



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 074-2022

Radicado n°. 23-001-31-05-004-2018-00347-02

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, tres (3) de junio 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 24 de febrero de 2.022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por YEISON DARIO COGOLLO SEVERICHE 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 continua 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 CONTACTAMOS OUTSORCING S.A.S. y ATENCOM 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, se recibieron los testimonios de la parte demandante (LEONARDO VILLALBA GUERRA y LUIS CARLOS OCHOA FUENTES) y los de la parte demandada (FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO 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 o autonomía frente a INDEGA, y en el marco de una tercerización legal respecto de actividades que no son de la esencia del objeto misional de la última.

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 los testigos de INDEGA ingresaron a laborar con posterioridad a haber dejado el demandante de ejecutar labores como operario rotativo de producción.

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 las prestaciones sociales, convencionales, sanciones, reliquidaciones y demás rubros laborales indicados en la demanda; y, **(iii)** 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, 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. 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 prueba 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. En lo que dice a la prueba testimonial, ha de recordarse que, ante grupos de pruebas contradictorias, los jueces tienen autonomía de optar por la que le infunda mayor credibilidad (Vid. Sentencias CSJ SL2833-2017 y SL832-2013; SC13099-2017, CSJ SC 003-2003 del 11 de febrero de 2003, rad. 6948, reiterada en SC11151 de 2015, rad. N° 2005-00448-01), siempre y cuando, claro está, llegue a ese libre convencimiento, según lo impone el artículo 61 del CPTSS, conforme a una valoración acorde a los principios de la sana crítica.

Y, si bien no se está resolviendo aquí un recurso de casación, sino el de apelación, lo cierto es que, en éste, la valoración probatoria del A quo, frente a la de las partes, goza de un plus, siempre que esa valoración, claro está, sea razonable y acorde a las reglas de la sana crítica y a los principios de la lógica. En efecto, todos los jueces, incluyendo los de la instancia inicial, gozan de autonomía y, por ende, de la «*potestad legal de apreciar libremente la prueba*» (Vid. Sentencias SL3368-2018, SL2833-2017, SL15277-2016 y SL17070-2014), y, tal potestad no la pierden por el sólo hecho que su decisión judicial admita el grado jurisdiccional de consulta.

4.3. En este caso, el A quo de la valoración de la prueba testimonial, extrajo que la relación de la demandante con la demandada no fue de carácter laboral. A su turno, el apoderado

de la actora, al sustentar la apelación, defiende la naturaleza laboral del vínculo, arguyendo, en apretada síntesis, que la subordinación fue ejercida por el personal de la demandada; 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 los testigos de INDEGA ingresaron a laborar con posterioridad a haber dejado el demandante de ejecutar labores como operario rotativo de producción.

4.4. Pues bien; a pesar de la presunción de contrato de trabajo del artículo 24 del CST, derivada de la evidente prueba que la actora prestó sus servicios personales a la demandada, y de los indicios de laboralidad que se invocan en la apelación, lo cierto es que la mentada presunción e indicios quedó derruida, porque, en efecto, la prueba testimonial, especialmente los dichos de los testigos FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO ABELLO YARURO, se evidencia que aquí se acreditó la legalidad de la tercerización de las actividades logísticas de INDEGA 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 quien viene ejerciendo la subordinación al actor, sino además, en la ejecución del contrato materializador de la tercerización de los servicios, también aporta equipos o herramientas de su propiedad, tales como pistolas térmicas o de calor, patines manuales e hidrolavadora, amén de que suministra al actor los uniformes y elementos de protección personal.

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, porque quedó probado que también emplea herramientas y equipos propios.

Además, no sólo del dicho de los testigos solicitados por la parte demandada (FELIX ARTURO GUTIERREZ PADILLA y MARIO ALEJANDRO AVELLO YARURO), sino también del propio demandante y de los testigos recibidos a instancia suya, se

infiere que no es la demandada, sino CONTACTAMOS quien paga a aquél –al demandante– sus salarios, le concede sus vacaciones y le suministra la dotación y elementos de protección personal.

4.4.2. Y si bien el testigo LEONARDO VILLALBA GUERRA, quien fuera en época el coordinador de CONTACTAMOS, dijo que, a pesar de ser él quien hacía la programación de los turnos de los trabajadores de esa empresa, ésta la variaba LEONID BURGOS, trabajador de INDEGA, ello, en primer término, era en ocasiones en las que él estaba ausente y se presentaba alguna novedad o situación especial con el personal de INDEGA; y, en segundo término, esa sola injerencia de un trabajador de INDEGA con la permisibilidad de otro de CONTACTAMOS, y sólo en materia de programación de turnos, no constituye motivo suficiente para dar al traste un proceso legítimo de tercerización pactado por las altas jerarquías de ambas empresas.

Además, cuando una organización encarga legítimamente a un tercero algunas partes u operaciones de todo un proceso, 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 o comitente, ejecutando, cada quien, sus respectivas actividades, y, en esa articulación o acoplamiento, aquellos se demanden la realización de las tareas a

su cargo e, incluso, se formulen indicaciones o sugerencias, **y hasta se colaboren recíprocamente** 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 a los empleadores le incumbe capacitar a sus trabajadores, ello no significa o impide que aquéllas las puedan 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 conocedora 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 se desprende no sólo del dicho de los mentados testigos, sino, incluso, del propio dicho de él y de su testigo LEONARDO VILLALBA. En efecto, en cuanto al dicho de él, pues aceptó que no cuenta con el registro dactilar para el ingreso al laboratorio de producción; y, con el dicho del segundo, claramente expresó que las labores recaían sobre el producto terminado.

De lo anterior, de paso, se evidencia la irrelevancia de la réplica de la apelación, consistente en que los testigos de la parte demandada ingresaron tiempo después de haber dejado el actor de ejecutar las supuestas labores de operario rotativo de producción.

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. Lo antes expuesto, denota que la conclusión del A quo de la ausencia del carácter laboral de la relación que existió entre el demandante y la parte demandada, es la que se impone, pues,

a la luz de las pruebas arriba señaladas, es razonable y convincente que, en el presente caso, CONTACTAMOS, sí actuó como contratista independiente, porque la demandada acreditó que la actividad comercial por la cual contrató a aquella, 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.

Además, más allá que un trabajador de INDEGA, en ocasiones pasadas y ante situaciones coyunturales o especiales, y sin ser la política de esa empresa, se haya inmiscuido en la programación de turnos del resorte del Coordinador de CONTACTAMOS, con el beneplácito de éste, ello no obnubila que la real subordinación al actor la ejercía esa contratista – CONTACTAMOS–, pues a su entera potestad radicaba el poder disciplinario y de contratación del actor, la concesión de sus vacaciones y permisos, infiriéndose también el *ius variandi*,

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,

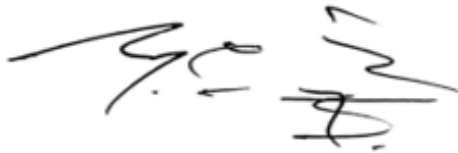
RESUELVE:

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



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 074-2022 1

Radicado nº. 23-001-31-05-004-2018-00347-02 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 5

 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..... 15

V. DECISIÓN..... 15

RESUELVE: 15



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado ponente

FOLIO 091-2022

Rad. 23-001-31-05-003-2019-00394-01

Montería, tres (3) de junio de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 28 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por ADIS ROCÍO GARAVITO DUQUE contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y en el que fue vinculado MANUEL JOSÉ GARABITO DÍAZ.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. La demandante pide reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en condición de madre del causante LUIS

ALFREDO GARABITO GARABITO, a partir del 11 de marzo de 2.018, con intereses moratorios e indexación.

1.2. Como causa petendi, en resumen, se aduce que su hijo LUIS ALFREDO GARABITO GARABITO, murió el 11 de marzo de 2.018, cotizó más de 50 semanas inmediatamente anteriores a su fallecimiento, y ella dependía económicamente de él.

2. Contestación de la demanda y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo, en síntesis, que no se cumplen con los requisitos de la pensión de sobrevivientes. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y prescripción.

2.2. En el curso del proceso se dispuso la vinculación de MANUEL JOSÉ GARABITO DÍAZ, padre del causante, a quien se le designó curador ad litem, contestando la demanda con la manifestación de atenerse a lo que resulte probado en el proceso.

2.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS, se realizaron en forma separada, recaudándose los testimonios de ANA FIDELIA GARAVITO DIAZ y YESSICA ROCIO HOYOS GARAVITO, solicitados por la parte demandante.

III. LA SENTENCIA APELADA

A través de esta se declararon probadas las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe, por ende, se negaron las pretensiones de la demanda, al estimar que la actora no probó el requisito de la dependencia económica con respecto al causante.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante refuta la sentencia, al considerar que, con los testimonios de ANA FIDELIA GARAVITO DIAZ y YESSICA ROCIO HOYOS GARAVITO, recaudados en el proceso y las declaraciones extrajuicio de MARQUEZA ORDOÑEZ ATENCIO y JOSEFA MARIA JIMENEZ PAEZ, aportadas con la demanda, y el interrogatorio de parte a la actora, sí se acreditó el requisito de la dependencia económica, máxime cuando no se exige que esa dependencia sea de carácter total o absoluto, según lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2.006.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sólo el vocero judicial de la parte demandante presentó alegaciones de conclusión, reiterando lo que habían expuesto en la primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales

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

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 66-A del C. P. del T. y de la S. S., la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las inconformidades planteadas en los recursos de apelación, corresponde a la Sala dilucidar: (i) si hay lugar a reconocer a la demandante la pensión de sobrevivientes reclamada con la demanda, y, para tal efecto, se ha de establecer (ii) si aquélla acreditó haber dependido económicamente del causante. De ser así, (iii) determinar la concurrencia de los demás requisitos para acceder a la pensión mencionada; y, en caso afirmativo, (iv) la procedencia y liquidación de esa prestación pensional y de las demás condenas suplicadas con la demanda.

