SMLMV (Vid. C. S. Jud., Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, art. 5°).

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

VII. DECISIÓN

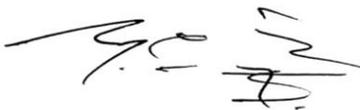
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE**MARCO TULIO BORJA PARADAS****Magistrado****CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO**
Magistrado**KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ****Magistrada**

Contenido

FOLIO 467-2021	1
Radicado n° 23-001-31-05-005-2021-00235-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda.....	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	3
1. Apelación de Colpensiones	3
2. Apelación de Porvenir S.A.....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	4
VI. CONSIDERACIONES.....	4
1. Presupuestos procesales	4
2. Problema jurídico a resolver	4
3. Procedencia de la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS y consecuencias de la misma	5
4. Consecuencias de la ineficacia del traslado.....	9
5. Condena en costas en la primera instancia.....	11
6. Conclusión	11
7. Costas de esta segunda instancia.....	12
VII. DECISIÓN	12
RESUELVE:	13
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	13



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE MONTERÍA

Sala Segunda Civil Familia Laboral

MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

Folio 468-2021

Radicación n° 23-001-31-05-004-2020-00212-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra de la sentencia de 1 de diciembre de 2.021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JUAN ANTONIO BUSTILLO RANGEL contra la ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Se pide que se declare la existencia entre el demandante en calidad de trabajador, y la demandada, en calidad de

empleador, de un contrato de trabajo que cobró vigencia desde el 1° de septiembre de 2.015 hasta el 31 de octubre de 2.017, y, en consecuencia, se condene a la última al pago de las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás rubros laborales reclamados en la demanda.

2. Trámite y contestación de la demanda

2.1. Admitida la demanda, y notificada en debida forma, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: *Falta de legitimación de la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe, pago de la obligación y prescripción.*

2.2. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se realizaron de forma conjunta. La última se suspendió y se reanudó el 1 de diciembre a las 4:00 PM., se recepcionó el interrogatorio de parte de JUAN ANTONIO BUSTILLO RANGEL, solicitado por la E.S.E HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA y los testimonios de PEDRO CESAR COGOLLO AVILEZ, HERNANDO AGRESOTT LUGO Y LUIS CARMELO PIONS ARTUZ, solicitado por la parte actora.

III. LA SENTENCIA APELADA, EN LOS PUNTOS IMPUGNADOS

A través de esta, se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la parte demandante. Argumentó su decisión en que el demandante no acreditó la

calidad de trabajador oficial, pues ejerció sus labores como auxiliar de radiología y apoyo en esta dependencia.

Consideró que en el caso no se declara la falta de jurisdicción, sino que no es procedente pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Apeló la parte demandante arguyendo que sí ostenta la calidad de trabajador oficial, pues las órdenes de prestación de servicios suscritas señalan que prestó sus servicios como auxiliar de servicios generales, aceptándolo así la E.S.E. HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA.

Que los testigos fueron claros al señalar que el demandante fue portero y que ejerció sus labores en el área de radiología, que el demandante es bachiller, por lo tanto, nunca indicaron que es radiólogo, pues no tiene los estudios para ejercer como tal.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

VI. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, le corresponde a la Sala dilucidar: **(i)** si hay ausencia de prueba de haber tenido el demandante la condición de trabajador oficial en el ente demandado; en caso afirmativo, **(ii)** si hay lugar a negar las pretensiones de la demanda por la anterior razón o a declarar la falta de jurisdicción y, por ende, remitir el proceso a la jurisdicción contencioso administrativa.

2. Ausencia de prueba de la condición de trabajador oficial del demandante

2.1. En la demanda invoca el demandante haber tenido con el ente demandado, por virtud del principio de la primacía de realidad, relación laboral regida por sendos contratos de trabajo y no por contratos de prestación de servicios que fueron los aparentemente suscritos.

Luego, para predicar la existencia de los contratos de trabajo invocados con la demanda, le incumbía al demandante probar que tuvo la condición de trabajador oficial.