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

3. Normatividad aplicable al derecho pensional invocado

La normatividad aplicable para efectos de determinar la procedencia de la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del fallecimiento (Vid. Sentencias SL1994-2019 y SL15965-2016). Por tanto, como el causante LUIS ALFREDO GARABITO GARABITO, falleció el 11 de marzo de 2.0181 y estuvo afiliado al RAIS, la normatividad aplicable para establecer si él dejó causada la pensión de sobrevivientes y si la actora es beneficiaria de la misma, son los artículos 73 a 75 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 46 y 48 ibidem, y las modificaciones que le fueron introducidas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003.

4. Respecto a la densidad de cotizaciones del causante

4.1. De acuerdo al artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 12 de la Ley 797 de 2003, aplicable por remisión del artículo 73 ibidem, para dejar causada la pensión de sobrevivientes, el causante ha debido haber cotizado 50 semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anterior al fallecimiento.

¹ Vid. Certificado de defunción, pdf. «2DemandaAnexos», pág. 15.

4.2. En el caso, se cumple con la densidad pensional antes requerida, por cuanto el causante, según lo revela su historia laboral (fl.15 a 26)², cotizó más de 50 semanas, dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, concretamente cotizó 84,86 semanas desde el mes desde el 11 de marzo de 2018 al 11 de marzo de 2015, siendo su fallecimiento, como se dijo, el 11 de marzo de 2.018.

5. Respecto a la dependencia económica de la demandante

5.1. De acuerdo al artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, *«A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este»*.

5.2. La A quo no dio por probado la dependencia económica de la actora con respecto al causante. A su turno, el apoderado de aquélla cuestiona esa consideración, arguyendo que, con los testimonios de ANA FIDELIA GARAVITO DIAZ y YESSICA ROCIO HOYOS GARAVITO, recaudados en el proceso y las declaraciones extrajuicio de MARQUEZA ORDOÑEZ ATENCIO y JOSEFA MARIA JIMENEZ PAEZ, aportadas con la demanda, y el interrogatorio de parte a la actora, sí se acreditó

² Vid. Pdf. «2DemandaAnexos», págs. 20 a 21.

el requisito de la dependencia económica, máxime cuando no se exige que esa dependencia sea de carácter total o absoluto, según lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2.006.

5.2. Al respecto, cabe señalar que, si bien es cierto la Corte Constitucional, mediante la aludida sentencia C-111 de 2.006 declaró inexecutable la exigencia atinente al carácter total y absoluto de la dependencia económica que exigía los literales d) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, también es cierto que, para la acreditación de la referida dependencia, no basta con probar que el causante daba algún aporte a sus progenitores o derechohabientes, sino además que, sin ese auxilio o aporte, no podrán llevar una vida digna con autosuficiencia económica. Así lo expresó la guardiania de la Carta en la mentada sentencia:

“Para el efecto, es indispensable comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo. En este contexto, es innegable que **la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad**, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica”.

5.3. En similar sentido se ha pronunciado la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Por ejemplo, en las sentencias SL1220-2022, SL2860-2021, SL4798-2020, SL1913-2019, SL590-2018, SL14539-2016 y SL14923-2014, señaló:

“el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, «...**no significa que cualquier estipendio** que se le otorgue a los familiares **pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión**, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.»”.

5.4. Ahora, en cuanto a la carga de la prueba de la dependencia económica, ha señalado la Honorable Sala de Casación Laboral que ella es de incumbencia del progenitor demandante de la pensión de sobreviviente (Vid. CSJ Sentencias SL989-2022, SL2938-2021, SL4878-2021, SL424-2021, SL1508-2020, SL6390-2016, y SL 24 nov. 2009, rad. 36026. Por ejemplo, en esta última lo expresó así:

“Es importante precisar que a la demandante que pretende obtener la pensión de sobreviviente en su calidad de madre del causante, es a la que, en principio, le corresponde probar, por cualquier medio de los legalmente autorizados, su dependencia económica del occiso”.

Y, en la sentencia SL1923-2014 también se denota que, para el reconocimiento judicial de la pensión en comentario, ha de estar acreditada y no presumida la falta de autosuficiencia económica del progenitor demandante, por lo que es éste a quien le debe interesar probar ese presupuesto fáctico. Lo dicho se desprende del siguiente pasaje del precedente antes señalado:

“Así las cosas, en este caso, no estaba demostrada la falta de autosuficiencia económica, ni la existencia de un aporte significativo, además de proporcionalmente representativo, en función de los ingresos totales percibidos por la presunta beneficiaria”.

5.5. Pues bien; en el presente caso, de los testimonios recaudados en el proceso (testigos ANA FIDELIA GARAVITO DIAZ y YESSICA ROCIO HOYOS GARAVITO) y de las declaraciones extraproceso aportadas con la demanda (testigos MARQUEZA ORDOÑEZ ATENCIO y JOSEFA MARIA JIMENEZ PAEZ), a lo sumo se desprende que el causante brindaba ayuda económica a la demandante, pasando por alto el recurrente que:

“la mera presencia de un auxilio o ayuda monetaria del buen hijo, no siempre es indicativo de una verdadera dependencia económica” (Sentencias SL912-2022, SL1082-2022, SL462-2022, SL5637-2021, SL1218-2021, SL4978-2019, SL8406-2015, SL590-2018 y SL 30 jul. 2007, rad. 31025, entre muchas otras).

Aunado a que, el aporte que brinda el hijo causahabiente al progenitor, no sólo debe ser cierto y no presunto, sino también regular, periódico, significativo y proporcionalmente representativo (Vid. CSJ Sentencias SL912-2022, SL4878-2021, SL424-2021, SL4115-2020, SL3494-2020 y SL14923-2014, entre muchas otras), lo que en el caso no quedó acreditado, siendo, como se dijo, carga de prueba de la parte demandante.

En ese orden de ideas, no le bastaba a la parte actora acreditar que el causahabiente, su hijo fallecido, en vida le suministraba aporte económico, sino también que ese estipendio resultaba proporcionalmente representativo de cara a los ingresos propios y necesidades de aquélla. Al respecto, los siguientes pasajes de la sentencia SL4878-2021 de la Honorable Sala de Casación Laboral que resultan muy pertinentes para no acoger aquí la réplica de la apelación:

“con independencia del método a través del cual se valide la suficiencia del aporte, esto es, sea *cuantitativamente*, como se procedió en las decisiones CSJ SL4103-2016 o CSJ SL2490-2019 o, *cualitativamente*, según se explicó en la CSJ SL3721-2020, tal elemento es imprescindible para tener a los padres reclamantes de la prestación, como beneficiarios del afiliado o pensionado.

En efecto, sin la determinación de dicha condición, no es posible establecer, en los términos en que se sentó en la sentencia CC C111-2006, si los reclamantes tenían la necesidad del auxilio o protección de su descendiente, porque se hallaren supeditados al ingreso que

éste les brindaba para salvaguardar sus condiciones mínimas de subsistencia.

Por tanto, en armonía con esos lineamientos sustantivos, se ha decantado adicionalmente, que es carga probatoria mínima e indispensable, en juicios como el presente, que los demandantes, en su condición de padres supérstites del afiliado o pensionado, acrediten que su hijo entregaba un auxilio (en dinero o especie), se insiste, *significativo* para su vida (...).

(...).

Bajo esas consideraciones, emerge el desatino del Juzgador al asegurar que los demandantes demostraron haber sido *dependientes económicamente* del causante, porque los testimonios y la declaración extraprocesal de tercero, señalaron que cubría «[...] los gastos del hogar», agregando que, si bien aquellos conocieron sobre lo que señalaron por dichos del hermano del pensionado, esto no lo había desvirtuado la demandada.

Así se considera, porque en ese razonamiento el Tribunal no reparó en: i) que solo después de demostrado el aporte significativo del causante a sus padres, puede invertirse la carga de la prueba; ii) que para lo primero tenía que analizar si los «gastos» a los que hacían referencia los declarantes, *cuantitativa* o *cualitativamente*, permitían deducir la supeditación monetaria y, iii) que aquellos debían hacer alusión al cubrimiento de las necesidades de los demandantes, que les permitiera subsistir dignamente”.

5.6. De otra parte, el hecho que el causahabiente, hijo de la actora, a causa de su enfermedad regresara de Bogotá, ciudad donde laboraba, a la residencia de su progenitora y aquí demandante, no constituye una evidencia que la última dependía económicamente de aquél. Sobre el particular, la Honorable Sala de Casación Laboral, en sentencia SL6390-2016, concerniente a un caso similar, expresó:

“Finalmente, en cuanto a lo afirmado por la actora en la demanda inicial, en el sentido que, después de la ruptura de su relación con su pareja, su hijo regresó enfermo a su hogar y allí permaneció con sus padres hasta su muerte, tiempo durante el cual estuvo al cuidado de éstos, cabe decir que esta situación de acompañamiento moral o cuidado familiar de padres a hijos, o incluso, la que pueda darse a la inversa, no es un factor relevante para definir la dependencia económica, en vista a que éste requisito legal se da en función de las contribuciones materiales que los hijos efectúen en favor de los padres, con la intención de garantizar sus condiciones mínimas existenciales”.

5.7. Finalmente, en los alegatos de conclusión el apoderado de la recurrente invoca como prueba de la dependencia económica el interrogatorio de parte de aquélla. Para no acoger este argumento, ni siquiera resulta necesario argüir que las declaraciones de parte ofrecen eficacia probatoria en cuanto emanen de estas la prueba de confesión, porque, en el caso, dicho interrogatorio no se practicó.

5.8. 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), lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

6. Costas

Dado que no hubo replica al recurso de apelación, se estiman no causadas las costas en esta segunda instancia, por ende, no se impondrá condena sobre este particular (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,

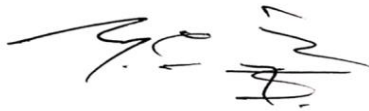
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen y fecha señalados en el pórtico de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ

Magistrada

Contenido

FOLIO 091-2022 1

Rad. 23-001-31-05-003-2019-00394-01 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. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 3

VI. CONSIDERACIONES 4

 1. Presupuestos procesales..... 4

 2. Problema jurídico 4

 3. Normatividad aplicable al derecho pensional invocado..... 5

 4. Respecto a la densidad de cotizaciones del causante 5

 5. Respecto a la dependencia económica de la demandante 6

 6. Costas..... 13

VII. DECISIÓN..... 13

RESUELVE: 13

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE 14



MARCO TULIO BORJA PARADAS

Magistrado Ponente

FOLIO 097-2022

Radicado n° 23-001-31-05-004-2020-00113-01

Estudiado, discutido y aprobado de forma virtual

Montería, tres (3) de junio de dos mil veintidós (2.022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por todos los sujetos demandados y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia de 28 de marzo de 2.022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HÉCTOR ENRIQUE HERNÁNDEZ CARRASCAL contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., y la beneficiaria de la consulta.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

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

2. Contestación y trámite

2.1. Admitida la demanda y notificada en legal forma, los sujetos demandados se opusieron a las pretensiones de la 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; y, que la entidad no debió ser condenada en costas.

2. Apelación de Protección S.A.

Muestra inconformidad por la condena a devolver los gastos de administración y lo relativo a los seguros previsionales, 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

Sólo los respectivos voceros judiciales de los sujetos que integran el extremo pasivo de la relación procesal, presentaron alegaciones de conclusión, las que serán tenidas en cuenta en lo que sea consonante con la sustentación de las respectivas apelaciones.

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

Esta 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 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), lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

7. Costas de esta segunda instancia

Dado que no hubo replica a los recursos de apelación, se estiman no causadas las costas en esta segunda instancia, por ende, no se impondrá condena sobre este particular (CGP, art. 365.8°).

VII. DECISIÓN

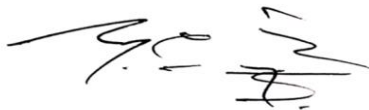
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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 097-2022	1
Radicado n° 23-001-31-05-004-2020-00113-01	1
I. OBJETO DE LA DECISIÓN.....	1
II. ANTECEDENTES	2
1. Demanda	2
2. Contestación y trámite	2
III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA	2
IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN	2
1. Apelación de Colpensiones	2
2. Apelación de Protección S.A.....	3
V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	3
VI. CONSIDERACIONES	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 en la primera instancia	11
6. Conclusión.....	11
7. Costas de esta segunda instancia	11
VII. DECISIÓN	11
NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE.....	12

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



SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**

EXPEDIENTE N° 23 001 31 05 005 2021 00221 01

Folio 458

A los veintitrés (23) días del mes de junio del año dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería - Sala Quinta de Decisión Civil - Familia - Laboral, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, procede a resolver el recurso ordinario de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha veintinueve (29) de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **JOSEFA MARÍA JAAMAN ROMERO**, quien actúa a través de apoderado judicial, contra **COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, radicado bajo el número **23 001 31 05 005 2021 00221 01 Folio 448**. Por ello, en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, la Sala previa deliberación virtual sobre el asunto, acogió el proyecto presentado por el Ponente, la cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. La señora JOSEFA MARÍA JAAMAN ROMERO, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., pretendiendo la nulidad o

ineficacia del acto de traslado realizado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado el día 02 de febrero de 1998. Como consecuencia de lo anterior, reclama que se declare su única afiliación válida y eficaz al Sistema General de Pensiones la realizada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por lo tanto, que se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los aportes en pensiones recibidos en vigencia de la afiliación ilegal de la accionante más los respectivos rendimientos financieros. Asimismo, solicita que se condene a COLPENSIONES a recibir los aportes que traslade PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con ocasión de las sentencias que se profieran en este proceso, e igualmente requiere que se declare a la demandante como beneficiaria del régimen de transición y se reconozca y pague la pensión de vejez.

Por último, solicita que se condene *ultra y extra petita*, y que se condene a los demandados al pago de costas y agencias en derecho.

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

- Manifiesta que inició su vida laboral en el HOSPITAL LOCAL DE MONTELIBANO, desde el 7 de abril de 1978 hasta el ocho 8 de octubre de 1981, y desde el 13 de agosto de 1982 hasta el 21 de abril de 1983, en estos dos períodos sus aportes fueron hechos a la CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISION SOCIAL del DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA.

- Asimismo, señala que, el 27 de abril de 1983 se afilió al extinto ISS, donde efectuó cotizaciones en períodos de 27 abril de 1983 al 15 julio de 1983 y 20 de septiembre de 1983 al 20 noviembre de 1983 y posterior a esto, cotizó también desde el 28 noviembre de 1983 hasta el 1 de mayo de 1998, sumando un total de 762.71 semanas cotizadas en el ISS.

- Aduce que, el 1 de mayo de 1998 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., donde sufragó cotizaciones hasta el mes de febrero de 2011, cotizando en ese lapso de tiempo unas 660 semanas, dando así un total de 1.638,29

semanas cotizadas en su historia laboral, por ello, solicitó reconocimiento de una pensión de vejez ante PORVENIR S.A., el 25 de abril de 2015, se le señaló que era necesario incluir el bono pensional por los tiempos cotizados a la CAJA DEPARTAMENTAL DE CORDOBA y al ISS.

- Expone que el cambio de régimen del ISS a PORVENIR S.A., se realizó bajo engaños y ocultamientos de información por parte de este último.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a todas y cada una de las pretensiones por considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, ya que el acto de traslado efectuado por la demandante fue valido y eficaz, siendo ésta totalmente consciente del acto y de las consecuencias jurídicas del traslado, por ende, no es posible hablar de nulidad o ineficacia del traslado. Por otro lado, afirmó como ciertos algunos hechos y expresó sobre otros que no le constan.

Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *“INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS POR FALTARLE MENOS DE 10 AÑOS PARA CUMPLIR CON EL REQUISITO DE LA EDAD PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJEZ”, “IMPROCEDENCIA DE COBRO DE INTERESES MORATORIOS: NO PROCEDENCIAS DE INTERESES MORATORIOS”, “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”, “BUENA FE” Y “PRESCRIPCIÓN” Y LA “GENÉRICA”.*

A su turno, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, sobre todo a la declaración de nulidad o ineficacia del traslado, aduciendo que la afiliación de la demandante al R.A.I.S. era totalmente válida y eficaz, ya que fue realizada con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes y de manera libre, voluntaria e

informada. Aunado a esto, resalta que a la demandante se le brindó toda la información requerida concerniente al acto realizado. En cuanto a los hechos, negó la mayoría, aseverando que no son ciertos, y sobre los demás enunció que no le constan. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: “*PRESCRIPCIÓN*”, “*BUENA FE*”, “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”, “*COMPENSACIÓN*”, Y LA “*GENÉRICA*”.

II. Fallo apelado

Mediante sentencia de fecha 29 de noviembre de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en su momento por Horizonte hoy Porvenir S.A., como consecuencia, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción en cuanto a las mesadas pensionales y no probada las demás propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Por otro lado, ordenó a PORVENIR S.A., realizar la devolución de todos los aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás emolumentos de la cuenta de ahorro de la demandante, así como los pagos de seguros previsionales, gastos de administración, de la misma forma, declaró que la demandante tiene derecho a que COLPENSIONES reconozca una pensión de vejez, con fecha de causación del 27 de abril de 2013 con fecha de disfrute de 25 de abril de 2015 en el monto de \$3.610.486 con derecho a percibir las mesadas número 13, además de esto, deberá reajustarse anualmente teniendo en cuenta la variación anual del IPC.

De manera similar, ordenó a COLPENSIONES realizar los respectivos descuentos de aportes en salud de cada una de las mesadas causadas, teniendo en cuenta la excepción probada de prescripción y condenó a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional ocasionado por las mesadas que se causen a partir del 20 de agosto de 2018 por efecto de la prescripción que hasta el 30 de octubre de 2021 asciende a la suma de \$160,499,533,00 y sobre este valor ya se descontó el 12% con destino a salud.

De la misma manera, condenó en costas a las entidades demandadas.

Como fundamento de su decisión, el juez de primera instancia, inicialmente, abarcó la teoría de la información documentada, la cual ha sido ampliamente estudiada, desde 2008, por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, y cuya directriz es el deber de las administradoras de pensiones de informar adecuadamente al potencial afiliado sobre todas las consecuencias, positivas o negativas, que acarree el acto de traslado, así como otros aspectos esenciales, indicando que, en el *sub examine*, no se encuentra acreditado que la administradora de pensiones Porvenir S.A., le haya proporcionado a la demandante toda la información respecto al proceso de cambio de régimen, de la misma forma, citó las sentencias SL 1452 de 2019, SL 2970 de 2020, SL 31989 de 2008, SL 489 de 2021 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral.

En lo concerniente al derecho pensional, cita el artículo 36 de la ley 100 de 1993 aduciendo el régimen aplicable sería el acuerdo 049 de 1990, y tuvo en cuenta el precedente jurisprudencial sentencia SU 769 de 2014 de la Corte Constitucional y la SL 4978 de 2021 de la Corte Suprema de Justicia, donde permitió reconocer la suma de tiempos laborados en entidades públicas y privadas, bajo el abrigo del acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta los últimos 10 años para liquidar la pensión, de la misma forma tuvo en cuenta la fecha del 25 de abril de 2015, en la que se solicitó la pensión ante PORVENIR S.A.

En cuanto a la excepción de prescripción, ésta si prospera, ya que se presentó la demanda en el año 2021, y por esto se encuentran prescritas las mesadas causadas del año 2018 hacia atrás, ya que el derecho a la pensión no prescribe, pero el derecho a las mesadas si, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la SL 449 DE 2019, entre otras. De la misma forma, reconoció el derecho a un retroactivo pensional, pero sin intereses moratorios ya que la Corte ha reiterado que, en la existencia de un litigio frente a si era ineficaz o no, eso gravaría a COLPENSIONES, por esto no hay lugar a reconocimiento de intereses moratorios, dicho en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 4128 de 2021.

Ahora bien, en lo concerniente a la excepción de prescripción, expuso que no hay lugar a declararla, dado que la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 361 del 13 de febrero de 2019, entre otras, ha sostenido que

este asunto en particular no está sometido al término trienal de prescripción, ya que se trata de garantías constitucionales que tienen connotación de irrenunciabilidad.