2.2. Pues bien; en cuanto a la calidad de empleado público o trabajador oficial de quienes laboran en las entidades públicas, tiene establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Vid. CSJ SL-17440, 12 Nov. 2014, rad. 41863) que, conforme a la combinación

de los criterios orgánicos y funcional, en tratándose de entes de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública cuyo objeto principal es el ejercicio de funciones administrativas, la regla general es que son empleados públicos, y solo por excepción, serán trabajadores oficiales quienes se ocupen en la construcción y sostenimiento de obras públicas; en tanto que, en lo concerniente a las empresas industriales y comerciales del Estado, la regla es la contraria, esto es, en principio sus servidores son trabajadores oficiales, a excepción de los que, conforme a los estatutos de dichas empresas, desempeñen actividades de dirección y confianza, que serán empleados públicos.

Lo anterior, con otras palabras, significa que serán trabajadores oficiales quienes, en cualquier entidad pública, prestan sus servicios en labores o actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, o cualquier otra actividad en empresas industriales y comerciales del Estado, salvo las de dirección o confianza.

En lo que respecta a las Empresas Sociales del Estado-ESE, son otras las reglas, que es del caso aquí señalar, habida cuenta que, el ente demandando es una E.S.E.; entonces, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, en su párrafo señala que son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

En este sentido, respecto a las actividades de mantenimiento de la planta física de los hospitales y servicios generales, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de junio de 2004, Rad. 22324 reiterada en la sentencia rad. 36668 del 26 de junio de 2011, fijó su posición así:

“Al paso de tales premisas, el mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.

Esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de fijar su posición sobre el entendimiento de actividades de servicios generales. Así, en sentencia del 21 de junio de 2004, Rad. 22.324, adoctrinó:

“...los 'servicios generales' dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran”.

Y, en sentencia del 13 de octubre de 2004 (Rad. 22.858), asentó: “...dentro del concepto de servicios generales a que alude la disposición ya citada, han de involucrarse, a manera solamente de ejemplo, aquellas actividades relacionadas con el aseo, vigilancia y alimentación, mas no las que correspondan a servicios médicos y paramédicos”.

Sin duda, en este último fallo la Corte afinó su orientación doctrinaria en derredor del entendimiento del concepto de servicios generales, en cuanto precisó que las actividades que correspondan a servicios médicos y paramédicos no cuadran en tal noción, porque –se agrega ahora– no vienen encaminadas a satisfacer los requerimientos que resultan comunes a las distintas dependencias que conforman el ente hospitalario o la empresa social del Estado.”. Subrayas de la sala.

2.4. Entonces, como en este proceso no existe prueba alguna de que el demandante desarrollara labores o actividades de mantenimiento de la planta física como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría; o actividades de servicios generales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, sino, por el contrario, según se desprende de los testimonios recepcionados, ejecutó sus funciones en la dependencia de rayos x, como portero de esa dependencia, controlando la entrada de los pacientes que llevaban a realizarse algún estudio, también, servía de apoyo a los técnicos de rayos x, movilizandolos los equipos a UCI o donde fueran requeridos, por lo que, no hay lugar concluir que haya sido trabajador oficial.

2.4.1. Al respecto, el apoderado del actor en su apelación señala que el demandante si ostenta la calidad de trabajador oficial, pues las ordenes de prestación de servicios señalan que prestó sus servicios como auxiliar de servicios generales y que el demandante es bachiller, por lo tanto, los testigos nunca indicaron que es radiólogo, pues no tiene los estudios para ejercer como tal.

En el caso, revisadas las órdenes de servicios aportadas con la demanda, son:

1. Contrato de Prestación de Servicios No. 286-15 de 1 de septiembre de 2015, tiene por objeto prestar sus servicios como portero en la ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA.
2. Contrato de Prestación de Servicios No. 884-15 de 30 de octubre de 2015, tiene por objeto prestar sus servicios como auxiliar de servicios generales en la ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA.
3. Contrato de Prestación de Servicios No. 270 de 1 de enero de 2016 al 31 de enero de 2016, tiene por objeto prestar sus servicios como auxiliar de servicios generales en la ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA.
4. Contrato de Prestación de Servicios No. 548 de 1 de enero de 2017, tiene por objeto prestar sus servicios como auxiliar de servicios generales en la ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA.
5. Contrato de Prestación de Servicios No. 1116 de 1 de febrero de 2017, tiene por objeto prestar sus servicios como auxiliar de servicios generales en la ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA.
6. Contrato de Prestación de Servicios No. 1764 de 1 de mayo de 2017, tiene por objeto prestar sus servicios como auxiliar de servicios generales en la ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA.