III. Recurso de apelación

- Parte Demandante:

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el numeral segundo de la sentencia arguyendo que, el despacho cuantificó el término de prescripción desde la fecha de presentación de la demanda, teniendo en cuenta que Colpensiones había aceptado el hecho de que la demandante presentó reclamación administrativa recibida el 22 de octubre de 2019, con la cual se interrumpe el término de prescripción, en esta reclamación administrativa solicitó la nulidad de traslado y como consecuencia, el reintegro de los aportes a dichos fondos, el estudio de la mesada pensional y el pago de la misma, y por consecuencia de esto, se modifiquen también los numerales sexto y séptimo en lo que respecta al reconocimiento de las mesadas retroactivas, teniendo en cuenta que el término de prescripción fue interrumpido con la respectiva reclamación administrativa.

- Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones:

Dentro del término legal, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, aduciendo, en estricta síntesis, que el acto de afiliación es un acuerdo de voluntades que solo involucra a las partes que participaron en éste, por lo que consideró que debido a que Colpensiones no intervino en dicho acto, no debía asumir las consecuencias que emanan de la nulidad o ineficacia de éste. En ese orden, expuso que eran los Fondos de Pensiones y Cesantías Privados, los que debían soportar las

consecuencias de la ineficacia del traslado, y con ello asumir el pago de las prestaciones que genere la declaratoria de nulidad o ineficacia, es decir, se debía condenar al fondo privado a otorgar los derechos y beneficios al demandante en la forma como correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Así mismo, manifestó que el actor se había trasladado de fondos dentro del régimen pensional privado, lo que indica que la voluntad de éste fue seguir perteneciendo a este régimen. Por otra parte, sostuvo que no existe justificación válida para que el demandante, en su momento oportuno, no hubiese utilizado el derecho de retracto.

Por último, indicó que no era posible el retorno del demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida, dado la restricción consagrada en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003.

- Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

Destaca el apoderado de esta entidad que, el a quo echó de menos el formato de afiliación, teniendo en cuenta la sentencia SL 121136 de 2014 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde esgrime que no se puede obviar que el consentimiento informado para la libre escogencia se materializó con una subscripción según lo expresado en el Art. 114 de la ley 100 de 1993, de igual forma, la declaratoria de ineficacia del traslado trasgrede el principio de la autonomía de la voluntad privada según lo dicho por la Corte Constitucional desde la sentencia C 341 de 2006, de igual forma aduce que, no se puede condenar a la administradora de fondo de pensiones a retornar hacía Colpensiones sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, entre otros, sin que tuviese en cuenta que las administradoras pertenecientes al RAIS, son entidades especializadas para gestionar y administrar las cuentas de ahorro individuales de sus afiliados, por ello, la rentabilidad que genera una cuenta de ahorro individual se debe a la buena ejecución en cabeza de la Administradora de Fondo de Pensiones, esto no hubiese sido posible si la demandante estuviese afiliada al RPM.

De la misma forma arguye que, teniendo en cuenta el artículo 113 de la ley

100 de 1993, que establece que cuando se produce un traslado de régimen pensional, se transferirá el saldo habido en la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado que se incluyen con los rendimientos, por ello, el legislador no incluye los gastos de administración

IV. Traslado para alegar en esta instancia

Mediante auto adiado 09 de diciembre de 2021, se corrió traslado a las partes para alegar en esta instancia, con intervención de la parte demandante y la demandada Colpensiones y Porvenir, los cuales reiteraron los argumentos esbozados en el recurso de alzada

V. Consideraciones de la Sala

1. Grado jurisdiccional de consulta

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que corresponderá a esta Sala desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia, por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por ende, están en juego dineros de la Nación.

2. Problema jurídico

Acorde a lo anterior, es competencia de esta Sala abordar los siguientes puntos de censura:

- i) Se analizará si erró el juez de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que, a voces de los recurrentes, ese acto de traslado fue consentido por la actora y no existe vicio del consentimiento que lo invalide. Asimismo, si había lugar a la devolución de los gastos de administración.*
- ii) Del mismo modo, se estudiará si efectivamente operó el fenómeno de prescripción sobre la presente acción.*

iii) Igualmente, se analizará si debe Colpensiones cargar con las consecuencias propias de la ineficacia del acto de traslado, muy a pesar de que no participó ni intervino en dicho acto.

iv) Aunado a lo anterior, es competencia de esta Sala verificar si no había lugar a declarar la nulidad del traslado, dado a la restricción consagrada en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003

v) Por último, valoraremos si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la pensión, asimismo, verificaremos desde que data debe reconocerse ésta.

3. Aspectos que no son objeto de controversia en esta instancia.

En este punto, fuerza anotar que en el plenario no es objeto de discusión y, por ende, se mantiene incólume de la sentencia de primera instancia, que la señora JOSEFA MARÍA JAAMAN ROMERO inicialmente se trasladó de régimen el día 01 de mayo de 1998.

4. De la nulidad y/o ineficacia del traslado

En lo referente a la ineficacia del traslado, debe decirse que el Sistema General de Pensiones, implementado por la Ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y, en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, dispuso el deber de las administradoras de pensiones de brindar al afiliado una asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz, incluyendo 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.

Ahora bien, puede suceder entonces que el asesor de una administradora de fondos de pensiones privada omita suministrar la información completa y veraz que incluya los “pro” y también los “contra” que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen. En ese

orden de ideas, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía acarrear el traslado, escenario que a todas luces no contraría el ordenamiento legal; en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliado, siendo ésta uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

Al respecto, véanse las Sentencias **SL4336-2020**, **SL1688-2019**, **SL782-2018**, **SL19447-2017**, **SL12136-2014**, **SL**, 22 nov. 2011, rad. 33083 y **SL** 9 sep. 2008, rad. 31989, proferidas por la Corte Suprema de Justicia.

5. Caso concreto

Así las cosas, en el caso *sub examine* encontramos que en el pliego introductorio alude la demandante que en la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no le brindaron la asesoría necesaria al momento del traslado, pues omitieron indicar las implicaciones y consecuencias positivas y negativas de dicha actuación, dejando en vilo el futuro pensional de la actora al no contar con información clara al momento de la elección del régimen pensional.

En consonancia, claro es que la Administradora de Fondos de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron la información completa, precisa y clara a la potencial afiliada, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicaran no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y su incidencia en el derecho pensional.

Así las cosas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la demandada Porvenir S.A., haya brindado la concerniente asesoría completa y veraz sobre el traslado, es claro que la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado al R.A.I.S. o, más bien, siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por lo tanto, no perdió los beneficios de este último.

6. De las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del traslado

Así entonces, en reiteradas oportunidades se ha dicho, por vía jurisprudencial, que las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, son: (i) la declaración de que el afiliado 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 el 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 (Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008).

7. De la devolución de los gastos de administración.

En cuanto a esta última consecuencia (devolución de los gastos de administración), se percata la Sala de que la vocera judicial de la demandada Porvenir S.A. insiste en que no es viable la devolución de los gastos de administración, no obstante, nótese que ha sido un criterio inveterado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, afirmar que ésta es una de las consecuencias propias de la declaratoria de la nulidad de traslado, siendo obligación de la administradora del RAIS devolver dichas sumas. Así se dejó establecido, entre otras, en la sentencia

SL-1689 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en donde sobre el tema dispuso:

“Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f. 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos”.

Y en un proveído más reciente, SL2208 de fecha mayo 26 de 2021, radicado número 86285, la Sala Laboral de la Corte, esgrimió:

“Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

De la misma forma, en lo respectivo al deber de retornar otros montos distintos a los aportes y sus respectivos rendimientos, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1421 de 2019, Radicado número 56174, acentúa lo siguiente:

“Devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como
Radicado No. 23 001 31 05 005 2021 00221 00 Folio 458 M.P. CAYA

en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

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

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

Considerando las directrices expuestas en los párrafos anteriores, no encuentra esta Sala ningún motivo por el cual deba separarse de la línea jurisprudencial adoptada por la H. Sala Laboral, por ende, en contraste con lo esbozado, se confirmará la sentencia apelada en cuanto a este punto.

8. De la excepción de prescripción sobre la acción de nulidad de traslado.

En lo que respecta a la excepción de prescripción sobre la acción de nulidad de traslado, implele recordar que la Honorable Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha edificado un criterio sobre este tópico, concluyendo que el derecho a demandar la ineficacia del traslado es imprescriptible. (Vid. Sentencias SL361-2019, SL1421-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1838-2019, SL1845-2019 y SL2030-2019), lo que significa que, no hay lugar a declarar la prescripción invocada como excepción por la parte demandada.

9. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera la Sala, tal y como fue señalado por el juez de primera instancia, que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia es que se vuelva a la situación anterior al mismo, es decir, que el afiliado regrese al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, por ende, no es

necesario que medie la voluntad o intervención de Colpensiones en dichos actos jurídicos.

10. El tema de los 10 años no aplica en el evento de la nulidad y/o ineficacia de traslado

Arguye la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que la demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM porque le faltan menos de 10 años para adquirir el estatus pensional, lo cual hace alusión a lo estipulado en el artículo 13, literal d, de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sin embargo, se advierte que esta prohibición no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para aquellos casos en donde se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin la mentada nulidad.

11. Del cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional.

Como quiera que nos encontramos desatando el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia a favor de Colpensiones, se hace necesario valorar si la actora es beneficiaria o no del derecho pensional pretendido, veamos:

Delimitado lo anterior, inicialmente entraremos a verificar si la señora **JAAMAN ROMERO**, es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, norma que enseña, en lo referente a las mujeres, como es el caso, que será beneficiaria del mismo aquel que a la fecha de entrada en vigencia de la citada ley 100 de 1993 cumpla treinta y cinco (35) o más años de edad, o quince (15) o más años de servicios cotizados.

En ese orden, de la cédula de ciudadanía que fue aportada con la demanda se denota que la demandante nació el día 22 de abril de 1958, lo que quiere decir que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años, siendo beneficiaria, en principio del régimen de transición. empero, no puede la Sala dejar a un lado que conforme al parágrafo 4 del artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005, el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de

2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio.

Se sigue entonces valorar el reporte de semanas cotizadas, militante en el expediente digital, en donde se denota que la actora cotizó mas de las 750 semanas de las que trata el referido párrafo 4 del artículo 1º del acto legislativo 01 de 2005, por lo que es factible que el régimen de transición se le haga extensible a diciembre de 2014.

12. Del cumplimiento de los presupuestos contenidos en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990

Visto lo anterior, procederemos a verificar si la actora cumple con los supuestos consagrados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, el cual a la letra dispone:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.*

Lo referido, deja entrever que la señora Correa de Lora cuenta con el requisito de edad que consagra la norma, pues, tal como se evidencia de la cédula de ciudadanía que reposa en el expediente digital y que fue aportada con la demanda, nació el 22 de abril de 1958, cumpliendo los cincuenta y cinco (55) años de edad el mismo día y mes del año 2013.

Ahora bien, en lo que concierne al número de semanas exigidas, corresponde estudiar si completó un total de 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o, las 1000 semanas exigidas por la norma para acceder a la pensión rogada, se denota que ésta cuenta con mas de las semanas requeridas, en la referida norma, tal como se evidencia a continuación:

Detalle	Número de Semanas
Semanas Hospital de Montelibano - Bono Pensional	215,86
Semanas Trujillo Mesa y Cia Ltda- Colpensiones	20,29
Semanas Cerro Mataso -Colpensiones	746,00
Semanas Cerro Matoso - Porvenir	458,57
Semanas Independiente - Porvenir	19,71
TOTAL SEMANAS	1.460,43

Ello si tenemos en cuenta que conforme la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral es posible acumular tiempos público y privados bajo el amparo del acuerdo 049 de 1990.

13. Cálculo del ingreso base de liquidación.

Nótese que uno de los puntos de inconformidad de la actora es la fecha de disfrute de la pensión, ya que el juez de primera instancia está reconociendo ésta desde la fecha de la sentencia, empero, partimos por decir que nos encontramos desatando también el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia a favor de Colpensiones, ello por cuanto están en juego dineros públicos, así, a miras de salvaguardar éstos, es pertinente aclarar que en el plenario no existe prueba de que la demandante se haya desafiliado del sistema, en contraste a ello, en el expediente digital reposa un certificado expedido por PORVENIR S.A., en donde consta que después de presentada la demanda, aún seguía vinculada a dicha entidad, tal como se deduce a continuación:



**SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS
PORVENIR S.A.**
En su condición de administradora del
FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS PORVENIR
NIT 800.224.808-8

CERTIFICA QUE:

JOSEFA MARIA JAAMAN ROMERO, identificado(a) con Cédula de Ciudadanía **25.987.684**, se encuentra afiliado(a) al **Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir** desde el 01 de mayo de 1998.

La presente certificación se expide el 29 de septiembre de 2021.

En ese sentido, en contraste con lo expuesto por el juez de primera instancia, no hay lugar a que se liquide el ingreso base de liquidación (IBL), y, en consecuencia, la cuantía pensional, ello si atendemos a que, el disfrute de la pensión se propiciará una vez la demandante se desafilie del sistema, lo cual no se encuentra acreditado en el expediente.

Para reforzar lo dicho basta traer a colación la sentencia CSJ SL3772-2019, en donde la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, dispuso:

“Sin embargo, como quiera que en el plenario no está debidamente acreditada la fecha de desvinculación laboral del actor, se ordenará a la demandada reconocer la prestación a partir del momento en que aquella se verifique. Ahora bien, el ingreso base de liquidación de la prestación deberá calcularse conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, debidamente actualizado, y para establecer el monto de la prestación reclamada, habrá de observarse lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003”. 18 Rad.- 2020-00067-01FL. 174 M.P. CAYA 11.

Por lo antes dicho, no hay lugar a la condena por retroactivo pensional, dado que, el disfrute de la pensión debe iniciar desde la desafiliación del sistema.

14. Conclusión

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a modificar el numeral cuarto de la sentencia apelada, en el sentido de declarar que la señora JOSEFA MARIA DEL JAAMAN ROMERO tiene derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones reconozca una pensión de vejez, a partir de la fecha en que acredite la desvinculación laboral. Cumplido lo anterior, la entidad demandada deberá proceder a liquidar la pensión de vejez, para lo cual el ingreso base de liquidación de la prestación deberá calcularse conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, debidamente actualizado. y para establecer el monto de la prestación reclamada, habrá de observarse lo dispuesto en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad, teniendo como semanas cotizadas todas las indicadas en la parte motiva de esta decisión, hasta la fecha en que la demandante se desafilie del sistema de seguridad social en pensiones, según lo expuesto en esta providencia. Asimismo, se revocarán los numerales sexto, séptimo y octavo de la sentencia de fecha y origen antes anotada, en el sentido de absolver a las demandadas de

estas condenas. Y se confirmará la sentencia en todo lo demás

No habrá lugar a condena en costas en esta instancia, al no prosperar en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. MODIFICAR el numeral cuarto, de la sentencia apelada, en el sentido de declarar que la señora JOSEFA MARIA DEL JAAMAN ROMERO tiene derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones le reconozca una pensión de vejez, a partir de la fecha en que acredite la desvinculación laboral. Cumplido lo anterior, la entidad demandada deberá proceder a liquidar la pensión de vejez, para lo cual el ingreso base de liquidación de la prestación deberá calcularse conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, debidamente actualizado y para establecer el monto de la prestación reclamada, habrá de observarse lo dispuesto en el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad, teniendo como semanas cotizadas todas las indicadas en la parte motiva de esta decisión, hasta la fecha en que la demandante se desafilie del sistema de seguridad social en pensiones, según lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO. REVOCAR los numerales sexto, séptimo y octavo de la sentencia de fecha y origen antes anotada, y en su lugar, absolver a las demandadas de estas condenas.

SEGUNDO. CONFÍRMESE en todo lo demás.

TERCERO. SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO. Oportunamente, regrésese el expediente a su oficina de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado

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



SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**

EXPEDIENTE N° 23 001 31 05 002 2021 00015 01 folio 004

A los veintitrés (23) días del mes de junio del año dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería la Sala Quinta de Decisión Civil - Familia - Laboral, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, procede a resolver lo que en derecho corresponda sobre el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de enero de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **LIA CRISTINA OJEDA YEPES** contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** radicado bajo el número **23 001 31 05 002 2021 00015 01 folio 004**, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, la Sala previa deliberación virtual sobre el asunto, acogió la decisión presentada por el Ponente, la cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. La señora **LIA CRISTINA OJEDA YEPES**, por medio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.** a fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado el 01 de mayo de 1995. Así mismo, se condene a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes en pensiones recibidos en vigencia de la afiliación ilegal del accionante, y condenar a esta última a recibir dichos aportes.

2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en que la demandante al iniciar su vida laboral, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 01 de julio de 1992 hasta el 28 de febrero de 1995. Estando afiliada al Régimen de Prima Media se trasladó al Régimen de Ahorro Individual del fondo privado PROTECCIÓN S.A. el 01 de mayo de 1995, empero, al momento de la afiliación a dicho régimen, a la demandante no le suministraron de manera clara y precisa, las consecuencias que acarrearía dicho traslado como, por ejemplo, en cuanto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión. El 01 de junio de 1996, la demandante se traslada al fondo privado COLMENA, hoy PORVENIR S.A. posteriormente, en mayo 01 de 2000 se traslada a PORVENIR S.A.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES mediante apoderado judicial, procedió a contestarla, proponiendo 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 pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, no tener la condición de afiliada de la administradora colombiana de pensiones, obligación de devolución de aportes con todos los rendimientos, elementos y factores que hubiere administrado al fondo de pensiones privado, prescripción, innominada o genérica.

4. En cuanto a la demandada PORVENIR S.A., mediante apoderado judicial, procedió a contestar la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las denominadas: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica.

5. Por otro lado, la demandada PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado judicial contestó la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las denominadas: ausencia de vicio en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen, prescripción, buena fe, devolución de frutos y obligaciones recíprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia, innominada o genérica.

II. FALLO APELADO

Mediante sentencia de fecha enero 18 de 2022, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por las partes demandadas, como consecuencia de lo anterior, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A, del mismo modo, ordenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes en pensión que tenga la demandante, junto con sus rendimientos financieros, como del mismo modo, ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, a recibir dichos aportes. Por último, condenó en costas a las partes demandadas, fijando como agencias en derecho, la suma de un (1) SMLMV.

Fundamentó el A quo su decisión, trayendo a colación las sentencias proferidas por la C.S.J., SL 929 de 2018 para resaltar la estructura del sistema de pensiones de Colombia con sus regímenes. En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas trae las

Sentencias SL 1689 de 2019 y SL 1367 de 2021 para resaltar que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por cuanto se trata de una pretensión meramente declarativa y que los derechos que nacen de aquella, tienen igual connotación, pues hacen parte del derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible de la seguridad social, por lo tanto, tendrá por no probada esta excepción.

En cuanto al traslado de régimen pensional, las circunstancias del traslado del régimen de prima media al RAIS, realizado por la demandante, expone que al momento de realizar el primer traslado a la accionada PROTECCIÓN S.A. y luego a PORVENIR S.A. la primera no le informó acerca de las consecuencias negativas y dañosas de dejar el Régimen de Prima Media, pues no le advirtieron el capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual, con la finalidad de obtener una pensión de vejez y tampoco la diferencia del monto de la mesada pensional entre ambos regímenes.

Posteriormente se adentró en el caso en concreto, indicando que en estos eventos la carga de la prueba se traslada, correspondiéndole al fondo de pensiones probar la eficaz suministración de información, por tanto, adujo el fallador, que la entidad no logró probar tal evento, toda vez que las pruebas aportadas por PORVENIR S.A. como son el comunicado de prensa en el periódico El Tiempo de 2004 realizado por varios fondos de pensiones privados y el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, no es aceptable como prueba de cumplimiento del deber de información, ya que es ilegible y no se tiene certeza de que la demandante haya accedido a éste. En cuanto al concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, este no es vinculante para los jueces de Colombia, ya que éstos están bajo el imperio de la ley y las interpretaciones que las altas cortes hagan al respecto.