7. Contrato de Prestación de Servicios No. 2470 de 1 de septiembre de 2017, tiene por objeto prestar sus servicios como auxiliar de servicios generales en la ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA. Y, adición de 15 días, en tiempo y valor de fecha 29 de septiembre de 2017.
8. Contrato de Prestación de Servicios No. 2844 de 17 de octubre de 2017, tiene por objeto prestar sus servicios como auxiliar de servicios generales en la ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA.

Ahora, las anteriores órdenes de prestación de servicios, señalan como obligaciones, entre otras: *...prestar los servicios de vigilancia y responder por los bienes muebles e inmuebles bajo su cuidado, colaborar en el cargue y descargue de mercancías cuando se lo soliciten, revisar los paquetes que entren y salgan de la entidad, realizar limpieza de paredes, puertas, divisiones, limpiar, desmanchar, realizar limpieza de pisos, áreas comunes, barrer y brillar; hacer limpieza en laboratorios, áreas quirúrgicas, rayos x y cirugía.*

Labores, que según el interrogatorio de parte recepcionado al señor JUAN BUSTILLO RANGEL y los testimonios de los señores PEDRO CESAR COGOLLO, HERNANDO ANTONIO AGRESOT y LUIS CARMELO PIONS, no eran las que realizaba el demandante, pues se reitera ejecutó sus funciones en la dependencia de rayos x, como portero de esa dependencia, controlando la entrada de los pacientes que llevaban a realizarse algún estudio, también,

servía de apoyo a los técnicos de rayos x, movilizandolos equipos a UCI o donde fueran requeridos.

El señor JUAN BUSTILLO RANGEL, cuando informó sobre las obligaciones que tenía en la ESE HOSPITAL SAN JERONIMO DE MONTERÍA, dijo: *Portero, era portero* (minuto 46:04).

Se le interrogó sobre sus actividades de portero, que le tocaba hacer, contestó: *estuve en portería de urgencias, estuve en rayos x, me tocaba ayudarlo a los técnicos y cuidar el área de trabajo, de los técnicos el portátil de radiografía y el portátil de ecógrafo llevarlo a donde lo necesitaba el técnico, ya sea a cirugía, ya sea a UCI o a los pisos, urgencias me tocaba llevar los equipos* (minuto 46:28).

Cuando se le indicó que había manifestado ser portero, señaló que *también le tocaba ese rol de colaborarle a los técnicos y llevar los equipos portátil de radiología y ayudaba a llevar al ecógrafo.*

Lo anterior, fue coincidente con lo dicho por el señor PEDRO CESAR COGOLLO, cuando le preguntaron sobre las funciones que realizaba el señor Juan Bustillo, dijo: *el cumplía su función en la puerta y también servía de apoyo como una palanca de apoyo a los técnicos de radiografía y la demás maquinaria que estaba en rayos x, era lo que yo le observaba a él cuando pasaba por ahí.* (minuto 01:07:40).

El testigo HERNANDO ANTONIO AGRESOT LUGO, dijo *el era portero de rayos x (minuto 01:32:19).*

Controlar la puerta, porque es un servicio donde solo puede entrar el familiar, el paciente, el familiar y los auxiliares clínicos, en la puerta, también estuvo en la puerta de urgencia y siempre lo veía con los aparaticos con los que hacen los rayos x, colaborándole a los radiólogos (01:33:59).

Cuando le preguntaron que sucedía con la puerta que era encargada al señor Bustillo cuando se iba supuestamente cargando los elementos médicos, contestó: *más que todo era en las horas de la mañana cuando había que hacerle los exámenes a los pacientes de la UCI, él ayudaba a llevar el servicio y regresaba inmediatamente, podía quedar ahí un, le pedía el favor a un auxiliar clínico mientras el le colaboraba a llevar (minuto 01:42:18).*

Yo solo lo observaba ahí en la puerta como portero y en las horas tempranito moviendo los aparatos ayudando a los técnicos (minuto 01:43:45).

El testigo LUIS CARMELO PIONS, respecto a las funciones del señor Bustillo, dijo: *trabajó en la sección de rayos x se llama imágenes, ahí prestaba el, los servicios (minuto 01:49:45).*

El prestaba sus servicios como portero en la sección de rayos x, ósea, a imágenes. (minuto 01:51:09).