Además de las anteriores, la accionada no aportó ninguna prueba de la cual se observe que suministró toda la información relevante a la accionante sobre las consecuencias de su traslado, por lo tanto,

concluye el juez de primera instancia que, la AFP accionada no cumplió con el deber de información veraz y completa frente a la demandante, en consecuencia, considera el *a quo* que se debe declarar la ineficacia del traslado realizado por la señora LIA CRISTINA OJEDA YEPES.

Por último, resalta el juez de primera instancia que el hecho de que la demandante se haya trasladado entre Administradoras de Fondos Pensionales, no convalida la situación de ineficacia del traslado como fue señalado por la Corte Suprema de Justicia mediante su Sala de Casación Laboral, en la Sentencia del 09 de septiembre de 2008 SL 31898.

III. RECURSO DE APELACIÓN

1. En el término de ley, los apoderados judiciales de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** interpusieron recursos de apelación sobre la sentencia referenciada.

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** sustenta el recurso aduciendo que, no están conformes con que deba asumir las consecuencias de la nulidad del traslado deprecada, teniendo en cuenta que la afiliación la hizo la demandante de manera voluntaria y este acuerdo de voluntades solo involucra a las partes que intervinieron, COLPENSIONES no hizo parte de la decisión tomada por la actora, por lo tanto, considera que debe ser la Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la que soporte las consecuencias de la ineficacia del traslado y con ello debe asumir el pago de las prestaciones que genere la declaratoria de la nulidad, es decir, debe condenarse al fondo administrador del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a otorgar los derechos y beneficios de la afiliada en forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, toda vez que COLPENSIONES es un ente ajeno que no intervino en el acto jurídico que se originó con la suscripción del contrato de afiliación o traslado al fondo privado y, no debe cargar con la responsabilidad de cumplir lo pretendido por la actora, pese a que se le haga la devolución de los aportes.

Por otro lado, resalta la posibilidad que tenía la actora de cambiar de régimen en el tiempo habilitado para ello por la ley y la prohibición estipulada por la misma, para realizar traslados cuando falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, situación que se da en el presente caso, por lo que está prohibido el traslado de régimen de la demandante. Considera que la misma accionante en su interrogatorio manifestó conocer las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando dice que sabía que podía pensionarse antes de tiempo y que esto le convenía, por lo tanto, no considera que haya lugar a declarar la falta de información cuando ella misma acepta que conocía las características del régimen al que por tanto tiempo estuvo afiliada. Se opone a las costas impuestas por el juez de primera instancia, basándose en que no fueron allegadas pruebas que confirmen que se hayan causado. Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia emitida y absuelva a COLPENSIONES de las condenas impuestas.

2. Por otro lado, el apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** sustentó su recurso manifestando que, la parte demandante se presume como una persona capaz de obligarse, por lo que considera que la declaratoria de ineficacia, trasgrede abiertamente el principio de autonomía de la voluntad en cabeza de la demandante como lo establece la Corte Constitucional en Sentencia C-341 de 2006.

Además, considera que no se debe ordenar el retorno de los emolumentos por gastos de administración, puesto que no puede perderse de vista que las administradoras de pensiones pertenecientes al RAIS, son entidades especializadas y autorizadas legalmente para administrar la función de los ahorros habidos en las cuentas de ahorro individual de los pensionados y, con base a ello, las rentas generadas en una cuenta de ahorro individual pensional se debe a la buena gestión en cabeza de la administradora de pensiones privada. La ley establece que, al realizar un traslado de régimen, se deberán trasladar los saldos habidos en la cuenta de ahorros individual pensional y los rendimientos financieros de la misma, dejando por fuera los gastos de administración

de la administradora privada. Por lo anterior, solicita confirmar la sentencia de primera instancia y revocar el numeral que condena a PORVENIR a devolver los gastos de administración.

3. Por último, el apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** sustenta el recurso solicitando que se revoque la sentencia apelada, ya que los descuentos que se hacen a los afiliados, son estipulados por el legislador para el sostenimiento del régimen privado, por lo tanto, considera no se debe ordenar dicha devolución de los gastos administrativos. En caso de que no prospere la anterior apelación, solicita revocar la devolución de los frutos desde el momento de suscripción del contrato de traslado de régimen.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTAINSTANCIA

Mediante auto adiado mayo 09 de 2022, se corrió traslado a las partes para alegar por escrito, con intervención de la parte demandante, y las demandadas – Porvenir S.A y Colpensiones.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Del grado jurisdiccional de consulta.

Previo a iniciar el estudio que nos convoca, se hace necesario aclarar que, corresponderá a esta Sala de oficio desatar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia, por haber sido ésta adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por ende, están en juego dineros de la Nación.

2. Del recurso de apelación.

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 el recurso de apelación.

3. Del problema jurídico.

Acorde a lo anterior, es competencia de esta Sala abordar los siguientes puntos básicos de la Litis, ello en atención a que además de resolver los recursos de apelación impetrado por las demandadas, estamos desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones:

i) Se analizará si erró el juez de primera instancia al declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, se determinarán las consecuencias de esa nulidad.

ii) Asimismo, se analizará si se debe o no ordenar la devolución de los gastos de administración.

iii) Igualmente, se analizará si debe Colpensiones cargar con las consecuencias propias de la ineficacia del acto de traslado, muy a pesar a que, ésta no participó ni intervino en dicho acto.

iv) Es competencia de la Sala verificar si no era posible que la actora se traslade del RAIS al Régimen de prima media con prestación definida, por hacerle falta menos de 10 años para adquirir el derecho.

v) Se estudiará si efectivamente operó el fenómeno de prescripción sobre la presente acción.

vi) Y, por último, verificaremos si erró el a quo al condenar en costas a la demandada (COLPENSIONES)

4. De la nulidad y/o ineficacia del traslado

En lo referente a la ineficacia del traslado, debe decirse que el Sistema General de Pensiones implementado por la ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral dispuso el deber de las administradoras de pensiones en brindar al afiliado una 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.

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los “*pro*” y también los “*contra*” que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen. En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliado, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

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

Al respecto, véase las Sentencias **SL4336-2020, SL1688-2019, SL782-2018, SL19447-2017, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

Asimismo, nótese la sentencia SL12136 de septiembre 3 de 2014, radicación No. 46292, en donde si bien no se había acogido la teoría de la información documentada, en ella la Corte deja claro que no puede ***“argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”.***

Así entonces, sin más anotaciones, era deber de la administradora de fondo de pensiones otorgar la información detallada al usuario, señalándole los beneficios y los perjuicios que la afiliación a un régimen determinado trae consigo.

5. En el sub examine

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la demandante que en la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los contras de dicha actuación, dejando en vilo el futuro pensional de la actora al no tener una información clara al momento de la elección del régimen pensional.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicara no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional.

En ese orden de ideas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la demandada PROTECCIÓN S.A. haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, es claro que, la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen.

6. De las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del traslado.

Así entonces, en reiteradas oportunidades se ha dicho que, las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, son: (i) la declaración de que él 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 el 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 (***Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008).***

En cuanto a esta última consecuencia, se percata la Sala que las demandadas PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. insisten en que no es viable la devolución de los gastos de administración, no obstante a lo anterior, nótese que ha sido un criterio inveterado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que ésta es una de las consecuencias propias de la declaratoria de la nulidad de traslado, siendo obligación de la administradora del RAIS devolver los

rendimientos y los gastos de administración, así se dejó establecido, entre otras, en la sentencia SL-1689 de 2019, en donde sobre el tema dispuso:

“Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos”.

Y en un proveído más reciente, la Sala Laboral de la Corte¹, esgrimió:

“Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

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

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con

¹ Ver sentencia SL2208 de mayo 26 e 2021, radicación n.º 86285.

prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

Así las cosas, no encuentra esta Sala ningún motivo por el cual deba separarse de la línea jurisprudencial adoptada por la H. Sala Laboral, por ende, en contraste con lo esbozado, se confirmará la sentencia apelada en cuanto a este punto.

7. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera la Sala tal y como fue señalado por el juez de primera instancia, que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia es que se vuelva a la situación anterior al mismo, es decir, que el afiliado regrese al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, por ende, no es necesario que medie la voluntad o intervención de COLPENSIONES en dichos actos jurídicos.

8. El tema de los 10 años no aplica en el evento de la nulidad y/o ineficacia de traslado.

Se duele la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de que la demandante no tiene derecho a trasladarse al RPM, porque le faltan menos de 10 años para adquirir el estatus pensional, lo cual hace alusión a lo estipulado en el artículo 13, literal d, de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, sin embargo, se advierte que esta prohibición 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.

9. De la excepción de prescripción.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es pertinente indicar que en la sentencia **SL361** radicada bajo el número **N° 63615** de fecha trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019), la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, claramente expuso que, los casos de nulidad de traslado, por tratarse de una controversia de estirpe pensional son imprescriptible.

De conformidad con la sentencia citada, no hay lugar a declarar la prescripción invocada como excepción por la parte demandada.

10. De la condena en costas.

La demandada COLPENSIONES solicita que se revoque 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. CONDENAS 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 demandada, 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.

11. Por colofón.

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a confirmar la sentencia apelada. Con imposición de costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A, y Protección S.A a favor de la parte demandante, al no haber prosperado los recursos y haber réplica del mismo en esta instancia. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000,00) de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA -LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia adiada 18 de enero de 2022 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **LIA CRISTINA OJEDA YEPES** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.** radicado bajo el número **23 001 31 05 002 2021 00015 01 FOLIO 004**.

SEGUNDO. Con imposición de costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A, y a favor de la parte demandante, al no haber prosperado los recursos y haber réplica del mismo en esta instancia. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000,00).

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado

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



SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA**

EXPEDIENTE N° 23 001 31 05 005 2021 00207 01

folio 039

A los veintitrés (23) días del mes de junio del año dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Quinta de Decisión Civil - Familia - Laboral, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, procede a resolver lo que en derecho corresponda sobre el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **NERY MARÍA ORTÍZ ORTEGA** contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.** radicado bajo el número **23 001 31 05 005 2021 00207 01 folio 039**, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, la Sala previa deliberación virtual sobre el asunto, acogió la decisión presentada por el Ponente, la cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. La señora **NERY MARÍA ORTÍZ ORTEGA**, por medio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**, a fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del

acto de traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado en julio de 1999. Así mismo, se condene a COLFONDOS S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes en pensiones recibidos en vigencia de la afiliación ilegal de la accionante, y condenar a esta última a recibir dichos aportes.

Las anteriores pretensiones se fundamentaron en que la demandante al iniciar su vida laboral, se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a través del ISS, hoy COLPENSIONES, el 08 de junio de 1994. Estando afiliada al Régimen de Prima Media se trasladó al Régimen de Ahorro Individual del fondo privado COLFONDOS S.A., empero, al momento de la afiliación a dicho régimen, no le suministraron de manera clara y precisa, las consecuencias que acarrearía dicho traslado, como, por ejemplo, en cuanto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión.

2. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES mediante apoderado judicial, procedió a contestar la misma, proponiendo 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, NO TENER LA CONDICIÓN 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 RÉGIMEN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

En cuanto a la demandada COLFONDOS S.A., contestó a la demanda mediante apoderado judicial dentro del término legal, sin oposición a las pretensiones solicitadas por la accionante y sin excepciones de mérito.

3. Posteriormente, efectuada la audiencia de Conciliación, Decisión de Excepciones Previas, Saneamiento, Fijación del Litigio y Decreto de Pruebas y, tramitado el proceso en legal forma, se dictó sentencia.

II. FALLO APELADO

Mediante sentencia de fecha enero 11 de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, declaró probada la excepción de “NO TENER LA CONDICIÓN DE AFILIADA A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES”. En consecuencia, absuelve de todos los reclamos impetrados en la demanda por NERY MARIA ORTIZ ORTEGA contra COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES.

Por último, condenó en costas a la parte demandante, fijando como agencias en derecho, la suma de un (1) SMLMV.

Fundamentó el A-quo su decisión en que, a pesar de que hubo confesión por parte de Colfondos al decir que no dieron la información suficiente al momento de afiliar a la demandante a su fondo, la nulidad de traslado sólo se aplica para los casos en los que la persona viene de otro régimen. En este caso la señora NERY MARIA ORTIZ ORTEGA no venía afiliada anteriormente a ningún fondo, hizo su afiliación inicial al fondo privado COLFONDOS.

Consideró el A-quo que, las Cajas de Previsión Social, no podían recibir nuevos afiliados a partir del 31 de marzo de 1994 como está establecido en la norma y, como la accionante empezó a trabajar el 08 de junio de 1994, no pudo ser afiliada ni aceptada en una Caja de Previsión que posteriormente la afiliara al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por lo tanto, la solución a esto es absolver a las demandadas, ya que, de lo contrario, quedaría la demandante en un limbo jurídico, por cuanto no pertenecería a ningún otro fondo antes de la afiliación a RAIS.

Cita el A-quo a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3250 de 2020, donde estableció que si no existía una afiliación o vinculación a una entidad o Caja de Previsión antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, se debía establecer que no existía afiliación y, por lo tanto, no podía haber ineficacia del acto de elección inicial. Por otro lado, la demandante tuvo la posibilidad de cambiarse de régimen, luego de cumplido el término de 5 años como lo establece la ley 100 de 1993, sin embargo, no lo hizo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

En el término de ley, el apoderado judicial de la demandante interpuso recurso de apelación sobre la sentencia referenciada.

Solicita se revoque lo decidido en primera instancia, por cuanto existen pruebas dentro del plenario que, evidencian que la señora NERY MARIA ORTIZ ORTEGA estuvo afiliada al Régimen de Prima Media administrado por el ISS, en la contestación de la demanda hecha por Colfondos, se aporta como prueba un certificado de ASOFONDOS donde se evidencia que la demandante tuvo una afiliación inicial al ISS y se manifiesta que fue un traslado de régimen pensional.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTAINSTANCIA

Mediante auto adiado febrero 25 de 2022 se corrió traslado a las partes para alegar por escrito, con intervención de la parte demandante. La parte demandada (Colpensiones) intervino después de vencido el término que le fue otorgado.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Problema jurídico

A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, es menester señalar los puntos de censura, toda vez que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 66A del C. P. del T y de la S.S., no se tiene porque entrar a dilucidar inconformidades que no han sido puestas a consideración.

Acorde a lo anterior, es competencia de esta Sala abordar los siguientes puntos básicos de la Litis, ello en atención a resolver el recurso de apelación impetrado por la demandante.

i) Se analizará si erró el juez de primera instancia al declarar probada la excepción de mérito propuesta por COLPENSIONES.

ii) Asimismo, se analizará si se debe o no declarar la ineficacia del acto de afiliación o traslado al fondo privado COLFONDOS S.A. realizado por la señora NERY MARIA ORTIZ ORTEGA.

2. Improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Dentro del caso que nos convoca, encontramos en el expediente digital, que la parte actora allega con la demanda una historia laboral expedida por COLFONDOS, no hay evidencia dentro del acervo probatorio de que la demandante haya realizado aportes a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES en algún momento, como se puede ver en las pruebas aportadas por la demandada COLPENSIONES, no existe en el archivo de esta entidad, registro de alguna vinculación anterior por parte de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Así entonces, nótese que, la actora no realizó ningún tipo de aportes, no siendo viable hablar de una desinformación por parte de la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuando sus primeros aportes los hizo efectivamente en ese régimen.

Al respecto, es menester señalar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha edificado la teoría de la información documentada exclusivamente en los asuntos donde se pretenda la declaratoria del acto de **traslado** de régimen pensional del RPM al RAIS. (**Vid. Sentencia de fecha 9 septiembre de 2008 radicado No. 31989 MP Dr. Eduardo López Villegas, Sentencia de fecha 09 de septiembre de 2008 radicado No. 31314 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2011 radicado 33083 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, SL19447-2017, MP Dr. Gerardo Botero Zuluaga, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2865-2019 y CSJ SL4937-2019, CSJ SL2955-2019, MP. Dr. Ernesto Forero Vargas, CSJ SL4933-2019, MP. Dr. Donald José Dix Ponnetz, CSJ SL1452-2019, CSJ SL2648-2019; CSJSL1688-2019; CSJ SL16892019; CSJ SL2865-2019; CSJ SL2955-2019; CSJ SL4856-2019, CSJ SL5462-2019, MP. Ana María Muñoz Segura, CSJ SL3464-2019, MP. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL4336 de 2020 MP Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero**) ,

De modo que, como se trata de un caso distinto a los dirimidos por la Honorable Corporación, es decir no existen precedentes judiciales que deban ser acatados, no le es dable a la Sala apartarse del derrotero jurisprudencial enmarcado sobre estos asuntos.

Aunado a lo anterior, es plausible memorar la Sentencia STL10357 del 18 de noviembre de 2020 M.P. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que en uno de sus apartes expuso:

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

(...)

(...) el Tribunal fundamentó su proveído en otra circunstancia distinta a la que esgrime el accionante en esta acción de amparo y que fue debatida en el trámite del proceso judicial, pues se reitera, dejó a un lado, todo lo relacionado con la ineficacia del traslado, ante la existencia que avizoró de una selección inicial de régimen; de ahí que mal puede pregonarse por parte del sentenciador de alzada el que haya desconocido nuestro propio

precedente jurisprudencial o que se haya apartado de él para resolver el asunto que es objeto de estudio". (Subraya fuera de texto)

3. Por colofón.

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a confirmar la sentencia apelada. Sin imposición de costas en esta instancia, por no haber réplica del recurso.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA -LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia adiada 11 de febrero de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **NERY MARÍA ORTÍZ ORTEGA** contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**, radicado bajo el número **23 001 31 05 005 2021 00207 01 FOLIO 039**.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

MAGISTRADO PONENTE
CRUZ ANTONIO YÁNEZ ARRIETA

EXPEDIENTE N° 23 001 31 05 005 2021 00251 01 folio 475

A los veintitrés (23) días del mes de junio del año dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, Sala Quinta de Decisión Civil - Familia - Laboral, integrada por los Magistrados Cruz Antonio Yánez Arrieta, quien la preside, Pablo José Álvarez Caez y Marco Tulio Borja Paradas, procede a resolver lo que en derecho corresponda sobre el recurso ordinario de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 09 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **CARMEN JUDITH MUÑOZ PETRO** contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** radicado bajo el número **23 001 31 05 005 2021 00251 01 folio 475**, por ello en uso de sus facultades legales y atendiendo a lo normado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, la Sala previa deliberación virtual sobre el asunto, acogió la decisión presentada por el Ponente, la cual se traduce en la siguiente:

SENTENCIA

I. Antecedentes

1. La señora **CARMEN JUDITH MUÑOZ PETRO**, por medio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, a fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado en julio de 1999. Así mismo, se condene a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes en pensiones recibidos en vigencia de la afiliación ilegal de la accionante, y condenar a esta última a recibir dichos aportes.

2. Las anteriores pretensiones se fundamentaron en que, la demandante al iniciar su vida laboral se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a través del ISS, hoy COLPENSIONES, en febrero de 1988. Estando afiliada al Régimen de Prima Media se trasladó al Régimen de Ahorro Individual del fondo privado PROTECCIÓN S.A., empero, al momento de la afiliación a dicho régimen, a la demandante no le suministraron de manera clara y precisa, las consecuencias que acarrearía dicho traslado, como, por ejemplo, el monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión.

3. Admitida la demanda y notificada en legal forma, COLPENSIONES mediante apoderado judicial, procedió a contestar la misma, proponiendo 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, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

La demandada PROTECCIÓN S.A. contestó a la demanda mediante apoderado judicial dentro del término legal, proponiendo como

excepciones de fondo las denominadas: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN 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 DECLARA 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 Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.

4. Posteriormente, efectuada la audiencia de Conciliación, Decisión de Excepciones Previas, Saneamiento, Fijación del Litigio y Decreto de Pruebas y tramitado el proceso en legal forma, se dictó sentencia.