Estaba pendiente a la puerta para cuando llevaban los pacientes o cuando llevan al personal a tomarse ayos x esta pendiente de abrir la puerta, debe informarle a la gente, que necesitaba, para donde va. (minuto 01:52:00).

2.4.2 Entonces, las actividades de servicios generales, en las que sí podrían estar incluidas las de aseo o limpieza y vigilancia o celaduría, dan la condición de trabajador oficial a quien las realice, tratándose del personal de las ESE (Empresas Sociales del Estado), que, en cuanto a la naturaleza de sus servidores, está ello definido en reglas especiales, concretamente el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, en armonía con el 195-5° de la Ley 100/93 (**Vid. Sentencia 8 de mayo de 2018, rad. 23-001-31-05-004-2015-00350-01, Folio 582-2016**); empero, como se dijo no está acreditado que las mismas fueran realizadas por el actor.

2.5. En conclusión, no quedó acreditado que el vínculo laboral del demandante con el ente demandado sea el propio de trabajador oficial; prueba ésta que es carga de la parte actora, pues, conforme a lo que se ha expuesto, en tratándose de Empresas Sociales del Estado, como la aquí demandada, la regla general es que las actividades a cargo de la misma son propias de empleados públicos, en tanto que la excepción son los servidores públicos que desempeñan cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, por lo que, entonces, en un proceso en el que se pretenda obtener la declaración de la relación laboral derivada de un contrato de trabajo, *«lo que incluye la determinación de la condición de*

trabajador oficial» (Vid. Corte Constitucional, Autos de Sala Plena A380-21 y A378-21), se ha de acreditar fehacientemente los hechos constitutivos de la excepción.

Lo anterior también tiene respaldo en la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral, por ejemplo, en la sentencia rad. 36668 del 26 de junio de 2011:

“Elementales postulados de la distribución de la carga de la prueba enseñan que **sólo es posible catalogar a un servidor público de una empresa social del Estado como trabajador oficial, en la medida de la demostración, en un proceso judicial, de que su labor está relacionada con tales actividades** –mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales–, siempre que no hagan parte de los cuadros directivos. La ausencia de prueba en tal sentido conduce, irremediablemente, a que el servidor público sea catalogado como empleado público, merced a la mentada regla general.” Se destaca y se subraya.

3. Negación de las pretensiones por no acreditación de la calidad de trabajador oficial invocado por el demandante

3.1. No estando acreditado en el caso la calidad de trabajador oficial del demandante, corresponde dilucidar si habría que negar las pretensiones de la demanda o declarar la falta de jurisdicción.

3.2. Al respecto, cabe señalar que, cuando en la demanda se afirma que el actor tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo así sea con una entidad pública, ello radica la competencia en la jurisdicción ordinaria laboral, máxime cuando, con base en ello, se exigen

los consecuentes derechos laborales. Esto significa que al juez laboral no le es dable desconocer su jurisdicción y competencia en el asunto, afirmando que el vínculo entre el actor y el ente demandado es de empleado público (legal o reglamentario), pues ello concierne a un examen de fondo de la pretensión formulada, que, de ser cierta dicha afirmación, lo que conduce es a un fallo adverso de la pretensión por la no acreditación del contrato de trabajo o condición de trabajador oficial, más no a la ausencia de los presupuestos procesales de jurisdicción o competencia.

3.3. Lo anterior tiene respaldo en pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional en los que, siguiendo precedentes de la Honorable Sala de Casación Laboral, ha resuelto conflictos de jurisdicción entre la ordinaria laboral y la contencioso administrativa, por ejemplo, en los autos A264-21, A378-21 y A380-21. En el primer auto señaló la guardiana de la Carta lo siguiente:

“la jurisdicción laboral se activa con la presentación de una demanda en la que se alega la existencia de una relación laboral derivada de un contrato de trabajo con un particular o ‘el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública’.”

(...).

“Así las cosas, la simple mención de una entidad pública en el extremo pasivo del proceso no implica que la jurisdicción laboral

carezca de competencia para pronunciarse de fondo. Por el contrario, **'la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral viene dada desde que el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública.'**” Las cursivas son del texto. Las negrillas y el subrayado no lo son.

3.4. Lo antes dicho, como quedó arriba señalado, es tema suficientemente decantado y definido en la forma indicada, por la misma Honorable Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, como, por ejemplo, en la sentencia SL17470, 12 nov., 2014, rad. 41863 (M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), en la que expresó:

“Lo expuesto, obliga recordar que **cuando el ciudadano acude ante la jurisdicción ordinaria laboral en la búsqueda de que en condición de trabajador oficial se le reconozcan derechos derivados de tal calidad, tal pedimento constituye un asunto de orden sustancial que debe ser definido por sentencia de fondo o de mérito**, tal y como lo dejó sentado la Sala en sentencia CSJ SL10610-2014”. Se destaca.

Y, en la sentencia SL5525-2016 (reiterada en las SL1195-2020 y SL1011-2018), aunque con más amplitud, lo mismo señaló la Honorable Corte Suprema de Justicia:

“En sentencia CSJ SL10610-2014, reiterada en CSJ SL17470-2014, la Corte señaló que en eventos como el que acá se estudia, *«la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral viene dada desde que el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública»*, **de manera que es el demandante**

quien provoca o activa la competencia de esta jurisdicción al asegurar que su relación está regida por un contrato de trabajo.

Es necesario aclarar, que esta competencia que adquiere el juez laboral en virtud de la naturaleza del conflicto, no lo obliga a decretar indefectiblemente la existencia de un contrato de trabajo, como al parecer lo entiende el recurrente. Perfectamente el juzgador puede, al final del proceso, determinar que en realidad no se configuró un contrato de trabajo y, consecuentemente, desestimar las pretensiones de la demanda.

Dicho de otro modo: la jurisdicción y competencia que adquiere el juez laboral en virtud de la naturaleza del conflicto no es una camisa de fuerza ni lo vincula a decretar la existencia de un contrato de trabajo. Pues, en efecto, basado en el análisis de las pruebas y la interpretación de las disposiciones vigentes, puede llegar a la conclusión que en realidad, el vínculo no estuvo regido por un contrato de trabajo, bien sea por tratarse de una relación autónoma e independiente, o por consistir en un nexo jurídico que, de llegar a ser dependiente, de todas formas no podría estar regido por un contrato de trabajo, como acontece con los empleados públicos”. Se destaca.

En fin, lo que se viene señalando corresponde a una línea jurisprudencial sólida que viene desde varios decenios de años, como, por ejemplo, lo evidencia la sentencia SL, 14 mar. 1975, “G.J.”, CLI 424 (que ha sido reiterada en la SL1946-2018, SL19841-2017 y en la SL, 8 abr. 2003, rad. 19547) en la que expresó la Honorable Sala de Casación Laboral:

“[...] la competencia de que trata el art. 2º del C.P.T. no se puede determinar por la demostración que en el curso del juicio se haga del contrato de trabajo, sino por la afirmación que de la existencia de tal vínculo proponga el actor, puesto que la competencia ha de determinarse por factores existentes al iniciarse el litigio y no puede resultar por lo que llegue a demostrarse en el proceso. El apoyo que el demandante de a sus pretensiones en un contrato de trabajo, determina la competencia del juzgador y no es posible decidir como excepción previa lo que es precisamente el

fundamento del fondo de la controversia [...] ya que el juez del trabajo es competente para conocer de los juicios que se inicien con base en un contrato de trabajo, y debe absolver de las peticiones que tengan tal apoyo, cuando no se establezca esa clase de relación laboral”.

Otros precedentes judiciales de ese mismo órgano judicial de cierre, con la misma línea jurisprudencial son: SL19841-2017, SL17531-2017, SL17528-2017, SL17893-2017, SL2603-2017, AL454-2014, SL6369, 20 may., 2015, rad. 48387 (M.P. Dr. Elsy Del Pilar Cuello Calderón); SL, 12 Sep., 2006, rad. 26892 (M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz); y, SL, 29 Oct., 2002 rad. 19.178 (M.P. Dr. Germán Valdés Sánchez).

Lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia apelada, habida cuenta que no se acreditó la condición de trabajador oficial del demandante, y, por ende, la existencia del contrato de trabajo invocado.

4. Costas

No hay lugar a imponer condena en costas en esta segunda instancia, porque al no haber intervención de las partes, se estima que las mismas no se causaron (CGP, art. 365-8°).

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Costas como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Magistrada