II. FALLO APELADO

Mediante sentencia de fecha diciembre 09 de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, como consecuencia de lo anterior, declaró la nulidad del traslado efectuado por la actora, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., del mismo modo, condenó a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a Colpensiones todos los aportes en pensión que tenga la demandante, junto con sus rendimientos financieros, del mismo modo, ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, a recibir dichos aportes.

Por último, condenó en costas a las partes demandadas, fijando como agencias en derecho, la suma de un (1) SMLMV.

Fundamentó el a quo su decisión, trayendo a colación las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., radicadas bajo el número 31314 del año 2008, y la número 46292 del año 2014, con ponencias de la magistrada Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, siendo reiteradas en la Sentencia SL-17595 de 2017, M.P. Dr. Fernando Castillo Cadena, donde señalaron el deber de las administradoras de informar al potencial afiliado las implicaciones del traslado del régimen a otro, sobre su derecho pensional, en cuanto a requisitos y eventual monto de la mesada pensional.

Posteriormente se adentró en el caso en concreto, indicando que en estos eventos la carga de la prueba se traslada, correspondiéndole al fondo de pensiones probar la eficaz suministración de información, por tanto, adujo el fallador, que la entidad no logró probar tal evento, toda vez que el formato de afiliación de la actora a PROTECCIÓN S.A., no demuestra per se, que se le haya brindado y suministrado la información veraz y precisa sobre los perjuicios que le podría ocasionar el cambio de régimen, desde la antesala hasta su futura pensión.

Respecto a la excepción de prescripción, adujo el Juzgador que al tratarse de cuestiones pensionales no surte efecto la prescripción, puesto que estamos ante derechos imprescriptibles.

III. RECURSO DE APELACIÓN

En el término de ley, el apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.**, al igual que la apoderada de **COLPENSIONES** interpusieron recursos de apelación sobre la sentencia referenciada.

El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.**, solicita se revoque lo concerniente a esta demandada y se declare probada la excepción quinta (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) esto, basándose en que inicialmente los descuentos que se

hacen son en virtud de un mandato legal del legislador (artículo 20 de la ley 100 de 1993) que es la que ordena a los fondos que administran pensiones en Colombia, hacer un descuento que van destinados entre otras cosas a gastos de administración, en el caso del RAIS, también va destinado a la conformación de una cuenta de ahorros que va a financiar la garantía mínima de pensión, los seguros de FOGAFÍN y las contingencias de invalidez y de sobrevivencia, téngase en cuenta que son descuentos determinados por la ley de carácter impositivo e hizo en virtud de la afiliación de la demandante. En caso de que sea confirmada la orden de devolver las sumas de gastos de administración y demás emolumentos, solicita que se ordene la devolución de los intereses que obtuvo la cuenta de ahorro individual y se restituyan a PROTECCIÓN S.A.

Por otro lado, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** sustentó su recurso en que se carece de prueba de una fuerza que haya viciado el consentimiento de la demandante en los términos del artículo 13 de la ley 100 de 1993. La actora no había mostrado en todo este tiempo la inconformidad con el traslado efectuado, sino hasta ahora cuando ya no se encuentra en tiempo para hacer el traslado al régimen anterior como lo establece la ley. La parte demandante de no encontrarse a gusto con su elección, tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de retracto previsto en el artículo 3 del decreto 1161 de 1994, retracto que no ejerció guardando silencio respecto a las condiciones que le fueron ofrecidas, circunstancia que lleva a pensar que estaba a gusto con su traslado y que deseaba permanecer en el RAIS, al cual había emigrado voluntariamente en aras de aspirar a un mejor derecho pensional.

En cuanto a la condena en costas, recalca que COLPENSIONES actuó conforme a derecho, siendo ajena al negocio jurídico celebrado entre las partes. Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia de primera instancia en todos los puntos que resulten desfavorables para **COLPENSIONES**.

IV. TRASLADO PARA ALEGAR EN ESTAINSTANCIA

Mediante auto adiado enero 24 de 2022 se corrió traslado a las partes para alegar por escrito, con intervención de Colpensiones y Protección S.A

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. Problema jurídico

A fin de resolver el recurso de apelación que hoy ocupa la atención de esta Colegiatura, es menester señalar los puntos de censura, toda vez que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 66A del C. P. del T y de la S.S., no se tiene porque entrar a dilucidar inconformidades que no han sido puestas a consideración.

2. Del problema jurídico.

Acorde a lo anterior, es competencia de esta Sala abordar los siguientes puntos básicos de la Litis, ello en atención a que además de resolver el recurso de apelación impetrado por las demandadas, estamos desatando el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones:

i) Se analizará si erró el juez de primera instancia al declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, se determinarán las consecuencias de esa nulidad.

ii) Asimismo, se analizará si se debe o no ordenar la devolución de los gastos de administración.

iii) Igualmente, se analizará si debe Colpensiones cargar con las consecuencias propias de la ineficacia del acto de traslado, muy a pesar a que, ésta no participó ni intervino en dicho acto.

iv) Por último, verificaremos si erró el a quo al condenar en costas a la demandada COLPENSIONES.

3. De la nulidad y/o ineficacia del traslado

En lo referente a la ineficacia del traslado, debe decirse que el Sistema General de Pensiones implementado por la ley 100 de 1993, desde el inicio pretendía que el potencial afiliado escogiera libremente el régimen al que quería afiliarse o trasladarse en materia pensional y en desarrollo de ello, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral dispuso el deber de las administradoras de pensiones en brindar al afiliado una 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.

Ahora bien, puede suceder entonces, que el asesor de la administradora de pensiones (fondo privado) omita suministrar la información completa y veraz que incluya los “*pro*” y también los “*contra*” que trae consigo el traslado del régimen, situación ésta reprochable que puede llevar incluso a la pérdida del derecho pensional y los beneficios propios de cada régimen. En ese orden, indistintamente de que el legislador lo exija o no, lo cierto es que no puede permitirse que el afiliado pierda los beneficios del régimen de prima media con prestación definida, por no habersele dado la información correspondiente, aquella en la que se incluían los beneficios y los perjuicios que podía traer consigo el traslado, situación que a todas luces no contraría el ordenamiento legal, en contraste, busca la protección de los derechos pensionales del afiliado, que es uno de los fines propios del Sistema General de Pensiones.

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo

obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo.

Al respecto, véase las Sentencias **SL4336-2020, SL1688-2019, SL782-2018, SL19447-2017, SL12136-2014, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y SL, 9 sep. 2008, rad. 31989.**

Asimismo, nótese la sentencia SL12136 de septiembre 3 de 2014, radicación No. 46292, en donde si bien no se había acogido la teoría de la información documentada, en ella la Corte deja claro que no puede ***“argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”.***

Así entonces, sin más anotaciones, era deber de la administradora de fondo de pensiones otorgar la información detallada al usuario, señalándole los beneficios y los perjuicios que la afiliación a un régimen determinado trae consigo.

4. En el sub examine

En ese orden, en el sub examine, encontramos que en el pliego introductorio alude la demandante que en la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no le brindaron la información necesaria al momento del traslado, pues, omitieron indicar los pros y los contras de dicha actuación, dejando en vilo el futuro pensional de la actora al no tener una información clara al momento de la elección del régimen pensional.

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindaron una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó,

aquella en donde se le indicaran no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional.

En ese orden de ideas, al no existir prueba que nos lleve a colegir que la demandada PROTECCIÓN S.A., haya brindado la información completa y veraz sobre el traslado, es claro que, la AFP incumplió su deber de información y, por consiguiente, es viable declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca hubo traslado al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por tanto, no perdió los beneficios de dicho régimen.

5. De las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del traslado.

Así entonces, en reiteradas oportunidades se ha dicho que, las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, RAIS, son: (i) la declaración de que él o la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; (ii) la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, (iii) la devolución de los valores correspondientes a gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos (***Vid. Sentencias SL1897-2019, SL1845-2019, SL1689-2019, SL1688-2019, SL1421-2019, SL4989-2018, SL4964-2018, SL17595-2017 y SL31989, 9 sep. 2008).***

En cuanto a esta última consecuencia, se percata la Sala que el vocero judicial de la parte demandada (PROTECCIÓN S.A) insiste en que no es viable la devolución de los gastos de administración, no obstante a

lo anterior, nótese que ha sido un criterio inveterado de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que ésta es una de las consecuencias propias de la declaratoria de la nulidad de traslado, siendo obligación de la administradora del RAIS devolver los rendimiento y los gastos de administración, así se dejó establecido, entre otras, en la sentencia SL-1689 de 2019, en donde sobre el tema dispuso:

“Está probado que la AFP accionada trasladó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 127), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, de los cuales, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos”.

Y en un proveído más reciente, la Sala Laboral de la Corte¹, esgrimió:

“Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

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

¹ Ver sentencia SL2208 de mayo 26 e 2021, radicación n.º 86285.

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.

Ahora bien, no encuentra esta Sala ningún motivo por el cual deba separarse de la línea jurisprudencial adoptada por la H. Sala Laboral, por ende, en contraste con lo esbozado, se confirmará la sentencia apelada en cuanto a este punto.

6. No participación de Colpensiones en los actos de traslado

Considera la Sala tal y como fue señalado por el juez de primera instancia, que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia es que se vuelva a la situación anterior al mismo, es decir, que el afiliado regrese al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, por ende, no es necesario que medie la voluntad o intervención de COLPENSIONES en dichos actos jurídicos.

7. De la condena en costas

La demandada COLPENSIONES solicita que se revoque los puntos desfavorables para esta, esto incluye la condena en costas impuestas en primera instancia, pues bien, sea lo primero traer a colación lo dispuesto en el numeral 1° del 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 demandada, 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.

9. Por colofón.

Conforme a todo lo dilucidado previamente, esta Sala procede a confirmar la sentencia apelada y consultada. Sin imposición de costas en esta instancia, por no haber réplica del recurso en esta instancia.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA -LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia adiada 09 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por **CARMEN JUDITH MUÑOZ PETRO** contra **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.** radicado bajo el número **23 001 31 05 005 2021 00251 01 FOLIO 475.**

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado