

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23 -001- 31- 05- 004 -2019-00320-01- FOLIO 159-22**

MONTERÍA, VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIDOS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas PORVENIR S.S.A, COLPENSIONES y PROTECCION, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la segunda, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia el 21 de abril de dos mil veintidós (2022) proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por GENNY SAUDITH CABRALES SOTELO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y PORVENIR.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora GENNY SAUDITH CABRALES SOTELO, se declare la nulidad o ineficacia del acto jurídico de afiliación al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR, realizado el 01 de diciembre de 1995. Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a PORVENIR a trasladar la totalidad de lo ahorrado, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Asimismo, solicita se ordene a COLPENSIONES a que proceda a recibir a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, Por último, invoca que se condene en costas y agencias a las demandadas.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime, de forma sucinta, que:

-La actora nació el 01 de septiembre de 1961, por lo que cumplió la edad de 57 años el 01 de septiembre del año 2018.

-La demandante estuvo afiliada en un primer momento al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Caja de Previsión Departamental desde el 06 de octubre de 1981 hasta el 31 de mayo de 1994, realizando cotizaciones en materia pensional para dicha entidad.

-A partir del 01 de diciembre de 1995 la actora se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías COLMENA, quien a su vez fue comprado por HORIZONTE y éste a su vez adquirido por el actual fondo privado PORVENIR S.A; realizando las respectivas cotizaciones en materia pensional, inclusive hasta la fecha de hoy en día se encuentra activa.

-Refiere que estuvo afiliada realizando cotizaciones pensionales al fondo privado ING (Colpatria) en los meses de junio y julio del año 1997; sin embargo, aclara que igualmente este fue fusionado con HORIZONTE, el cual a su vez fue comprado por PORVENIR S.A.

-Que solicitó a PORVENIR S.A el valor actualizado de Bono pensional a la fecha, el número real de semanas cotizadas y el saldo que tenía en su cuenta de ahorro individual, siendo informada por el citado fondo el 16 de enero de 2019 que tiene un Bono pensional de \$175.287.234.00 millones de pesos; que en la cuenta de ahorro individual tiene un saldo por valor de \$148.828.999.00 millones de pesos, lo que arroja un capital final de \$324.116.233.00 millones de pesos. Adicionalmente, PORVENIR S.A le informa que a la fecha de corte de enero de 2019, tiene cotizadas un total de 1.826 semanas.

-Actualmente labora con el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA y está realizando sus cotizaciones en materia pensional a PORVENIR S.A.

-Realizada la proyección pensional del cálculo aritmético de cuál sería el valor de la pensión que recibiría si estuviera en el RPM administrado por Colpensiones, se tendría que su expectativa pensional sería mucho mayor a la que actualmente le proyecta Porvenir, debido a que en este último tendría derecho ni a una pensión de vejez de salario mínimo legal.

-Que al momento de afiliarse al Fondo privado PORVENIR S.A., éste último le pintó un panorama a futuro mucho mejor al que le podría ofrecer Colpensiones, dejándose llevar por una publicidad engañosa, esto es, los funcionarios encargados de dicha entidad no le

suministraron una información oportuna, precisa, transparente y completa de las consecuencias de la afiliación a ese sistema; asegurándole que se podía pensionar a cualquier edad y con una mesada pensional superior a la que podía recibir en Colpensiones, ya que no le informaron cuál era el saldo real que debía tener en su cuenta de ahorro individual para obtener dicha pensión, induciéndola así al error.

-Presentó ante Colpensiones el 28 de agosto de 2019 solicitud de afiliación, de traslado de régimen y ese mismo día la entidad lo negó, agotando así la reclamación administrativa.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.3.1. COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe, prescripción.*

2.3.2 PORVENIR.A., propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación*; además propuso la excepción previa de “*la falta de litisconsorcio pasivo necesario.*”, solicitando se convoque al proceso a PROTECCION

2.3.3. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal; en la primera se vinculó al proceso a PROTECCION S.A.

2.3.4 PROTECCION S.A., propuso las excepciones de *ausencia de vicio en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen, traslado eficaz, prescripción, buena fe, devolución de frutos y obligaciones recíprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia, innominada o genérica.*

III. LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante, indicando que como consecuencia de esa falta de información se da la ineficacia de ese traslado efectuado por la señora GENNY SAUDITH CABRALES SOTELO del régimen de prima media con

prestación definitiva, realizado a través de la sociedad AFP COLMENA, hoy PROTECCION, con solicitud datada 01 de junio de 1994, con efectividad a partir de 1 de junio de 1994. Dispuso el A-Quo quedaría sin efectos el traslado entre AFP que hizo PROTECCION a PORVENIR, siendo PORVEIR S.A la última entidad a la cual se encuentra la demandante afiliada actualmente.

Sostuvo el fallador que dentro de la línea jurisprudencial, aclaro la Corte que es procedente declarar la ineficacia del traslado cuando el demandante se encuentra ad portas de causar un derecho, sin embargo con el paso de los años la línea se aplica a todo afiliado, excepto los pensionados, sin importar si el demandante tiene o no un derecho consolidado o beneficio transicional o se está próximo pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente al acto jurídico o traslado.

En este orden, la ineficacia del traslado pensional se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efecto jurídico por lo que las vinculaciones deben retrotraerse desde el momento antes de existencia del mismo, de manera que ha de tenerse como si el traslado nunca hubiese realizado, por ello se entiende que la demandante nunca emigro al régimen de ahorro individual.

Así las cosas, se concluye que al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, la demandante debe ser recibida como afiliada a COLPENSIONES, de tal manera debe asumirla como afiliada sin solución de continuidad. De igual forma, en aplicación de los efectos de la ineficacia, le asiste la obligación a PORVENIR, por ser la entidad donde se encuentra actualmente afiliada la actora de realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, prima de seguro y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la actora, debidamente actualizados e indexados con destino a las arcas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – Colpensiones. De igual forma, condenó a PROTECCION S.A devuelva a COLPENSIONES durante el tiempo que estuvo afiliada, los gastos de administración que le descontaron al accionante, seguros previsionales y garantía de pensión mínima y lo demás emolumentos.

En cuanto a las excepciones de COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCION, las declara no probadas. Finalmente, condena en costas a favor de la demandante, a cargo de PORVENIR, PROTECCION y COLPENSIONES.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES.

Arguye que, el trabajador asalariado e independiente que se afilie por primera vez al sistema general de pensiones, debe elegir el régimen al cual quiere pertenecer, ya sea al régimen de ahorro individual o al régimen de prima media con prestación definida, luego tiene la posibilidad de trasladarse al régimen de pensión; que la demandante en la actualidad cuenta con más de 58 años, por lo que es imposible trasladarse de régimen, citando la ley 797 del 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

De modo que el negocio jurídico solo afecta las partes que interviene en el mismo, y no existe ningún elemento probatorio donde se evidencie vicio alguno al consentimiento al realizarse el acto de traslado, teniendo en cuenta esto, manifiesta que Colpensiones en este proceso es un sujeto pasivo, ya que no tuvo injerencia en la decisión que tomo la actora, asimismo, no se puede condenar en costas teniendo en cuenta que al no tener injerencia en la decisión que tomo la actora, Colpensiones siempre actuó de buena fe entonces no es posible que se condene en costas.

Finalmente, observado el material probatorio, no existe prueba contundente que la demandante no recibió la información necesaria para saber las consecuencias o los beneficios que estuvo en el régimen de ahorro individual.

4.2 Apelación de PORVENIR

Presenta inconformidad toda vez que la afiliación realizada a la AFP en el año 1994, adolece de ningún vicio, se encuentra saneado por el paso del tiempo y con la ratificación de los actos jurídicos realizados por la parte demandante, en ese sentido, después de 28 años de haberse trasladado la actora pretenda un traslado de régimen prohibido por la ley vigente, por lo que no existe razón legal para ordenar traslado de los aportes deprecados. Además, en este caso particular en lo que la parte demandante afirma se ha inducido de cierta manera el error al afiliado, sin embargo, hay que resaltar entre régimen de ahorro individual y el régimen de prima media existen diferencias para poder acceder a las prestaciones como la pensión y de igual manera en la forma que se calcula.

Agrega que, el simple error de derecho no da lugar a una declaración judicial de invalidez de un negocio jurídico, que por lo tanto la parte actora debe asumir las consecuencias del hecho que cometió.

En lo que refiere a la devolución de los rendimientos y cuotas de administración considera que las administradoras de fondo de pensiones y cesantías son entidades especializadas y legalmente autorizadas para administrar los ahorros de las pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las misma, tal como lo establece la ley. Dicho esto, la rentabilidad de este ahorro individual se genera gracias a la función de la administración en cabeza de la AFP, por lo que no hubiese sucedido si el actor se encuentra cotizando en el régimen de prima media de prestación definida, por esto, es necesario resaltar que la misma Superintendencia indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad u ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional, en consideración que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de la administración. Es que ordenar el traslado de estos gastos a COLPENSIONES se configura un enriquecimiento ilícito a favor de la parte demandada, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución.

Por último, en cuanto a la condena en costas, aduce que Porvenir cumplió con el deber que se encuentra en cabeza de ella, siendo el actor una persona capaz para determinar si le convenía o no de tomar la decisión de trasladarse de fondo. Por lo que se entiende que Porvenir actuó de buena fe y acorde al derecho, lo cual no hay lugar de condena en costas.

4.3 Apelación de PROTECCION

Presenta inconformidad en cuanto a la devolución de gastos de administración y demás emolumentos que trata el artículo 7 de la ley 797 de 2003, esto porque el fallo de primera instancia no aplicó correctamente este artículo, toda vez que este legislador ordena este tipo de descuento, ya que para la correcta administración de la cuenta de ahorro individual es necesario que se descuenta del aporte pensional mensual que hizo la demandante cuando estuvo afiliada a PROTECCION un porcentaje para gastos de administración, además de eso, era necesario hacer esos descuentos toda vez que existen unos dineros que tienen que estar dirigidos al fondo de garantías de pensión mínima de régimen de ahorro con solidaridad que administra el Ministerio de Hacienda, así como una parte que también va financiada los seguros y la prima de seguro de invalidez, que evidencia que son administrados por terceros, es decir por aseguradoras, lo cual ya se encuentran causados.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida en esta instancia para alegar, platearon lo siguiente:

5.1. ALEGATOS DE PORVENIR

“No le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

(...)

De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

(...)

Dicho esto, preciso es mencionar que, en este asunto NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

(...)

Adicionalmente, no se puede desconocer que Porvenir S.A siempre le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

En el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación.

(...) Ahora, en el hipotético remoto de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes, no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen,

esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma”.

5.2 ALEGATOS DE PROTECCION

“... no existe una razón para la declaratoria de ineficacia pedida pues el acto de traslado de régimen fue realizado con pleno cumplimiento por la normatividad y jurisprudencia vigentes para el momento en que fue realizado. Al realizar el traslado, si bien existía deber de información este no tenía reglas particulares sobre cómo ejercerlo y probarlo, la única obligación particular de mi defendida al respecto era dejar la voluntad plasmada en un formato de afiliación como efectivamente se hizo.

Además es evidente de la lectura de la demanda que lo pretendido es que no se le aplique la consecuencia de una norma jurídica como es la variación en las condiciones pensionales frente al RPMPD, lo que por definición constituye un error de derecho, el cual conforme el artículo 1509 el código civil (aplicable a este caso por remisión) no vicia el consentimiento y mucho menos podría tornarlo ineficaz, toda vez que si es un consentimiento dado válidamente debería generar todos los efectos y tampoco se puede perder de vista que los derechos que se puedan desprender del acto de afiliación realizado en 2004 se encuentran prescritos conforme el artículo 151 del C.P.T. y 488 del C.S.T., pues no obstante lo manifestado por la H. Corte suprema de Justicia, este no es un proceso pensional sino el que decide los efectos jurídicos de un acto.

No obstante lo anterior, en el hipotético caso en que sea declarada la nulidad o ineficacia del acto demandado, NO es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de cuotas de administración, toda vez que se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos que han tenido sus efectos pues los rendimientos financieros no son automáticos, sino producto de la administración. Unos dineros no administrados o al administrados antes de generar rendimientos tienden a disminuirse

(...)

Finalmente, es menester poner de presente que en caso de que se confirme la orden a PROTECCIÓN S.A. de devolver a Colpensiones los aportes del demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en pro de la demandante un enriquecimiento sin justa causa pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de mi representada, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando el juez una interpretación no acorde con la Constitución ni con la ley, en detrimento del patrimonio de mi representada, vulnerándosele el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y que fue suscrito de buena fe por mi representada”.

5.3. ALEGATOS DE COLPENSIONES

“Es importante anotar que en nuestro sistema no hay un acto administrativo a través del cual la autoridad estatal competente tramite y acepte la afiliación, o lo que es lo mismo, reconozca la condición de una persona como formalmente incluida en el sistema general de pensiones, lo cual implica que sea la administradora escogida por la persona la que lleve a cabo, mediante la revisión del formulario de afiliación y su aceptación una función de carácter público que implícitamente se le ha delegado.

La afiliación es un acto formal mediante el cual una persona natural, vinculada laboralmente o no a un empleador, en forma libre y espontánea diligencia y entrega, debidamente firmado,

a la entidad administradora de pensiones de su elección, el formulario establecido para el efecto, surgiendo así obligaciones legalmente definidas para el administrador como para el afiliado. La afiliación se destaca por las siguientes características:

(...)

En este contexto, debemos recordar que en los términos de los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la selección de la administradora como del régimen compete única y exclusivamente al afiliado, sin que la administradora pueda negarse a aceptarlo si se dan las formalidades del caso, e incluso, el fondo de pensiones anterior, no puede negarse u oponerse al traslado a otra administradora.

Refiriéndonos a la selección del régimen, es claro que solo voluntad es la que determina cual régimen le resulta más atractivo, es decir, o el régimen de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, sin dejar de anotar que la selección del régimen, siendo parte de la manifestación de voluntad del afiliado, conlleva la aceptación de las condiciones establecidas para el respectivo régimen, tal como lo indica el art. 11 del Decreto 692 de 1994 (Decreto 1833 de 2016 art. 2.2.2.1.8) lo que denota el carácter adhesivo.

También hay que aclarar que el sistema de doble asesoría tan solo fue establecido recientemente por la Superintendencia Financiera al impartir instrucciones para que las administradoras adopten programas especiales dirigidos a los afiliados, y puedan tomar las decisiones que más le convengan, y por ello deben contactar a los afiliados que les falten 12 años para cumplir la edad de pensión y puedan verificar la conveniencia de un traslado de régimen antes que lleguen a la edad donde no sea posible por la prohibición que establece el art. 2 de la Ley 797 de 2003. Al respecto es importante hacer referencia a lo señalado en la a Parte II, Título III, Capítulo I, numeral 14 de la Circular Básica Jurídica de dicha Entidad, que en su tenor señala: “ Las administradoras deben contactar a los afiliados que les falten doce (12) años para cumplir la edad de pensión con el fin de que estos reciban información adecuada sobre los dos regímenes, incluyendo la posibilidad de solicitar la asesoría de que trata el subnumeral 3.13 de este capítulo. La información podrá ser proporcionada al afiliado de forma presencial o por medios electrónicos verificables “

Complemento de lo anterior, en lo que respecta con la selección de la administradora, es preciso recordar la posibilidad de ejercer la manifestación de voluntad de retracto, la cual está prevista en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 (Decreto 1833 de 2016, artículo 2.2.2.2.1) y se puede ejercer dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se haya manifestado por escrito la correspondiente selección, la cual se puede ejercitar por cualquier medio verificable previamente aprobado por la Superintendencia de Colombia en la forma como se señala en la Parte II, Título III, Capítulo I, numeral 3.3 de la Circular Básica Jurídica de dicha Entidad,

Teniendo en cuenta esto fue una decisión libre y voluntaria de la demandante escoger el régimen al cual quería pertenecer, la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES” no tuvo ninguna injerencia en la decisión tomada por la accionante, entonces teniendo en cuenta no se puede condenar a COLPENSIONES, y mucho menos se le puede condenar en costas, por lo tanto Honorables Magistrados, solicito se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad y se absuelva a COLPENSIONES, de cualquiera condena”.

5.4. ALEGATOS DE DEMANDANTE

Reitera los argumentos expuestos en el libelo demandatorio.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** si existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión de una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. **(ii)** De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencias y efectos frente a los accionados. **iii)** si el traslado invocado se encuentra afectado por prescripción.

6.3. Nulidad y/o ineficacia de afiliación al régimen pensional.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, otrora administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices,*

*dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.*

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM-, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, Radicado 86505, MP OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, sostuvo:

“Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad,

encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre este tópico se precisò en la sentencia SL-4803-2021 lo siguiente:

“La sentencia CSJ SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En la providencia citada en precedencia, se presenta un cuadro-resumen de la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen

	modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información, no de cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador.

En ese orden, para la época en que se produjo el traslado de la actora del ISS a Colfondos, esto es el año 1995, se encontraban vigentes no sólo el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 271 de la misma preceptiva, ya citados, sino, además, el art. 97, numeral 1. ° del Decreto 663 de 1993, en su versión original, que disponía: «1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», además de las normas constitucionales que gobiernan el derecho a la información, razón por la cual la Sala dedujo de allí que en ese momento competía a las AFP suministrar ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Por ello se ha sostenido que existe toda una batería normativa de carácter especial que reguló la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, lo cual concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado, como se explicó, entre otras, en la misma providencia que se viene citando”

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)”.

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que la señora GENNY SAUDITH CABRALES SOTELO efectivamente realizó un traslado de régimen pensional, del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por COLMENA hoy PROTECCION, con solicitud datada 11 de mayo de 1994, con efectividad a partir del 01 de junio de 1994.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PROTECCION SA. demostrar que al momento del traslado de la actora le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), por tanto, ha de concluirse que la AFP PROTECCION no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, toda vez que la información que se echa de menos no se subsana con la suscripción de formularios de afiliación, y ello es razón suficiente para que salga adelante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Así las cosas, la omisión del deber de información por parte de PROTECCION torna acertada la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen que hiciera la demandante el once (11) de mayo de 1994 cuyos efectos fueron citados en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

“Se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD”

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, atendiendo que la demandante nunca se afilió al RAIS, se convierte igualmente en ineficaz el traslado entre fondos del RAIS -de la AFP PROTECCION a la AFP PORVENIR- que realizó el 19 de junio de 2000, con efectividad a partir del 1 de agosto de 2000, dado que los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional abarca a todas las entidades a las cuales estuvo vinculada la demandante al RAIS, sin importar que hayan -o no- participado en el acto de afiliación inicial, pues la ineficacia implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el traslado de régimen no hubiera existido, en efecto, todo vuelve a su estado anterior, es decir, la originaria afiliación al sistema de pensiones a través del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 5686-2021, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ que:

“(…) Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. Así lo expuso la Sala en la primera decisión citada

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Así, como consecuencia directa, es evidente que afecta la validez de los actos jurídicos subsiguientes, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados.

Y ello es así pues, como lo ha explicado con profusión la jurisprudencia de la Sala, la declaratoria de ineficacia trae consigo la vuelta al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). Lo anterior, salvo que la persona tenga la calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible revertir o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021).

Sin embargo, esta es una precisa excepción -no aplicable al caso concreto- que procura salvaguardar situaciones pensionales consolidadas y evitar serios traumatismos en la gestión e intervención de terceros en el sistema pensional que incluso podrían afectar gravemente la situación pensional de la persona afiliada; de ahí que la persona tenga la posibilidad de solicitar los perjuicios que eventualmente le hubiese causado ese acto de traslado sin cumplimiento del deber de información a cargo de la AFP, siempre que se demuestren debidamente. Es decir que, aún en estos casos, la transgresión de la ley por parte de las entidades administradoras puede generar consecuencias jurídicas

Ahora, debe aclararse que en la sentencia CSJ SL413-2018, la Corte consideró que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, en efecto pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior, y desde luego de permanecer en el fondo de su elección; sin embargo, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.”

Ahora bien, se indica en la alzada que la actora se afiliò inicialmente al régimen de prima media administrado por la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEPARTAMENTAL DE

CÓRDOBA, lo que se verifica con el historial de vinculaciones arrimado por Protección y Porvenir, así:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 8:35:24 AM

Afiliado: CC 34979014 GENNY SAUDITH CABRALES SOTELO

Vinculaciones para : CC 34979014

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1994-05-11	2004/04/16	COLMENA	COLPENSIONES		1994-06-01	2000-03-31
Cesion por fusion	2000-04-01	2004/04/16	ING	COLMENA		2000-04-01	2000-07-31

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 34979014

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-05-11	1996-06-13	01	AFILIACION	COLMENA	
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING
2000-06-19	2000-07-11	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	ING

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 1:03:45 PM

Afiliado: CC 34979014 GENNY SAUDITH CABRALES SOTELO [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 34979014

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1994-05-11	2004/04/16	COLMENA	COLPENSIONES		1994-06-01	2000-03-31
Cesion por fusion	2000-04-01	2004/04/16	ING	COLMENA		2000-04-01	2000-07-31
Traslado de AFP	2000-06-19	2004/04/16	PORVENIR	ING		2000-08-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 34979014

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-05-11	1996-06-13	01	AFILIACION	COLMENA	
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING
2000-06-19	2000-07-11	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	ING

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Lo anterior torna oportuno citar lo expuesto en la SL2696-2022, MP Dra DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, donde sobre el tema se anunció:

“Y según el artículo 9° del Decreto 692 de 1994, son afiliados al sistema “c) Los servidores públicos incorporados al sistema general de pensiones”.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los servidores públicos que se encontraban afiliados a una caja o fondo del sector público podían continuar en ellos mientras no se ordenara su liquidación, sin que fuera necesario diligenciamiento de formulario o comunicación donde constara su vinculación; y con arreglo al artículo 6° ibídem, son administradoras en el régimen de prima media con solidaridad, “el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación”.
De lo anterior se deriva, que si la demandante después del 30 de junio de 1995, continuó afiliada a la Caja Departamental de Seguridad Social del Chocó y vertió allí sus aportes hasta el 30 de junio de 1996, como aparece en la constancia suscrita por el Jefe de la Oficina de

Talento Humano de la Gobernación del Departamento del Chocó (fl. 51 del cdno. 1), ha de entenderse que habiendo sido incorporada al sistema como se dejó señalado, seleccionó el régimen de prima media y por lo tanto los aportes hechos en ese lapso lo fueron válidamente a una caja que administra dicho régimen y no pueden ser desconocidos por el Instituto como lo pretende el impugnante (CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 48031).

Con fundamento en lo expuesto se comprende que, en este caso, la vinculación de la accionante a la AFP Horizonte S. A. mediante formulario el 30 de noviembre de 1995 se trató de un traslado de régimen pensional.”

Ahora bien, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si lo hubiere, ello por cuanto dispone la Ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé. Asimismo, ordenar a PROTECCION S.A. devolver a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido, durante el tiempo que estuvo afiliada la señora GENNY SAUDITH CABRALES SOTELO, el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a esta AFP.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que:

“Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.

En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.

Y en cuanto a la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, en sentencia SL587-2022, MP JORGE PRADA SÁNCHEZ precisó:

“(...) A juicio de la Sala, la intervención de los asesores y la firma del formulario de vinculación, no constituyen prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió suministrar a la demandante, de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado y, por tanto, deviene ineficaz. En providencia CSJ SL3199-2021, la Sala discurrió:

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- 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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, se revocará el fallo del a quo, para declarar la ineficacia del traslado efectuado el 8 febrero de 1997 (fl. 121) y condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, junto con los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados a la actora, 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. (...)”

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de ineficacia y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

Propone las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR la excepción de prescripción, reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otros, en la SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

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

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

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

Y frente a la prescripción de las cuotas de administración en los términos planteados por PORVENIR, en sentencia SL 2877-2020 se precisó:

“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”.

6.4. COSTAS.

Frente a la inconformidad de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de COLPENSIONES, PROTECCION Y PORVENIR, aún más si tomamos en consideración que se opusieron a las pretensiones y propusieron excepciones cuyo resultado les fue desfavorable, y como quiera que el recurso de alzada igualmente les fue adverso, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas.

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV para cada una de las accionadas que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de los apelantes COLPENSIONES, PROTECCION y PORVENIR, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA

Magistrado


PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ

Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N°. 23 -001- 31- 05- 004 -2019-00206-01- FOLIO 224-22**

MONTERÍA, VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIDOS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas COLFONDOS S.A y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la segunda, con respecto a la sentencia pronunciada en audiencia el 26 de mayo de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NURIS MABEL MENDOZA ARGUMEDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A, y COLFONDOS, vinculado a la litis UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP) e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTRA FAMILIAR – ICBF.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora NURIS MABEL MENDOZA ARGUMEDO, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se ordene a COLPENSIONES la reciba como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, se condene a PORVENIR a trasladar los aportes en pensión, rendimientos, bonos pensionales y demás emolumentos, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Por último, invoca que se condene en costas y agencias a las demandadas.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime, de forma sucinta, que:

-Estuvo afiliada en un primer momento al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Cajanal, desde el 27 de enero de 1988 hasta el 30 de julio de 1995, realizando cotizaciones en materia pensional para dicha entidad.

-A partir del 31 de julio de 1995 se traslada y se afilia al Régimen de Ahorro Individual administrado por el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Colfondos, en donde estuvo realizando cotizaciones pensionales hasta el día 31 de octubre del año 2001.

-A partir del 01 de noviembre de 2001 se trasladó al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías HORIZONTE el cual fue fusionado por el actual fondo privado PORVENIR. S.A, realizando las respectivas cotizaciones en materia pensional, hasta la fecha de hoy en día se encuentra activa.

-El 22 de mayo de 2019 solicitó a PORVENIR S.A cuál era su valor actualizado de Bono pensional a la fecha, el número real de semanas cotizadas y el saldo que tenía en su cuenta de ahorro individual, siendo informada que su Bono pensional asciende a la suma de \$78.183.946 millones de pesos; que el saldo en su cuenta de ahorro individual es de \$103.546.814 millones de pesos; lo cual nos arrojaría un capital acumulado por valor de \$181.730.760.00 millones de pesos; valor que le alcanzaría para el capital necesario para obtener una pensión de vejez en cuantía de salario mínimo mensual legal. Adicionalmente le informan que cuenta con un total de 1.602 semanas cotizadas válidamente al sistema pensional.

-La actora nació el 08 de junio de 1961 por lo que cumplió la edad de 57 años el 08 de junio de 2018.

-Realizando la proyección pensional o el cálculo aritmético de cuál sería el valor de la pensión que la demandante recibiría si estuviera en el RPM administrado por Colpensiones, se tendría que su expectativa pensional sería mucho mayor a la que actualmente le proyecta hoy en día Porvenir, debido a que, en este último, la actora tendría derecho ni a una pensión de vejez muy inferior a la que tendría estando en Colpensiones.

-Al momento de trasladarse al Fondo privado COLFONDOS, éste último le pintó un panorama a futuro mucho mejor al que le podría ofrecer Colpensiones dejándose llevar por una publicidad engañosa, esto es, los funcionarios encargados de dicha entidad no le

suministraron una información veraz, oportuna, precisa, transparente, completa y comprensible de las consecuencias del traslado del RPM al RAIS; asegurándole que se podía pensionar a cualquier edad y con una mesada pensional superior a la que podía recibir en Colpensiones; no le informaron cual era el saldo real que debía tener en su cuenta de ahorro individual para obtener dicha pensión; induciéndolo así al error.

- Presentó ante Colpensiones, el 28 de mayo de 2019, solicitud de afiliación traslado de régimen, y ese mismo día la entidad lo negó, agotando así la reclamación administrativa.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma, las accionadas la contestaron, excepto PORVENIR e ICBF que no contestaron la demanda.

2.3.1. La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP), propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación – falta de fundamentos legales para declarar la nulidad del acto de traslado, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción trienal, buena fe.*

2.3.2 COLFONDOS S.A., no se opuso a las pretensiones de la demanda, sin embargo, frente a la cuarta pretensión manifestó que no es posible la condena en costas, ya que no ha habido oposición del sujeto procesal.

2.3.3. COLPENSIONES propuso las excepciones de *inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, prescripción.*

2.3.4. 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 las pretensiones de la parte demandante, considerando que como consecuencia de esa falta de información se da la ineficacia de ese traslado efectuado por la señora NURIS MABEL MENDOZA ARGUMEDO del régimen de prima

media con prestación definitiva administrado por la extinta CAJANAL, realizado a través de la sociedad AFP COLFONDOS con solicitud datada 07 de junio de 1995, con efectividad a partir del 01 de julio de 1995. Dispuso el A-Quo quedaría igualmente sin efectos el traslado entre AFP que hizo COLFONDOS a HORIZONTE, hoy PORVENIR, siendo PORVENIR S.A la última entidad a la cual se encuentra la demandante afiliada actualmente.

Precisó, el deber de información no se acredita con la suscripción del formulario; que la actora aduce que COLFONDOS nunca le suministro información por los efectos adversos, por lo tanto, la demandante esta eximida de acreditar la inobservancia del deber de información por parte de la entidad administradora de pensiones que hizo la afiliación. Ahora bien, la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS expresamente aceptó los hechos de la demanda. En ese orden, el traslado de régimen pensional que efectuó la actora se dio de forma desinformada, razón por la cual habría lugar en declarar la ineficacia, también tiene impacto luego en la validez de la afiliación efectuada posteriormente de la actora a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, se concluye que al declarar la ineficacia de traslado al RAIS, la demandante debe ser recibida como afiliada a COLPENSIONES dado que por la supresión y liquidación de CAJANAL, dicha entidad se encuentra liquidada y por disposición legal, en el año 2009 la demandante debía estar afiliada a CAJANAL y debió ser trasladada al ISS, hoy Colpensiones, de tal manera que actualmente debe asumirla como afiliada sin solución de continuidad Colpensiones. De igual forma, en aplicación de los efectos de la ineficacia, le asiste la obligación a PORVENIR, por ser la entidad donde se encuentra actualmente afiliada la actora, de realizar la devolución de los aportes, gastos de administración, prima de seguro y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual, debidamente indexados con destino a las arcas de COLPENSIONES. Consideró el fallador de primera instancia, que como la ineficacia implica retrotraer los actos que se debieron a su existencia, COLFONDOS también tendrá que trasladar a COLPENSIONES además de los aportes a pensión, los gastos de administración, seguro provisional, durante el periodo que estuvo afiliada a dicha AFP.

En cuanto a las excepciones, encuentra prospera la falta de legitimación por causa pasiva alegada por la UGPP, y en cuanto a las excepciones de COLPENSIONES, las declara no probadas. Por otra parte, declara de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto al ICBF, al evidenciarse que dicha entidad no se encuentra legitimada para responder por la pretensión de la demanda, dado que no actuó como una administradora de pensiones y mucho menos fondo de pensiones privado.

Finalmente, condena en costas a favor de la demandante, a cargo de COLFONDOS, PORVENIR Y COLPENSIONES. Señala que, a pesar de que COLFONDOS no se opuso a las pretensiones, la interpretación que dará al artículo 365 del Código General del Proceso, hay que condenar en costas a la parte vencida.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de COLPENSIONES.

Arguye que, el trabajador asalariado e independiente que se afilie por primera vez al sistema general de pensiones debe elegir el régimen al cual quiere pertenecer, ya sea al régimen de ahorro individual o al régimen de prima media con prestación definida, luego tiene la posibilidad de trasladarse al régimen de pensión, la demandante en la actualidad cuenta con más de 57 años, por lo que es imposible de trasladarse de régimen por mandato expreso de la ley 797 del 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993. Agrega que, ni el instituto de seguro social ni Colpensiones participaron en la decisión autónoma, libre y voluntaria de haberse trasladado de régimen, como tampoco existe ningún elemento probatorio donde se evidencie vicio alguno al consentimiento al realizarse el acto de traslado. Por lo tanto, Colpensiones al no tener participación en esa decisión contractual que surgió, no se le podría condenar ni en costas o agencias de derecho y tampoco a recibir la demandante. Tampoco se demostró en el proceso que no se haya dado la información necesaria por lo que queda en tela de juicio o en duda.

4.2. Apelación de COLFONDOS S.A.

Presenta inconformidad por cuanto no se aplicó correctamente el artículo 365 del Código general del proceso, ya que en el primer inciso del artículo dice muy claramente que la condena en costas se da cuando existe controversia dentro del proceso y en el presente asunto no existió controversia, toda vez que COLFONDOS no presentó recursos, tampoco incidentes ni presentó nulidades.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida en esta instancia para alegar, plantearon lo siguiente:

5.1. ALEGATOS DE LA UGPP

“(…) Entonces, siendo este el momento procesal adecuado, y siendo nuestra defendida parte no apelante, solicitamos ya sea que el fallo de primera instancia se revoque o modifique en lo que tiene que ver con las condenas impuestas, se confirme dicha decisión de primera instancia en lo relacionado a la absolución de nuestra defendida de toda condena, ello en razón a que carece de legitimación por pasiva para fungir como parte dentro del proceso de la referencia. Veamos.

La UGPP fue constituida con el propósito principal de reconocer y administrar derechos pensionales en virtud de cotizaciones o tiempos de servicios efectuadas a cargo de administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional o de las entidades públicas del orden nacional, o de este mismo orden que se encuentren en estado de liquidación, se ordene su liquidación o se defina el cese de esa actividad por quien la esté desarrollando conforme lo dispuesto en el artículo 156 de la ley 1151 de 2007, el Decreto Ley 169 de 2008 y el Decreto 575 de 2013. Ese artículo 156 de la ley 1151 de 2007 dispone lo siguiente:

(…)

A su turno, el decreto 575 de 2013, que modifica el decreto ley 169 de 2008, en su artículo 2 define el objeto de la Unidad Administrativa Especial:

(…)

En igual sentido se expresa el artículo 6 del decreto citado sobre las funciones de la Unidad Administrativa Especial, en sus numerales 1, 2, 3 y 4.

En suma, a nuestra defendida no le asisten funciones destinadas a las administradoras de los fondos de pensiones, pues no tiene competencia legal para administrar recursos pensionales, ni realizar traslado de saldos, aprobar traslados de regímenes de pensionados, y demás obligaciones reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ahora, conforme al recuento fáctico constatado en el proceso de la referencia, la señora NURIS MABEL MENDOZA ARGUMEDO, antes de efectuar su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, se encontraba afiliada a CAJANAL EICE, entidad de la cual se decretó su liquidación el 12 de junio de 2009, siendo que con posterioridad a esa fecha se ordenó el traslado de todos los afiliados cotizantes de la mencionada Caja de Previsión al Instituto de Seguro Social – ISS, ahora ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en virtud del artículo 4 del Decreto 2196 de 2009.

5.2. ALEGATOS DE DEMANDANTE

Reitera los argumentos expuestos en el libelo demandatorio.

5.3 ALEGATOS DE COLPENSIONES

“En este sentido, la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico reglado legalmente, mediante el cual una persona natural, llamado afiliado, en ejercicio de la libre expresión de su voluntad y mediante el diligenciamiento de un formulario especial, escoge la administradora de pensiones y el régimen pensional, surgiendo a partir de este momento obligaciones recíprocas tanto para el como para la administradora a la cual se vincula. En consecuencia, la afiliación se puede considerar como una relación jurídica legal o como un contrato con particularidades propias, dadas fundamentalmente por un marco legal que rige todos sus aspectos, incluido el desenvolvimiento obligacional de los sujetos involucrados, como también constituye un mecanismo legalmente previsto para acceder a la protección y a las prestaciones del sistema general de pensiones, a través de sus operadores, con quien se traba una relación bajo un marco normativo que lo regula.

Es importante anotar que en nuestro sistema no hay un acto administrativo a través del cual la autoridad estatal competente tramite y acepte la afiliación, o lo que es lo mismo, reconozca la condición de una persona como formalmente incluida en el sistema general de pensiones, lo cual implica que sea la administradora escogida por la persona la que lleve a cabo, mediante la revisión del formulario de afiliación y su aceptación una función de carácter público que implícitamente se le ha delegado.

La afiliación es un acto formal mediante el cual una persona natural, vinculada laboralmente o no a un empleador, en forma libre y espontánea diligencia y entrega, debidamente firmado, a la entidad administradora de pensiones de su elección, el formulario establecido para el efecto, surgiendo así obligaciones legalmente definidas para el administrador como para el afiliado. La afiliación se destaca por las siguientes características:

(...)

También hay que aclarar que el sistema de doble asesoría tan solo fue establecido recientemente por la Superintendencia Financiera al impartir instrucciones para que las administradoras adopten programas especiales dirigidos a los afiliados, y puedan tomar las decisiones que más le convengan, y por ello deben contactar a los afiliados que les falten 12 años para cumplir la edad de pensión y puedan verificar la conveniencia de un traslado de régimen antes que lleguen a la edad donde no sea posible por la prohibición que establece el art. 2 de la Ley 797 de 2003. Al respecto es importante hacer referencia a lo señalado en la Parte II, Título III, Capítulo I, numeral 14 de la Circular Básica Jurídica de dicha Entidad, que en su tenor señala:

Complemento de lo anterior, en lo que respecta con la selección de la administradora, es preciso recordar la posibilidad de ejercer la manifestación de voluntad de retracto, la cual está prevista en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 (Decreto 1833 de 2016, artículo 2.2.2.2.1) y se puede ejercer dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se haya manifestado por escrito la correspondiente selección, la cual se puede ejercitar por cualquier medio verificable previamente aprobado por la Superintendencia de Colombia en la forma como se señala en la Parte II, Título III, Capítulo I, numeral 3.3 de la Circular Básica Jurídica de dicha Entidad, Teniendo en cuenta esto fue una decisión libre y voluntaria de la demandante escoger el régimen al cual quería pertenecer, la Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES” no tuvo ninguna injerencia en la decisión tomada por la accionante, entonces teniendo en cuenta se puede condenar a COLPENSIONES, y mucho menos se le puede condenar en costas, por lo tanto Honorables Magistrados, solicito se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad y se absuelva a COLPENSIONES, de cualquiera condena

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** si existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado COLFONDOS S.A, en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. **(ii)** De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencias y efectos frente a los accionados. **iii)** si el traslado invocado se encuentra afectado por prescripción; **(iv)** si procedía la condena en costas a cargo de COLFONDOS S.A

6.3. Nulidad y/o ineficacia de afiliación al régimen pensional.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, otrora administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.*

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger ente los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM-, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, Radicado 86505, MP OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, sostuvo:

“Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Sobre este tópico se precisò en la sentencia SL-4803-2021 lo siguiente:

“La sentencia CSJ SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En la providencia citada en precedencia, se presenta un cuadro-resumen de la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información, no de cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador.

En ese orden, para la época en que se produjo el traslado de la actora del ISS a Colfondos, esto es el año 1995, se encontraban vigentes no sólo el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 271 de la misma preceptiva, ya citados, sino, además, el art. 97, numeral 1. ° del Decreto 663 de 1993, en su versión original, que disponía: «1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», además de las normas constitucionales que gobiernan el derecho a la información, razón por la cual la Sala dedujo de allí que en ese momento competía a las AFP suministrar ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Por ello se ha sostenido que existe toda una batería normativa de carácter especial que reguló la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, lo cual concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado, como se explicó, entre otras, en la misma providencia que se viene citando”

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)”.

Al remitirnos a las pruebas documentales arrimadas al proceso, detallamos en la constancia de vinculación que suscribiera la demandante al fondo de pensiones COLFONDOS S.A, adiado 07 de junio de 1995, con efectividad a partir del 01 de julio de 1995, el cual contiene la leyenda de vinculación por la entidad, pero no indica que se haya brindado la información que la actora echa de menos en el libelo introductorio.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP COLFONDOS SA, demostrar que al momento del traslado de la actora le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS). No obstante, la AFP COLFONDOS acepto no haber dado información documental a la accionante sobre las consecuencias negativas del citado traslado, acerca del capital que tendría que reunir en su cuenta de ahorro individual con la finalidad de obtener pensión de vejez, ni la diferencia del monto de la mesada pensional entre ambos regímenes, Por lo tanto, ha de concluirse que la AFP COLFONDOS no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Obligación que también ha resaltado esta Sala en sentencias como la del 29 de octubre de 2019, emitida por la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral, dentro del proceso ordinario laboral identificado con radicado no. 23.001.31.05.004.2019-00035.01 folio 311-2019. MP Dr Marco Tulio Borja Paradas1, en la que refirió:

“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 esta libertad es cualificada,

pues trátase 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 consciencia. 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 código civil 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 SL-19447 de 2019; SL-782 de 2018; SL-12136 de 2014, SL- del 21 de noviembre de 2011 radicación 33083 y sentencia del 09 de septiembre de 2008 radicación 31989.

En el caso, solo está acreditada la suscripción de la 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 resultado de la asesoría con las características y dimensiones atrás señaladas, por consiguiente, hay lugar a confirmar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS.

(...)

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Así las cosas, la omisión del deber de información por parte de COLFONDOS tornan acertada la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen que hiciera la demandante el veintinueve (29) de marzo de 1996 cuyos efectos fueron citados en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

“Se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD”

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, ateniendo que la demandante nunca se afilió al RAIS, se convierte ineficaz el traslado de fondos entre la AFP COLFONDOS a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR, dado que los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional abarca a todas las entidades a las cuales estuvo vinculada la demandante al RAIS, sin importar que no haya participado en el acto de afiliación inicial. Lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el traslado de régimen no hubiera existido, en efecto, todo vuelve a su estado anterior, es decir, al régimen prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 5686-2021, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ que:

“(…) Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. Así lo expuso la Sala en la primera decisión citada

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Así, como consecuencia directa, es evidente que afecta la validez de los actos jurídicos subsiguientes, entre ellos los traslados que se efectúen entre los diversos fondos privados.

Y ello es así pues, como lo ha explicado con profusión la jurisprudencia de la Sala, la declaratoria de ineficacia trae consigo la vuelta al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, entre muchas otras). Lo anterior, salvo que la persona tenga la calidad de pensionada, pues en este evento la jurisprudencia tiene sentado que no es factible reversar o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el régimen de prima media, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021).

Sin embargo, esta es una precisa excepción -no aplicable al caso concreto- que procura salvaguardar situaciones pensionales consolidadas y evitar serios traumatismos en la

gestión e intervención de terceros en el sistema pensional que incluso podrían afectar gravemente la situación pensional de la persona afiliada; de ahí que la persona tenga la posibilidad de solicitar los perjuicios que eventualmente le hubiese causado ese acto de traslado sin cumplimiento del deber de información a cargo de la AFP, siempre que se demuestren debidamente. Es decir que, aún en estos casos, la transgresión de la ley por parte de las entidades administradoras puede generar consecuencias jurídicas

Ahora, debe aclararse que en la sentencia CSJ SL413-2018, la Corte consideró que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, en efecto pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior, y desde luego de permanecer en el fondo de su elección; sin embargo, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.”

Ahora bien, se indica en la alzada que la parte actora se afilió inicialmente al régimen de prima media administrado por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÒN SOCIAL, entidad que fuera liquidada, siendo oportuno citar lo expuesto en la SL4175-2021, MP Dr Luis Benedicto Herrera Dìaz, donde sobre el tema se anunció:

“Ahora bien, en lo que corresponde al recurso de apelación interpuesto por la demandante, específicamente respecto de la solicitud de establecer a cuál de las dos entidades públicas demandadas - Colpensiones - UGPP - le corresponde recibir y administrar los aportes que traslade Porvenir S.A. al régimen de prima media con prestación definida como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia, más que ser un reparo a lo desfavorable de

la decisión, como se menciona en la misma sustentación del recurso, es una aclaración que la apoderada solicita al Tribunal respecto de los ordinales 2°. y 3°. de la sentencia, al parecer por las dudas que le suscita el artículo 34 del decreto 692 de 1994, al quedar Cajanal (hoy la UGPP) autorizada para administrar el régimen de prima media con prestación definida con relación a las personas que estuvieren afiliadas al 31 de marzo de 1994, situación en que se halla la actora.

Al respecto, es oportuno aclarar que, si bien con la expedición de la Ley 100 de 1993 quedaron algunas entidades autorizadas para administrar el régimen de prima media con prestación definida como Cajanal, una vez liquidadas, no es pertinente que la entidad que la sustituyó en el pago de las pensiones (UGPP) quede obligada a recibir afiliados cuando su objeto está más orientado al pago de las obligaciones pensionales de las entidades liquidadas, contrario a Colpensiones quien funge como la entidad principal del sistema que tiene a su cargo la administración del régimen de prima media.

Al respecto, sobre este mismo aspecto la sentencia CSJ SL2208-2021, precisó:

Finalmente, y a modo de ilustración, a fin de darle respuesta a la opositora Colpensiones frente al reparo relativo a que la eventual llamada a responder por la aceptación o no de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional es la UGPP, se advierte que uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993 fue unificar los regímenes pensionales existentes en el sector privado y en el público.

Como se sabe, el manejo de este último estaba a cargo del sistema de previsión social en el que existía una caja básica que financiaba las pensiones por medio del reparto simple, es decir, que las pensiones se reconocían con el cumplimiento la edad y el tiempo de servicio, y con conocimiento anticipado acerca del monto de la prestación, que era pagada por el fondo común denominado caja de previsión social, tal como ahora lo ejerce el RPMPD a través de Colpensiones.

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida.

Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones.

Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 -artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía

administrativa y patrimonio independiente –Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011).

A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia.

Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Acorde con lo expuesto en precedencia, no queda duda que atendiendo los efectos de la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al RAIS por omisión del deber de información por parte de COLFONDOS, cual es que nunca se dio el traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse como afiliada únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibida como afiliada a la administradora COLPENSIONES por ser quien administra el mismo, aunado a que al momento en que se trasladó al RAIS, e incluso a la fecha de liquidación de CAJANAL, no tenía derecho a la pensión consolidado.

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si los hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé. Asimismo, ordenar a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido por gastos de administración y seguros previsionales durante el tiempo que estuvo afiliado la señora NURIS MABEL MENDOZA ARGUMEDO a esta AFP.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que:

“Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.

En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de ineficacia y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

Propone la accionada COLPENSIONES la excepción de prescripción, reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otros, en la SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

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

(...)

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

6.4. COSTAS.

Frente a la inconformidad de las partes demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES se opuso a las pretensiones, cuyo resultado fue desfavorable, y propuso excepciones.

Ahora bien, la AFP COLFONDOS S.A muestra inconformidad respecto a la condena en costas impuestas por el A-Quo, como quiera que no existió dentro del proceso controversia alguna pues la entidad no se opuso a las pretensiones, ni propuso excepciones y se allanó a todos los hechos y pretensiones de la demanda, por lo que mal podría pregonarse la procedencia de la condena acorde con los argumentos arriba expuestos, amén de que para considerar que una parte fue vencida en juicio debió ésta generar debate dentro de la actuación procesal, lo que realmente no ocurrió con el referido fondo de pensiones, por lo que se torna necesario modificar el numeral séptimo de la sentencia apelada para en su lugar absolver a COLFONDOS S.A de la condena en costas de primera instancia.

Ahora bien, como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso a COLPENSIONES, además de que hubo réplica de la parte demandante, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de la administradora.

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV la accionada que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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: MODIFICAR el numeral séptimo de la sentencia apelada en el sentido de **ABSOLVER** a COLFONDOS S.A de la condena en costas impuestas, atendiendo las consideraciones expuestas en esta providencia

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo los demás.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

CUARTO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado


PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ
Radicado N° 23-001-31-05-005-2021-00318-01 FOLIO 239-2022**

MONTERÍA, VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas - COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.S- contra la sentencia pronunciada en audiencia del 10 junio de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANA ISABEL ARIZA BALLESTA, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora ANA ISABEL ARIZA BALLESTA, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se declare que PORVENIR omitió el deber legal de información esencial. En consecuencia, se condene a PORVENIR a trasladar los aportes en pensión, rendimientos y gastos de administración, efectuados en dicho régimen, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, asimismo esta última la reciba como afiliada al régimen de prima media con prestación definida y recibir los aportes sufragados al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir. Se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez. Por último, se condene en costas y agencias a las demandadas.

Como pretensión subsidiaria, solicita que en caso de no llegarse a reunir los requisitos legales para hacerse acreedora de la pensión vejez, se le conceda la pensión especial por hijo discapacitado tratada también por el inciso 2 Parágrafo 4 Artículo 33 ley 100.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

-La demandante labora en la ESE HOSPITAL SAN DIEGO DE CERETE CORDOBA, el cargo que ocupa es AUXILIAR AREA DE LA SALUD; devenga un salario superior a \$ 1.611400. 00 de pesos tal como se desprende del reporte de semanas cotizadas de Porvenir.

- La demandante desde el momento que inicio la relación laboral con su empleador se afilio y cotizo al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES.

- Arguye que el ISS autorizó un traslado de la actora al RAIS más específicamente a PORVENIR, induciéndola a error, pues no se le suministro información adicional en cuanto al monto pensional y el capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión digna. Al momento de la afiliación a PORVENIR está falto al deber de brindar una información clara, precisa y concreta de las consecuencias negativas que acareaba el traslado de régimen pensional.

-De conformidad con el tiempo laborado, se tiene que la accionante con las cotizaciones realizadas durante su tiempo de servicio hubiera superado considerablemente el mínimo de semanas requeridas para gozar de la tasa máxima de remplazo en el régimen de prima media con prestación definida.

-La actora presento solicitud de traslado ante Colpensiones y Porvenir, la cual fue desatada en forma negativa en la misma data.

-Refiere que está próxima a pensionarse, ya que a la actualidad tiene 58 años de edad y más de 30 años de servicio. Es madre del joven Grisalido Antonio Padilla Ariza, mayor de edad, quien presenta una discapacidad laboral del 53.57%, por lo que depende económicamente de su señora madre.

-Que en la fecha de presentación de la demanda ya cumple con los requisitos mínimos para la pensión de vejez en el RMP, como lo son edad de 57 años y 1300 semanas de cotización. Su estatus de pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación definida lo cumplió para la data 29 marzo de 2020, por lo que deberá reconocerse su prestación desde esa fecha.

-Por último, expresa que cumple con los 3 requisitos para la pensión anticipada especial de vejez de la cual trata el inciso 2 Parágrafo 4 Artículo 33 ley 100.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.3.1. PORVENIR propuso las excepciones de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.*

2.3.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, 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 de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, innominada o genérica, falta de causa para demandar, inexistencia del derecho reclamado.*

2.3.4. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal; en la segunda se profirió la;

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante declarando la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por la extinta Caja De Previsión Departamental De Córdoba que hizo la señora ANA ISABEL ARIZA BALLESTA al régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- en PORVENIR, el 01 de enero de 1996 con efectividad a partir del primero (01) de enero de 1996, como consecuencia de falta de información. Por lo anterior, condenó a PORVENIR S.A devuelva a COLPENSIONES durante el tiempo que estuvo afiliada, los gastos de administración que le descontaron a la accionante y los demás emolumentos; frente a COLPENSIONES, indicó que no podrá obstaculizar, es decir, conservará la condición de afiliada al régimen de prima media con prestación definida como si nada hubiera ocurrido. Y Colpensiones quedará habilitada para reclamar frente a Porvenir las condenas impuestas.

Asimismo, PORVENIR deberá devolver su historial laboral a COLPENSIONES para cuando acceda o quiera reclamar un derecho en esta entidad.

En cuanto a la pretensión de pensión de vejez ante COLPENSIONES y subsidiariamente frente a la pensión especial por hijo discapacitado, el despacho se abstuvo de pronunciarse argumentando no es competente para conocer sobre estas pretensiones, conforme a que la actora es una empleada pública, aparece laborando como auxiliar de enfermería, todavía se encuentra activa, además, la norma es clara en establecer que aquellos asuntos que sea relativo a la relación legal y reglamentaria de los servidores públicos con el Estado y la seguridad social; cuyo régimen este administrado por una persona de derecho público, en este caso, la competente es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las partes demandadas y las condenó en costas.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Apelación de Porvenir

Argumenta Porvenir S.A que apela frente a los numerales primero y tercero. Reitera que para el momento en el cual se llevó a cabo el traslado de régimen pensional por la demandante, Porvenir cumplió con todos los requisitos vigentes para la época, es decir, brindar una información clara, completa, sobre las implicaciones de ese traslado, las características generales del RAIS, de esto, no se puede contar con un soporte documental que permita acreditar dicha información pues para el momento el cual se llevó a cabo el traslado de régimen no se exigía soportar eso debidamente por escrito.

En relación con la condena de devolver los gastos de administración y seguro previsionales, ya que en este caso se cumplió con su cometido por el periodo el cual la demandante ha mantenido su vinculación con el régimen de ahorro individual con solidaridad, de tal suerte, que esas sumas ya fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaba a los recursos aportados a la cuenta individual de la parte demandante, principalmente al manejo de las inversiones de incremento de rentabilidad. Y en cuanto a las primas de seguro previsionales, ya no están en su poder sino de la compañía aseguradora, pues la destinación de estas sumas también cumplió con su objetivo, ya se extinguieron, la apertura que brindo la compañía de seguros ya se hizo efectiva; no puede retrotraerse en el tiempo pues es materialmente y jurídicamente imposible. Agrega que el legislador estableció que para ambos regímenes el

3% de dineros cotizados se destinan a cubrir la prima de seguro provisional de invalidez y sobreviviente.

4.2. Apelación de COLPENSIONES

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades solo involucraría a las partes que en el intervinieron y como se pudo evidenciar Colpensiones fue ajena a esa circunstancia. Debe ser la administradora de régimen de ahorro individual con solidaridad, en este caso PORVENIR, la que soporte las consecuencias de lo ordenado, Colpensiones es un tercero ajeno que no intervino en la suscripción del contrato del traslado de fondo. En el caso, la demandante cuenta con 59 años de edad, lo que estaría incurso la prohibición legal para trasladarse de régimen.

En cuanto a las costas, Colpensiones actuó sin temeridad alguna, bajo el principio de la buena fe y sumado a ello, dentro del proceso no se encuentra prueba alguna, es decir, no hay facturas que demuestre que hubo un gasto asumido por la parte demandante, cita artículo 356 numeral 5 del código general del proceso.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS DEMANDANTE

Oportunamente, a través de apoderado, allega escrito donde argumentó lo siguiente:

“Se debe confirmar dicha sentencia en tanto el Juzgador de primer grado tuvo en cuenta el precedente legal y jurisprudencial que asiste para este tipo de controversias mediante las cuales según lo refiere el artículo 1604 del código civil la “la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega”

Está claro que la administradora privada de pensiones Porvenir s.a. debió probar en el juzgado que le brindó una información clara, oportuna y eficiente a mi representada ANA SAEL ARIZA BALLESTAS al momento de la afiliación o traslado y eso nunca pasó en este proceso ya que la misma solo se limitó a decir que eso fue un acto voluntario en el cual no medio ningún vicio en el consentimiento de la persona que firmaba.

Ahora bien, con respecto a ese acto voluntario que predijo la parte aquí accionada, el literal (b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, hace referencia al mismo cuando dice, “ que la escogencia del sistema general de pensiones por el afiliado es libre y voluntaria”, empero tal libertad es cualificada pues trátase de una libertad informada, la cual comporta para la administradora de pensiones el deber de diligencia y cuidado en brindar a cada afiliado asesoría oportuna, suficiente, veraz y eficaz entre los cuales figura la información de los aspectos positivos y negativos de la afiliación o el traslado por lo que no basta con la sola suscripción del afiliado de formatos o cartas atestando actuar con libertad y conciencia.

5.2. ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

5.3. ALEGATOS PORVENIR S.A

En este punto se debe anotar que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues el traslado de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para ese momento, toda vez que:

1.1. Mi representada al momento de realizar el traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cumplió con el deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues le entregó a la parte actora la información de manera verbal y, posteriormente, la parte demandante suscribió el formulario de afiliación, el cual se recuerda fue revisado y aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Si lo anterior no fuera suficiente, vale la pena recordar que mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos.

En relación con la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, esta no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante, pues esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

1.2. La obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL1688-2019, SL1689-2019 y SL3464-2019, en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva

1.3. El incumplimiento de la parte demandante del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar. Lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, pues dentro de su interrogatorio de parte aceptó que firmó el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones y que recibió asesoría sobre las

incidencias de su traslado, por lo que todas estas manifestaciones sumadas al hecho que la parte demandante lleva muchos años afiliado en el RAIS no son solo una prueba concluyente sobre su conocimiento sobre los regímenes pensionales, sino también una manifestación clara e inequívoca de su deseo de permanecer en el RAIS y en pensionarse en dicho régimen.

1.4. La totalidad de condiciones del RAIS no son impuestas por las Administradoras de Fondos Pensionales, por el contrario, dichas condiciones para adquirir diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran en la Ley 100 de 1993, por lo que la ignorancia o desconocimiento de esta no sirven de excusa, tal y como lo establece el artículo 9 del Código Civil Colombiano.

(....)

Frente a la condena a devolver los bonos pensionales es importante precisar que:

- Los afiliados para tener derecho al Bono Pensional deben tener cotizadas mínimo 150 semanas al Régimen de Prima Media con anterioridad a la fecha de traslado de régimen.
- El Bono Pensional se obtiene a partir de la información que suministre el afiliado, y la AFP, en este caso Porvenir, se encarga de efectuar los trámites operativos para la conformación de la historia laboral. Una vez conformada la historia laboral el afiliado autoriza la emisión del Bono Pensional.
- El valor del Bono Pensional hace parte del saldo de ahorro pensional una vez se hace efectivo única y exclusivamente para el reconocimiento de una prestación, así el valor se ve reflejado en la cuenta cuando exista un trámite de pensión sea por vejez, invalidez o muerte.

En ese orden de ideas, podemos concluir que las AFP no realizan las gestiones del Bono Pensional de los afiliados ante la OBP, por el contrario, se encargan de efectuar a petición de la parte interesada los trámites operativos para la conformación de la historia laboral y una vez este conformada es el afiliado quien debe autorizar la emisión del bono pensional el cual hace parte del saldo de ahorro de la cuenta de ahorro individual cuando exista un trámite de pensión sea por vejez, invalidez o muerte.

Por todo lo anteriormente expuesto, nos oponemos a que se mantenga la condena al pago del bono pensional al no tener lugar.

3. Condena consistente en devolver a Colpensiones las sumas adicionales y los gastos de administración debidamente indexados y con cargo a recursos propios de mi representada.

Respecto de esta condena es oportuno precisar que la misma no es procedente, toda vez que los gastos de administración descontados por mi representada obedecieron a un descuento debidamente autorizado por la ley.

En ese mismo sentido, es oportuno precisar lo siguiente:

3.1. Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica, la cual se encuentra consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. El mencionado artículo señala que: “en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes” (Subrayado y negritas fuera del texto original).

Así las cosas, en el presente caso es claro que los descuentos efectuados por mi representada en su momento cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal, por lo que los mismos no se encuentran en el patrimonio de esta. Lo anterior en la medida en que dichos descuentos fueron utilizados para la generación de frutos o rendimientos a favor de la parte demandante, los cuales fueron trasladados en su totalidad junto con sus cotizaciones a su AFP actual.

En ese orden de ideas, si la condena a devolver las sumas adicionales y los gastos de administración fuese confirmada por este honorable tribunal estaríamos frente un

enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante en la medida en que se estarían inaplicando las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico, siendo necesario reiterar que las sumas descontadas por mi representada fueron invertidas para el mantenimiento las cotizaciones de la parte demandante y el incremento de estas.

(...)

4. *Condena en costas a cargo de mi representada*

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

Adicionalmente, al encontrarse la parte actora dentro de la prohibición que trata el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, mi representada se encontraba imposibilitada para efectuar trámite administrativo de traslado entre regímenes pensionales. Por lo anterior la parte actora se vio obligada a presentar demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A. y, por ende, se debió ejercer el respectivo derecho de contradicción y defensa de manera forzosa.

Por lo anterior, podemos concluir que la condena en costas en el caso de la referencia no es procedente ante la ausencia de controversia y mala fe de mi representada.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** sí existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado PORVENIR en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. **(ii)** De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. **(iii)** Si opera la prescripción.

6.3. Nulidad y/o ineficacia de la afiliación del régimen pensional.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del **régimen de prima media con prestación definida**, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del **régimen de ahorro individual**.”* 1

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, Radicado 86505, MP OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, sostuvo:

“Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Así las cosas, la Ley 100 de 1993 ha impuesto deberes a las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en pensiones, siendo criterio reiterado de la Sala de Casación

Laboral el deber en cabeza de los fondos y administradores de pensiones de brindar una información veraz, completa, comprensible, acerca de las características que ofrecen cada uno de los regímenes pensionales que nacieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó al demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó en la sentencia SL-12136 del 03 de septiembre de 2014, radicado 46292, con ponencia de la magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, donde señaló:

“A juicio de esta Sala no podría 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.

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.
(...)

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima”.

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que la señora ANA SAEL ARIZA BALLESTA efectivamente realizó un traslado de régimen pensional, del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR, el 01 de enero de 1996 con efectividad a partir del primero (01) de enero de 1996.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PORVENIR SA. demostrar que al momento del traslado de la actora le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), carga probatoria que no cumplió en el caso estudiado, por tanto, ha de concluirse que la AFP PORVENIR no cumplió con su deber de dar información veraz y

completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga avante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Ahora bien, advierte la Sala que en respuesta que hiciera la ESE HOSPITAL SAN DIEGO DE CERETÉ -empleador de la accionante- al requerimiento del juzgado de primera instancia, se extrae que la parte actora se afilió inicialmente a la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL DE CÓRDOBA, lo que torna oportuno citar lo expuesto por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL2696-2022, MP Dra DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, donde sobre el tema anunció:

“Y según el artículo 9° del Decreto 692 de 1994, son afiliados al sistema “c) Los servidores públicos incorporados al sistema general de pensiones”.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los servidores públicos que se encontraban afiliados a una caja o fondo del sector público podían continuar en ellos mientras no se ordenara su liquidación, sin que fuera necesario diligenciamiento de formulario o comunicación donde constara su vinculación; y con arreglo al artículo 6° ibídem, son administradoras en el régimen de prima media con solidaridad, “el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación”.

De lo anterior se deriva, que si la demandante después del 30 de junio de 1995, continuó afiliada a la Caja Departamental de Seguridad Social del Chocó y vertió allí sus aportes hasta el 30 de junio de 1996, como aparece en la constancia suscrita por el Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación del Departamento del Chocó (fl. 51 del cdno. 1), ha de entenderse que habiendo sido incorporada al sistema como se dejó señalado, seleccionó el régimen de prima media y por lo tanto los aportes hechos en ese lapso lo fueron válidamente a una caja que administra dicho régimen y no pueden ser desconocidos por el Instituto como lo pretende el impugnante (CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 48031).

Con fundamento en lo expuesto se comprende que, en este caso, la vinculación de la accionante a la AFP Horizonte S. A. mediante formulario el 30 de noviembre de 1995 se trató de un traslado de régimen pensional.”

6.4. En lo atinente a los efectos de la ineficacia del traslado de régimen, imperioso se torna citar lo expuesto en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

*“Se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, **bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD**”*

Acorde con lo expuesto en precedencia, no queda duda que atendiendo los efectos de la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al RAIS, por omisión del deber de información por parte de PORVENIR, cual es que nunca se dio el traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse

como afiliada únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibida como afiliada a la administradora COLPENSIONES por ser la que administra el mismo.

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si lo hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que:

“Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.

En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)."

Y en cuanto a la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, en sentencia SL587-2022, MP JORGE PRADA SÁNCHEZ precisó:

“(…) A juicio de la Sala, la intervención de los asesores y la firma del formulario de

vinculación, no constituyen prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió suministrar a la demandante, de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido de un consentimiento informado y, por tanto, deviene ineficaz. En providencia CSJ SL3199-2021, la Sala discurrió:

[...] como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- 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, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, se revocará el fallo del a quo, para declarar la ineficacia del traslado efectuado el 8 febrero de 1997 (fl. 121) y condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, junto con los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual, los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración cobrados a la actora, 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. (...)”

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de nulidad y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

6.5. Propuso Colpensiones y Porvenir la excepción de prescripción, reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otros, en la SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

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

(...)

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

6.6. COSTAS.

Frente a la inconformidad de las demandadas en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de la citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES y PORVENIR se opusieron a las pretensiones además de proponer excepciones, cuyo resultado fue desfavorable, y como quiera que el recurso de alzada igualmente le fue adverso, es fundamento para imponer condena en costas de esta instancia a cargo de ellas, además por la réplica de la parte actora.

Y, como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, amén de que en Sala Especializada esta Corporación acogió tal criterio, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV para cada una de las accionadas que, según el numeral 4° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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,

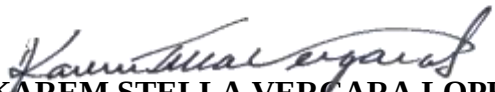
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de las apelantes, agencias en derecho en la suma de 1 SMLMV.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ

Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ALVAREZ CAEZ
Magistrado

**RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA**



**SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ**

Radicado N° 23-001-31-05-002-2019-00353-01 FOLIO 255-2022

MONTERÍA, VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada - COLPENSIONES- contra la sentencia pronunciada en audiencia del 24 junio de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Montería, dentro del proceso ordinario laboral promovido por IBETH DEL SOCORRO HOYOS GARCIA, aunado a su consulta por ser adversa a COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demanda

Pretende la parte actora IBETH DEL SOCORRO HOYOS GARCIA, se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION. Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se declare que la demandante ha tenido como única afiliación válida al régimen de prima media con prestación definida, asimismo, se condene a PROTECCION a trasladar los ahorros, rendimientos, efectuados en dicho régimen, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, esta última la reciba como afiliada al régimen de prima media con prestación definida así como los aportes sufragados al régimen de ahorro individual. Por último, invoca que se condene en costas y agencias a las demandadas.

2.2. Como fundamento de sus pretensiones esgrime:

-Nació el 05 de septiembre de 1954 y laboró desde el 13 de febrero de 1973 al 01 de julio de 1983 en la gobernación de Córdoba.

-Empezó a cotizar al sistema de seguridad social en pensiones en el régimen de Prima Media desde el 13 de febrero de 1973 a través de la Caja de Previsión Departamental de Córdoba. Laboro en la Universidad de Córdoba desde el 01 de noviembre de 1994 hasta el 31 de mayo de 1996.

-Posteriormente se trasladó del régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A, desde el mes de enero de 2005.

-Al momento de cambiar de régimen pensional, PROTECCION la indujo en error, la asesoría por parte de la AFP fue insuficiente ya que le información que le suministro no fue completa y comprensible, no fue dicha información precisa de los pros y los contras del cambio de régimen pensional. No le suministraron información documentada que le indicara claramente la diferencia entre el monto de la pensión en el RPM y el RAIS.

-La decisión de cambio de régimen pensional no fue informada, su consentimiento no fue informado, por tanto, no hubo transparencia máxima en la información para su cambio de régimen.

-El 06 de Agosto de 2019 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional. Mediante comunicación de esa misma data Colpensiones rechazo la solicitud.

2.3. Contestación y trámite

Admitida la demanda y notificada en legal forma las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda formulando excepciones de mérito.

2.3.1. PROTECCION propuso las excepciones de *ausencia de vicio en la declaración de voluntad que generó el traslado de régimen, prescripción, buena fe, devolución de frutos y obligaciones reciprocas en caso de decretarse la nulidad o ineficacia, innominada o genérica.*

2.3.2. COLPENSIONES propuso las excepciones de *prescripción, buena fe, excepción de falta de causa para demandar, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, obligación de devolución de aportes con todos los rendimientos, elementos y factores que hubiere administrado el fondo de pensiones privado, innominada o genérica.*

2.3.4. Las audiencias de los artículos 77 y 80 se surtieron de forma legal; en la segunda se profirió la;

III. SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA

A través de esta, el Juzgado accedió a las pretensiones de la parte demandante declarando la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida que hizo la señora IBETH DEL SOCORRO HOYOS GARCIA al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS PROTECCION, con efectividad a partir del primero (01) de marzo de 2005, como consecuencia de falta de información. Por lo anterior, condenó a PROTECCION S.A devuelva a COLPENSIONES, los gastos de administración que le descontaron a la accionante, bonos pensionales y los demás emolumentos; frente a COLPENSIONES, conservará la condición de afiliada al régimen de prima media con prestación definida como si nada hubiera ocurrido, junto a los aportes.

Destaca el fallador de primera instancia, que si bien la demandante expone que estuvo en la Caja de Previsión Departamental de Cordoba y se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCION, de vieja data la Corte Suprema de Justicia ha señalado que este tipo de administradoras hacen parte del régimen de Prima Media.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las partes demandadas y las condenó en costas.

IV. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Apelación de COLPENSIONES

Muestra inconformidad con la condena, argumentando que la afiliación de la demandante del régimen RAIS fue de manera libre y voluntaria y al ser un acuerdo de voluntades solo involucraría a las partes que en el intervinieron y Colpensiones fue ajena a esa circunstancia. Ahora bien, debe ser la administradora de régimen de ahorro individual con solidaridad, en este caso PROTECCION, la que soporte las consecuencias de lo ordenado. Lo anterior, toda vez que Colpensiones es un tercero ajeno que no intervino en el acto jurídico que origino con la suscripción del contrato de afiliación de traslado al fondo privado. Se reitera, que a la demandante no le asiste el derecho a solicitar el cambio de régimen, por cuanto se encuentra en la restricción de edad.

Por otra parte, en atención que la demandante estuvo afiliada a una Caja de Previsión Social y no Colpensiones, es preciso indicar que a los afiliados que venían Cajas mediante Decreto 692 de 1994, les otorgó el beneficio que pasaran automáticamente al ISS, pero si esa persona a raíz de su voluntad realizo su traslado decidió determinante su afiliación al RAIS.

En cuanto a las costas, Colpensiones actuó sin temeridad alguna, bajo el principio de la buena fe.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. ALEGATOS COLPENSIONES S.A

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada y además planteó:

Dentro del proceso, no se logró demostrar que el traslado realizado por la actora al RAIS se encontrare viciado su consentimiento, por el contrario, con las actuaciones realizadas por la misma demandante durante tantos años, esto es, seguir realizando cotizaciones a ese sistema de manera libre y voluntaria evidencia su deseo de permanecer en el RAIS, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Pues bien, es necesario tener en cuenta que cuando el trabajador, asalariado o independiente al momento de afiliarse por primera vez al sistema de pensiones, debe elegir el régimen al cual quiere pertenecer (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida), pero luego tiene la oportunidad de cambiarse o trasladarse de Régimen. De conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que los afiliados al sistema general de pensiones, podrán escoger el Régimen de Pensiones que prefieran y después de un (1), año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse del Régimen cuando le faltaren diez (10), años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En el caso que nos ocupa el

demandante se encuentra a 10 años o menos para pensionarse por lo que estaría inmerso en esa prohibición legal.

A la demandante no le asiste derecho a solicitar el cambio de régimen por cuanto se encuentra inmerso en la restricción de edad y por cuanto el interés propio de este proceso no es otro que la disparidad en cifras, hecho que no constituye un vicio o causal para declarar la ineficacia del contrato suscrito entre las partes que dio lugar al traslado de régimen.

Resulta también relevante indicar que las entidades de seguridad social no solo se sujetan a la responsabilidad propia de los contratos de aseguramiento si no que se ciñen a obligaciones de índole constitucional que trascienden como administradoras de un servicio público de seguridad social. En este caso la responsabilidad de las AFP por la ineficacia de un traslado no solo debe ir enmarcada a reparar el daño individualmente sometido a consideración de un juez, sino que debe tener alcance frente a los daños indirectos que irradian o comprometen los derechos constitucionales de terceros en razón de la reserva patrimonial de los pensionados y afiliados del régimen de prima media que se ven comprometidos con el desmedro que sufre la reserva pensional y que si bien es cierto la jurisprudencia ha indicado que al afiliado no le es atribuible y por ende no se le exige la equivalencia económica de los aportes que se devuelven del RAIS al RPMD, no es menos cierto que tal reparo económico lo debe asumir quien ha causado el daño.

Aunado lo anterior, las sentencias C-1024 de 2004, C-625 de 2007, C – 789 de 2002 y C- 596 de 2007 , son claras en establecer que ninguna persona puede favorecerse de los recursos que con tanto esfuerzo han ahorrado de manera obligatoria los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación definida, toda vez que si se llegare a dar ello se estaría quebrantando el principio de sostenibilidad financiera del sistema, lo anterior al descapitalizar los recursos que se encuentran dispuestos para cancelar las mesadas pensionales futuras y su correspondiente ajuste periódico. Lo anterior quiere decir, que no es posible que las personas que, por su libre voluntad, decidieron trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pretendan a escaso tiempo de pensionarse retornar como si nada al Régimen de Prima Media, poniendo en peligro la sostenibilidad financiera de las personas que con tanto esfuerzo han permanecido en este régimen.

Por otra parte, en cuanto a la condena en costas nos oponemos a la misma puesto que mi apadrinada durante el transcurso del proceso, actuó sin temeridad alguna bajo el principio de la buena fe y sumado a ello dentro del proceso no se encuentra prueba alguna que evidencie la acreditación de las mismas, es decir, no hay facturas, soportes de pago, viáticos, entre otros que demuestren que efectivamente hubo un gasto asumido por la parte demandante. Recordemos que las costas son aquellos gastos en que incurren una parte por razón del proceso, y en el caso que nos ocupa se reitera no hay prueba alguna aportada por el demandante que acredite que efectivamente hubo un gasto. Al respecto el artículo 365 del código general del proceso en su numeral 5, establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, lo que en el caso que nos ocupa, no ocurre pues no hay prueba que indique el gasto en que incurrió la parte demandante.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Presupuestos procesales

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

6.2. Problema jurídico a resolver

El problema jurídico se ciñe a dilucidar: **(i)** sí existe nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que hiciera la accionante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por omisión del fondo privado PROTECCION en darle una información completa, veraz, comprensible sobre las consecuencias negativas del mismo. **(ii)** De encontrarse acreditada la nulidad y/o ineficacia del traslado, determinaremos las consecuencia y efectos frente a los accionados. **(iii)** Si opera la prescripción.

6.3. Nulidad y/o ineficacia de la afiliación del régimen pensional.

Consagra la Constitución Política el derecho a la seguridad social, reglamentado a partir de la expedición de la ley 100 de 1993 e integrado por diversos sistemas, entre ellos el sistema general de pensiones, que se encuentra conformado por dos subsistemas, el de reparto o también denominado Régimen de prima media con prestación definida, administrado por el extinto ISS hoy por COLPENSIONES, y el de capitalización conocido como Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por particulares a través de fondos privados.

Acerca de las características de los dos sistemas y/o regímenes anunciados, precisó la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL-929 del 14 de febrero de 2018, radicación No. 47992, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, que *“En la de reparto, se proyecta la financiación a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones, que ingresan en un determinado periodo y que se distribuyen entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema y es lo que en Colombia se regula, en el caso de las pensiones, a través del régimen de prima media con prestación definida, De otro lado, la capitalización, se ampara en el mecanismo del ahorro, de manera que las cotizaciones de los afiliados permiten construir una reserva propia, que además se incrementa por razón de los intereses que recibe cada asegurado, y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para realizar la provisión de la pensión; en nuestro sistema jurídico presenta variados matices, dada la extensión de la referida solidaridad, que aunque limitada, se concreta en la garantía de pensión mínima y en los aportes al fondo de solidaridad social, figuras ambas del régimen de ahorro individual.* | 1

Este nuevo sistema pensional reglamentado por la Ley 100 de 1993, ha impuesto a las administradoras de los regímenes pensionales un doble carácter, como sociedades de servicios financieros y entidades de seguridad social, imponiéndoles deberes y obligaciones en aras de

desempeñar sus funciones bajo la ética del servicio público, teniendo presente que su actuar debe estar revestido de buena fe y total transparencia, ofreciendo confianza a los usuarios que le depositan sus ahorros; dentro de esos deberes cobra gran importancia el de información, cuyo objetivo es garantizar a los afiliados la toma de decisiones libre y voluntaria al momento de escoger entre los dos regímenes, siendo imperioso que se les dé a conocer las prestaciones que ofrecen, los requisitos para acceder a ellas, amén de las características, bondades y desventajas que pudieran brindarles cada uno de los regímenes pensionales -RAIS o RPM, a fin de optar por el que más les convenga; por ello, ha destacado la Sala de Casación Laboral que en la medida en que el interesado tenga mayor conocimiento sobre todos los aspectos que rodean el sistema pensional y los regímenes que lo conforman, tendrá la posibilidad de poder tomar una decisión libre y voluntaria al momento de realizar la afiliación y/o traslado de régimen, al punto que solo así podría pregonarse una real consentimiento libre y voluntario.

Sobre el tema pertinente es traer a colación lo expuesto por el Máximo Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, cuando en sentencia SL 1006 del 28 de marzo de 2022, Radicado 86505, MP OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, sostuvo:

“Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el

afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.”

Se ha sostenido igualmente que el deber de información no puede entenderse satisfecho con la simple suscripción de documentos o formularios contentivos de expresiones genéricas, por el contrario, se ha impuesto a las administradoras de pensiones el deber de acreditar que informaron documentalmente al afiliado de todas las circunstancias que podían rodear su expectativa e interés pensional, deber probatorio que encuentra su génesis en el artículo 1604 del CC, al prever que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe a quien la alega.

Así las cosas, la Ley 100 de 1993 ha impuesto deberes a las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social en pensiones, siendo criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral el deber en cabeza de los fondos y administradores de pensiones de brindar una información veraz, completa, comprensible, acerca de las características que ofrecen cada uno de los regímenes pensionales que nacieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, es la misma Sala de Casación Laboral la que dispone, en casos como este, la inversión de la carga de la prueba, recayendo en el fondo de pensiones el deber de demostrar que le otorgó a la demandante la información acerca de lo conveniente e inconveniente de su traslado de régimen, así se plasmó en la sentencia SL 869 del 15 de marzo de 2022, radicado 84661, con ponencia de la magistrada DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, donde señaló:

“Como se precisó, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de la existencia de un verdadero consentimiento informado de la parte interesada para que sea válido, toda vez que es un deber profesional de las AFP brindar toda la información requerida para que el afiliado tome una decisión como la que se cuestiona, con conocimiento sobre sus implicaciones.

Por tal razón, si la parte actora manifiesta que no le fue brindada la información necesaria para adoptar tal determinación de traslado, no le corresponde demostrar esta afirmación, pues se trata de un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de su afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, características, riesgos, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional.

Así, si a la administradora se le endilga el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, es a ésta a quien le incumbe demostrar que sí atendió tales obligaciones, más cuando se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten. Al respecto, en decisión CSJ SL1688-2019 reiterada en CSJ 4803-2021 se indicó:

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)

En esa medida, no es posible considerar que la inversión de la carga de la prueba en estos eventos, solo opera cuando se cuenta con el beneficio de la transición. No existe un fundamento válido o razón plausible que permita hacer más duras o ligeras las cargas probatorias según sea beneficiario o no de dicho régimen. Con mayor razón si se tiene en cuenta que las dos clases de afiliados se encuentran en una idéntica posición de debilidad contractual y de precariedad probatoria frente a la AFP y ninguno de ellos es obligado por ley a conservar en sus archivos la documentación atinente al traslado, a diferencia de lo que ocurre con las administradoras de pensiones (CSJ SL3871-2021).

Por ende, el Tribunal se equivocó al considerar que en el presente asunto no operaba la inversión de la carga de la prueba antes explicada y al exigir a la demandante que acreditara que al momento del traslado le fue suministrada información «fragmentada o inverosímil», pues no advirtió que la actora sustentó sus peticiones en negaciones indefinidas relativas a la ausencia de explicaciones sobre las incidencias del traslado y al incumplimiento de la AFP en su deber de información.

En el sub examine, del material probatorio allegado al proceso se evidencia que la señora IBETH DEL SOCORRO HOYOS GARCIA efectivamente realizó un traslado de régimen pensional, del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCION, el 12 de enero de 2005 con efectividad a partir del primero (01) de marzo de 2005.

Por todo lo precedente y conforme a la jurisprudencia citada, correspondía a la AFP PROTECCION S.A. demostrar que al momento del traslado de la actora le ofreció toda la información necesaria, clara y precisa acerca de las consecuencias de su traslado de régimen (del RPM al RAIS), carga probatoria que no cumplió en el caso estudiado, por tanto, ha de concluirse que la AFP PROTECCION no cumplió con su deber de dar información veraz y completa a la demandante frente a las ventajas y desventajas de su traslado del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y ello es razón suficiente para que salga adelante la pretensión de ineficacia del traslado efectuado.

Ahora bien, se indica en la alzada que la parte actora se afilió inicialmente a la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL DE CÓRDOBA, entidad que pertenecía al régimen de prima media acorde con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la SL2696-2022, MP Dra DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, donde sobre el tema anunció:

“Y según el artículo 9° del Decreto 692 de 1994, son afiliados al sistema “c) Los servidores públicos incorporados al sistema general de pensiones”.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los servidores públicos que se encontraban afiliados a una caja o fondo del sector público podían continuar en ellos mientras no se ordenara su liquidación, sin que fuera necesario diligenciamiento de formulario o comunicación donde constara su vinculación; y con arreglo al artículo 6° ibídem, son administradoras en el régimen de prima media con solidaridad, “el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación”.

De lo anterior se deriva, que si la demandante después del 30 de junio de 1995, continuó afiliada a la Caja Departamental de Seguridad Social del Chocó y vertió allí sus aportes hasta el 30 de junio de 1996, como aparece en la constancia suscrita por el Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Gobernación del Departamento del Chocó (fl. 51 del cdno. 1), ha de entenderse que habiendo sido incorporada al sistema como se dejó señalado, seleccionó el régimen de prima media y por lo tanto los aportes hechos en ese lapso lo fueron válidamente a una caja que administra dicho régimen y no pueden ser desconocidos por el Instituto como lo pretende el impugnante (CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 48031).

Con fundamento en lo expuesto se comprende que, en este caso, la vinculación de la accionante a la AFP Horizonte S. A. mediante formulario el 30 de noviembre de 1995 se trató de un traslado de régimen pensional.”

6.4. En lo atinente a los efectos de la ineficacia del traslado de régimen, imperioso se torna citar lo expuesto en la sentencia SL-1689 del 08 de mayo de 2019, así:

*“Se declarará la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, **bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD**”*

Acorde con lo expuesto en precedencia, no queda duda que atendiendo los efectos de la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al RAIS, por omisión del deber de información por parte de PROTECCION, cual es que nunca se dio el traslado y todo vuelve a su estado inicial, es indudable que la parte accionante debe tenerse como afiliada únicamente al régimen de prima media con prestación definida, y por tanto debe ser recibida como afiliada a la administradora COLPENSIONES por ser la que administra el mismo.

Acorde con lo anterior, al declararse la ineficacia del traslado de régimen aludido y dado los efectos de la misma, al tenerse que la demandante nunca se afilió al RAIS, resulta acertado ordenar a la AFP PROTECCION SA trasladar a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, los aportes para pensión que se encuentren en la cuenta individual de la actora en el RAIS, junto a sus rendimientos financieros, cuotas de administración y bono pensional, si lo hubiere, ello por cuanto dispone la ley 100 de 1993 la obligatoriedad de estar afiliado a uno cualquiera de los regímenes pensionales que ella prevé.

Sobre este tópico manifestó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4609 de 2021, MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ que:

“Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.

En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación: De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, la Sala ha adocinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)”.

Así mismo, acertó el fallador de primera instancia al ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora como afiliada a dicho régimen (prima media con prestación definida), por cuanto, así como no se requirió que esa administradora interviniera en la decisión de traslado, tampoco se requiere su autorización para la declaratoria de nulidad y el retorno al régimen de prima media, que es efecto de aquella.

6.5. Propuso Colpensiones y Protección la excepción de prescripción, reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral que la ineficacia no se afecta por dicho fenómeno, bajo los argumentos expuestos, entre otros, en la SL 361-2019 de fecha 13 de febrero de 2019 con ponencia del H. Magistrado Jorge Prada Sánchez, donde se dijo:

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

(...)

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

6.6. COSTAS.

Frente a la inconformidad de la parte demandada COLPENSIONES en cuanto a la condena en costas impuestas en primera instancia, es imperioso indicar que el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. prevé tal condena a la parte vencida en el proceso, por lo que estas procedían a cargo de la citadas entidades, aún más si tomamos en consideración que COLPENSIONES y PROTECCION se opusieron a las pretensiones además de proponer excepciones, cuyo resultado fue desfavorable.

Ahora bien, como se desató la consulta a favor de COLPENSIONES y no hubo réplica de la parte actora en esta instancia, no hay lugar a costas de esta instancia a cargo de ella.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta 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, atendiendo lo expuesto en la parte motiva de esta instancia.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente vuelva el expediente al Juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE



KAREM STELLA VERGARA LOPEZ
Magistrada



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL
Expediente 23-001-31-05-004-2019-00426-01 Folio 429-21
DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintisiete (27) de octubre del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **JULIO ROBERTO RIOS SEPULVEDA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare que tiene derecho a un reajuste y/o reliquidación de su pensión de vejez, de acuerdo con el acuerdo 049 de 1990, y que tiene derecho a que Colpensiones reconozca y pague el retroactivo pensional que causa la reliquidación, en consecuencia, condenar a la demandada a reconocer y pagar el valor del reajuste y/o reliquidación de pensión de vejez teniendo en cuenta el período cotizado durante los últimos 10 años, sumas que deben ser indexadas, condenar en costas y a las agencias a la demandada.

I.II. Hechos

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

- Manifiesta el accionante que se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por Colpensiones.
- Alega que cotizó a Colpensiones un total de 1.439.14 semanas en pensión, según el reporte de semanas cotizadas en pensión.
- Indica el demandante que en razón a que el ISS hoy Colpensiones, mediante resolución No 002357 de 2002, ordenó y reconoció el pago de pensión de vejez a su favor, de conformidad con lo establecido en el decreto 758 de 1990.
- Afirma que su dispensa pensional fue reconocida en cuantía de \$1.118.736, a partir de 26 de julio de 2001, para la liquidación

anterior, la entidad pensional tuvo en cuenta 1.360 semanas cotizadas y un IBL de \$1.243.000.

- Indica que en fecha 09 de mayo de 2019, solicitó ante Colpensiones la reliquidación de su pensión de vejez, solicitando que se tenga en cuenta para la liquidación de su mesada un total de 1.439.14 semanas cotizadas, aplicando un IBL de \$1.321.343.52, aplicando una tasa de reemplazo del 90% y reconociendo como primera mesada pensional la suma de \$1.189.2019.17 para el año 2001.
- Arguye el demandante que Colpensiones emitió resolución No SUB154170 de 14 de junio de 2019, ordenando la reliquidación en cuantía de \$2.289.162, a partir del año 2016.
- Manifiesta que al no estar conforme presentó recurso de reposición en subsidio apelación contra la resolución antes referenciada y la demandada confirmó en todas sus partes la misma.
- Indica que Colpensiones resolvió el recurso de apelación mediante Resolución No DPE 8270 de 22 de agosto de 2019, confirmando la decisión adoptada.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I. COLPENSIONES: Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción"*.

II. SENTENCIA CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha 11 de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, resolvió declarar probadas las excepciones de mérito denominadas "inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido y buena fe" esgrimidas por COLPENSIONES, en consecuencia absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

En síntesis, el Juez de primera instancia manifestó que la tesis del despacho es que el demandante no tiene derecho a que le sea reliquidada la pensión que fue reconocida previamente por el ISS hoy COLPENSIONES. Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 36 de la ley 100/93, establece que el ingreso para liquidar las pensiones de vejez para las personas del régimen anterior, que le faltará menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o lo cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior actualizado anualmente con base en el índice del precio del consumidor certificado por el DANE.

Indica que en el plenario se encuentra acreditado que el demandante se le aplica el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, asimismo, alega que el demandante adquirió su derecho pensional en el año 2001, y tuvo derecho a disfrutar su mesada pensional a partir de julio del año 2001, y su tasa de remplazo fue la máxima que pudo

obtener bajo el régimen pensional que se le aplicó que fue el acuerdo 049, es decir, el 90%. Adicionalmente, se encuentra acreditado que el demandante nació el 26 de julio de 1941, por lo tanto, al 1 de abril de 1994 tenía 53 años de edad y revisada la historia laboral evidencia que tenía 1.148 semanas de cotización, es decir, más de 20 años de servicio, de tal manera que es beneficiario del régimen de transición por la edad y tiempo de servicio, el estatus pensional lo adquirió el 26 de julio de 1941 fecha en la que cumplió los 60 años de edad, eso ubica al demandante en la regla de la Ley 100/93.

Siendo así, el demandante escapa a la aplicación del artículo 21, es decir, los últimos 10 años de cotizaciones porque es beneficiario del régimen de transición que le faltaban menos de 10 años para adquirir la pensión de vejez cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, y no es posible aplicarle el artículo 21 porque se encuentra específicamente en esa disposición legal que no previó que a este tipo de afiliados se le aplicara el artículo 21. Adicionalmente la CSJ se pronunció respecto a la aplicación del principio de favorabilidad en estos casos y señaló que no se aplica porque son situaciones legales diferentes.

De otra parte, manifiesta que no le asiste razón al recurrente en tanto afirma que en la aplicación del principio de favorabilidad resulta aplicable para calcular el IBL de su prestación, ello porque la referida figura jurídica establecida en el CST en armonía con el artículo 53 de la Constitución Política, se encuentra llamada a operar cuando una misma situación de hecho pueda ser resuelta bajo diferentes bajo normas laborales diferentes debiendo acudir el operador judicial a aquella normativa más benéfica para el trabajador, condición que en el presente caso no se vislumbra, puesto que, como quedo visto en el artículo 36 de la ley 100/93 y su precepto del artículo 21 regulan situaciones diferentes, por lo que, no se puede aplicar el principio de favorabilidad en el caso bajo estudio.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante, hizo uso de esta etapa procesal, en la cual solicita se reconozca y pague el retroactivo pensional que se causa de la reliquidación de la pensión de vejez del demandante.

De otro lado, el vocero judicial de COLPENSIONES, indica que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas desfavorablemente.

IV. CONSIDERACIONES:

IV.I. Presupuestos procesales.

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

IV.II. Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala determinar si; **i)** el demandante tiene derecho a reajuste o reliquidación de su pensión de vejez reconocida mediante resolución No 002357 de 2002, de acuerdo con lo establecido en el acuerdo 049 de 1990 **ii)** establecer si el demandante tiene derecho al pago de retroactivo pensional.

IV.II.I. En primer lugar, debe advertirse que, el artículo 36 de la ley 100 de 1993, establece:

"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos."

Ahora bien, en el caso bajo estudio de las pruebas documentales aportadas se evidencia que la parte demandante nació en fecha 26 de julio de 1941 (fl 9), resolución No 002357 de 2002 por medio de la cual se reconoció pensión de vejez (fl 10-11), solicitud reliquidación pensional (fl 12-16), Resolución SUB 154170 de 14 de junio de 2019, por medio de la cual se ordena reliquidación pensional (fl 17); recurso de reposición y en subsidio apelación (fl 25); resolución SUB 201231 de 29 de julio de 2019 y resolución DPE 8270 mediante las cuales confirma la decisión proferida (fl 29-47), reporte de semanas cotizadas (fl 48 y ss).

En ese orden de ideas, se tiene que el demandante nació en fecha 26 de julio de 1941, por lo que, para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 53 años y más de 20 años de servicios de acuerdo con la historia laboral, razón por la cual es beneficiario del régimen de transición, es decir, le es aplicable el decreto 049 de 1990.

De conformidad con lo anterior, se observa que la parte demandante adquirió su derecho pensional con la tasa máxima de remplazo establecida en el decreto 049 de 1990, esto es el 90%. Aunado a ello, si bien la parte demandante alega que la reliquidación debe realizarse de conformidad con el artículo 21, debe reiterarse lo dispuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3130-2020, con ponencia del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en la cual reitera que la Corporaciones ha sostenido en múltiples ocasiones en sentencia CSJ SL5574- 2018, reiterada en la CSJ SL507-2020, lo siguiente:

"Acorde a lo expuesto en los cargos, al resolver el tema jurídico planteado, esta Sala, asentada en lo expresado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha dicho, de manera reiterada, pacífica y uniforme, que el régimen de transición preserva únicamente tres aspectos del régimen anterior que pretenden hacer valer los beneficiarios de estos que son: la edad, el tiempo o semanas

cotizadas, y el monto de la pensión, por lo que los demás aspectos, como el ingreso base de liquidación, son los establecidos en la Ley 100 de 1993.

De conformidad con lo anterior, no se equivocó el tribunal en el tema relativo a la normativa que regula el ingreso base de liquidación pensional, de las personas beneficiarias del régimen de transición, que a la entrada en vigencia del sistema les hacía falta menos de 10 años para adquirir el derecho, que se calcula conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Es decir, el ingreso base de liquidación pensional de los beneficiarios de la transición, se rige por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y no por el régimen anterior, lo cual no vulnera el principio de inescindibilidad de la ley porque es en virtud de sus propios mandatos que el cálculo debe hacerse en esa forma.

Así las cosas, es suficiente recordar lo reiterado en los pronunciamientos de esta Sala, en el sentido de que el régimen de Radicación n.º 66868 SCLAJPT-10 V.00 10 transición mencionado conservó lo relativo a edad, tiempo de servicio y monto de la prestación, pero no el ingreso base de liquidación de la legislación anterior, que quedó gobernado, según el caso, o por el inciso 3.º del artículo 36, o por el artículo 21, ambos de la Ley 100 de 1993.

Así, por ejemplo, en sentencia SL9831- 2017, 21 de jun. 2017, y más recientemente en la SL9974-2017 se adoctrinó lo siguiente: Así, frente al primero de los cuestionamientos se ha de precisar que la Corporación tiene establecido el criterio relativo a que el régimen de transición garantiza a sus beneficiarios, de cara a la prestación por vejez o jubilación y en relación con la normativa que venía rigiendo en cada caso, lo atinente a la edad y el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo; pero no en lo referente al ingreso base de liquidación pensional que se rige, en principio, por lo previsto por el legislador en el inc. 3º del art. 36 de la L. 100/1993, para quienes estando en transición les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, y que sería el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior.

En relación con aquellos beneficiarios del régimen de transición, que a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones les faltare 10 o más años para consolidar el derecho a la pensión de vejez, la forma de determinar el ingreso base de liquidación es la contemplada en el art. 21 ibídem, que se refiere «al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión», o el promedio de los ingresos de toda la vida laboral, cuando el afiliado haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.”

Así las cosas, se tiene que a la parte demandante no le es aplicable el artículo 21, teniendo en cuenta que, este opera respecto de aquellas personas que estando cobijadas por el tránsito legislativo, a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, les faltaba más de 10 años

para consolidar el derecho a la pensión, calculándose con «el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuera inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia. Razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia.

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

V. DECISIÓN

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

VI. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado sustanciador: Dr. Carmelo del Cristo Ruíz Villadiego

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Expediente N° 23-001-31-05-003-2018-00431-01 Folio 412-21

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintisiete (27) de octubre del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver por escrito el recurso de apelación interpuesto contra sentencia de fecha dos (02) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **RUTH ISABEL SEVILLA HOYOS** contra **COLFONDOS S.A. Y OTRAS**.

I. ANTECEDENTES

La actora pretende que se declare que en su calidad de cónyuge tiene derecho a pensión de sobreviviente, como consecuencia de lo anterior, condenar a COLFONDOS S.A, le reconozca y pague la pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge del finado Alvaro Rafael Olier Leclerc, condenar a la demandada al pago de todas las mesadas ordinarias y adicionales a partir del día 24 de julio de 2016, intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 hasta el momento en que se efectuó el pago y condenar en costas a la demandada.

I.I Hechos

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

- Afirma la accionante que convivió con el hoy finado Alvaro Rafael Olier Lecterc (Q.E.P.D) continua e ininterrumpidamente, tiempo durante el cual estos prestaron ayuda mutua y asistencia económica.
- Indica que el día 21 de agosto de 1992, contrajeron nupcias en el Juzgado Segundo Civil Municipal bajo la escritura de protocolización número 1.422.
- Manifiesta que como producto del matrimonio nació su hijo Daniel Olier Sevilla el 05 de mayo de 2001.
- Arguye la demandante que la sociedad conyugal nunca se liquidó porque siempre hubo ayuda mutua y espiritual.
- El día 24 de julio de 2016 falleció el señor Alvaro Rafael Olier Leclerc (Q.E.P.D).
- Indica la demandante que cuando el señor Alvaro Rafael Olier Leclerc (Q.E.P.D) se enfermó siempre estuvo al pendiente de él hasta su fallecimiento.
- Arguye que la señora LISCATI MACIA RUIZ, era la persona que la ayudaba a cuidar a su cónyuge que por el servicio prestado le cancelaba la suma de \$100.000 semanas, pagado por el señor Alvaro Andrés Olier Reyes hijo del finado.
- Manifiesta que el finado al momento de su deceso convivía con ella y junto con su hijo Daniel Olier Sevilla.
- Alega la demandante que su núcleo familiar dependía del causante, pues este les proporcionaba vivienda, alimentación, vestuario, recreación y todos lo que necesitaban para su supervivencia.
- Indica que el finado Alvaro Rafael Olier Leclerc (Q.E.P.D) al momento de su muerte se encontraba cotizando en Colfondos.
- Manifiesta que ella era beneficiaria en el régimen contributivo E.P.S Salud Vida del finado Alvaro Rafael Olier Leclerc (Q.E.P.D).
- Afirma la demandante que en fecha 3 de mayo de 2017, elevó derecho de petición solicitando a Colfondos el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en su calidad de cónyuge y en representación de su hijo menor Daniel Olier Sevilla del finado Alvaro Rafael Olier Leclerc (Q.E.P.D).

- En fecha 22 de noviembre de 2017, reconocen a favor del menor Daniel Olier Sevilla el 50% de la pensión de sobreviviente y mediante el mismo oficio le fue negado el reconocimiento de la pensión con el argumento de que se encontraba en trámite la solicitud igual del reconocimiento de la pensión de sobreviviente invocado por la señora LISCATI MACIA RUIZ en calidad de compañera permanente, por lo que se abstiene de entrar a dirimir el conflicto y sugiere que se ventile ante la jurisdicción ordinaria.

I.II. Contestación de la demanda.

I.II.I COLFONDOS S.A: Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por la demandada, quien manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no puede reconocer pensión de sobreviviente a ninguna de las reclamantes hasta tanto no haya resuelto el conflicto de las beneficiarias.

Propuso como excepciones "imposibilidad de reconocer pensión de sobreviviente u otra prestación hasta tanto no se defina el conflicto de beneficiarias, imposibilidad de condena en intereses moratorios por no existir tardanza de Colfondos S.A en el cumplimiento, prescripción, buena fe, compensación, innominada o genérica."

II. LA SENTENCIA APELADA

En sentencia de fecha 02 de noviembre de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería- Córdoba, resolvió declarar no probadas las excepciones de fondo propuestas denominadas "compensación", prescripción y la innominada o genérica alegada por COLFONDOS S.A; declaró probadas las excepciones de buena fe, imposibilidad de reconocer pensión de sobreviviente u otra prestación hasta tanto se defina el conflicto de beneficiarias e imposibilidad de condena en intereses moratorios por existir tardanza de Colfondos S.A; declaró que la demandante señora RUTH ISABEL SEVILLA HOYOD, en su condición de cónyuge supérstite tiene derecho a que la demandada reconozca y pague de forma vitalicia pensión de sobreviviente, con ocasión al fallecimiento del señor ALVARO RAFAEL OLIER LECLERC , a partir del 24 de julio de 2016 fecha del deceso, mesadas ordinarias y adicional, en los términos contenidos en el memorial BP-R-I-L-36269-11-17 de 22 de noviembre de 2017 expedido por Colfondos S.A.

Asimismo, condenó a la accionada a pagar a la señora RUTH ISABEL SEVILLA HOYOS, la pensión de sobreviviente en porción del 50% que había quedado en suspenso a partir del 24 de julio de 2016; no condenó a Colfondos S.A al pago de intereses moratorios, reconoció y pago las condenas indexadas a partir del 24 de julio de 2016 y se abstuvo de declarar derecho social alguno de las señoras LISKATI MACIA RUIZ y SOLEY JUDITH OVIDEO RAMOS.

En síntesis, la Juez de Primera Instancia manifiesta que el fallo será en el sentido de conceder el derecho invocado por la actora en contra de la demandada y se emitirán condenas en la medida de la comprobación de los supuestos facticos. Del mismo modo, declaró que la señora LISKATY RUIZ y SOLEY JUDITH no acreditaron tener derecho pensional de sobreviviente ventilado en el asunto.

Indica la Juez de conocimiento que, de conformidad con las documentales aportadas y los testimonios rendidos en el plenario se extrae que existió una convivencia entre la demandante y el señor Alvaro Rafael Olier (Q.E.P.D), circunstancia que le consta al señor Alvaro Andrés Olier Reyes, quien manifiesta que las partes convivieron como pareja por un tiempo aproximado de 30 años, y que la relación referenciada finalizó con la muerte del señor Olier, quien era la persona que sostenía al núcleo familiar, lo anterior, le consta por ser hijo del causante y haber convivido con dicho núcleo familiar hasta la edad de 17 años cuando se fue a vivir a otra ciudad por estudios. Posteriormente, en el año 2007 se fue a residir a España hasta finales del año 2014 y principios de 2015 regresó donde su padre por su enfermedad. Del mismo modo, alega que si bien no puede dar fe del día a día de la convivencia durante el tiempo que vivió por fuera de la familia, le consta de que ella existió porque mantenía contacto con ellos, además señaló que la señora Ruth estuvo al momento del fallecimiento del difunto.

Aunado a lo anterior, indicó que conoció a la señora Liskaty, toda vez que, sostuvo una relación laboral con ella ya que le pagaba para que atendiera a su padre, pero desconoce de alguna relación entre ella y su padre. De otro lado, indicó que no conoció a la señora Soley; y señaló que su padre era un hombre de muchas aventuras, pero de tener un hogar paralelo al que el conoció no.

De otro lado, se evidencia que la señora Mayra Lorena al ser interrogada, manifestó que conoció a la señora Ruth en el año 2005 porque era la esposa de su suegro en virtud de su relación de noviazgo con el señor Andrés Olier hijo del fallecido con quien se casó en el año 2007 y se va a vivir a España desde el año 2009 hasta 2015, en relación con las señoras Liscaty y Soley dijo conocerlas la primera por la relación laboral de su esposo con ella y la segunda por el contacto que tenía con la abuela de su esposo pero no le consta que hayan tenido alguna relación sentimental con el causante.

Por lo que, concluye la Juez de instancia que de los testimonios se colige que el único hogar que tuvo el causante fue el constituido con la señora Ruth que se mantuvo durante su matrimonio hasta la fecha del deceso, es decir, por más de 23 años, era el que los sostenía y se dio el apoyo espiritual y afectivo.

Así las cosas, probada la convivencia con la demandante, es decir, acreditado el requisito de ley se desprende la viabilidad para la cónyuge supérstite compartida con el joven Daniel.

II.I. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA COLFONDOS S.A:

El vocero judicial de Colfondos S.A, interpone recurso de apelación en contra del fallo que nos ocupa a fin de que el Tribunal Sala Civil Familia Laboral lo revoque en todo lo que es contrario a mi defendida Colfondos S.A, indica que contrario a lo manifestado por la Juez de Primera Instancia en el presente asunto la demandante no logró demostrar los requisitos que exige el legislador para ser beneficiario de la sustitución de la pensión del causante, si se tienen en cuenta los testigos que son la prueba reina para dirimir este tipo de litigios, el testigo Andrés Olier Burgos hijo del causante, igualmente la testigo María Agamez cónyuge del primer testigos fueron claros en manifestar que ellos se fueron del país en el año 2007 y volvieron a finales de 2014 principio de 2015, si tenemos en cuenta que el fallecimiento del causante fue en 2016 no pudieron dar cuenta de la existencia de este requisito el cual es que el causante hubiera convivido con la demandante durante los últimos 5 años de su muerte tal como lo exige el legislador para ser beneficiario de la pensión de la sustitución de la sobrevivencia, ellos manifiestan que tenían conocimiento vía telefónica y Skype pero no se puede decir que a través de estas vías tuviesen

conocimiento de circunstancia de tiempo, modo y lugar de la convivencia en todo el tiempo y esta fuera permanente.

Igualmente, manifiesta el vocero judicial de la demandada que respecto al testimonio de Pier Gutiérrez Pico, la Sala debe tener en cuenta que el testimonio tampoco logra probar a pesar de que el manifiesta que los conocía desde el año 90 y que nunca le conoció mujer, en uno de esos apartes del testimonio se contradice porque al preguntarle por la señora Soley Oviedo Ramos, contestó que el causante la conoció en calidad de amiga, se la presentó en un estadio de fútbol, donde se encontraban los dos solos en la ciudad de Barranquilla, circunstancia que causa una contradicción, adicional a ello, el testigo no es claro con lo manifestado al despacho en la primera instancia. Razón por la cual, no debe tenerse en cuenta su testimonio. Finalmente, es claro que, la interviniente Liscaty Ruiz no contesto la demanda y no presentó ninguna prueba de que hubiere existido una relación tal como lo exige la normatividad. En consecuencia, solicita que sea revocada la sentencia por el Juez de Segunda Instancia.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El vocero judicial de la parte demandante hizo uso de esta etapa procesal, solicitando que sean aceptadas las peticiones de la demanda al considerar que se ajustan a derecho, y teniendo en cuenta las pruebas documentales y testimoniales que obran en el plenario, es dable inferir que dentro del presente asunto se ha configurado el reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante, por ser la cónyuge del finado ALVARO RAFAEL OLIER LECLERC (Q.E.P.D). Las demás partes guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES.

IV.I Presupuestos procesales.

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

IV.II Problema jurídico;

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en el recurso vertical la Sala se apresta a determinar: **i).** Si la señora Ruth Isabel Sevilla Hoyos tiene o no derecho a que la accionada COLFONDOS S.A, le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Alvaro Rafael Olier Leclerc.

En primer lugar, se debe determinar si el señor Alvaro Rafael Olier Leclerc (Q.E.P.D), dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes para que sus beneficiarios accedieran a ella.

Ahora bien, para resolver el caso en estudio, es pertinente rememorar lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 797 de 2003, en la cual se establecen los requisitos de la pensión de sobrevivientes, dice:

"Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

A) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte."

En ese orden de ideas, en el caso bajo estudio se tiene que, el señor Alvaro Rafael Olier Leclerc (Q.E.P.D) al momento del fallecimiento se encontraba afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad a la AFP Pensiones y Cesantías Colfondos S.A, así mismo, se evidencia que no existe discusión que el causante al momento de su fallecimiento cumplía con los requisitos exigidos por la normatividad vigente, lo anterior, teniendo en cuenta que mediante documento BP-R-I-L-36269-11-17 expedido por la administradora de pensiones Colfondos S.A (fl 8 y ss), en la cual se reconoció pensión de sobreviviente al hijo del causante DANIEL LEONARDO OLIER SEVILLA, en un 50% y el otro 50% quedó en suspenso hasta tanto a través de proceso ordinario se determine el conflicto entre las señora LISCATI MACIA RUIZ y RUTH ISABEL SEVILLA HOYOS como posibles beneficiarias del afiliado fallecido.

Seguidamente, una vez revisado el acervo probatorio, se extrae que la parte demandante contrajo matrimonio civil con el causante en fecha 21 de agosto de 1992, conforme con el registro de matrimonio aportado a folio 16 del expediente, del mismo modo, se observa certificado de afiliación de la demandante a SALUDVIDA E.P.S en calidad de beneficiaria del finado.

Así mismo, de la relación entre la señora RUTH ISABEL SEVILLA HOYOS y el señor ALVARO RAFAEL OLIER LECLERC, nació el joven DANIEL LEONARDO OLIER SEVILLA, en fecha 05 de mayo de 2001, tal como consta en registro civil de nacimiento visible a folio 11 del expediente digital.

Aunado a lo anterior, de los testimonios rendidos en el plenario por los señores ALVARO OLIER REYES, MAYRA LORENA AGAMEZ y PIER ELIAS GUTIERREZ PICO, fueron unísonos en manifestar que, la señora RUTH ISABEL SEVILLA HOYOS y el señor ALVARO RAFAEL OLIER LECLERC, eran esposos y convivieron de manera continua.

Ahora, si bien el vocero judicial de la parte recurrente alega que, los testigos ALVARO ANDRÉS OLIER, hijo del causante y la señora MAYRA AGAMEZ, cónyuge del primer testigo, manifestaron que se fueron del país en el año 2007 y regresaron a finales de 2014, principios de 2015; no es menos cierto que la señora Mayra Agamez al ser interrogada manifestó que se fueron a vivir a otro país en el año 2009, y que la señora Ruth vivía en la casa de la abuela de su esposo con el señor Alvaro Olier (Q.E.P.D), Daniel Olier y Álvaro Olier Reyes.

De otro lado, el señor Álvaro Olier Reyes hijo mayor del causante indicó que la señora RUTH SEVILLA y el causante se casaron hace 30 años, cuando él tenía 6 años aproximadamente y vivió con ellos durante mucho tiempo, indicó que luego de que se fue de su casa, iba a visitarlos y siempre mantenía comunicación con ellos a través de Skype.

En ese orden, debe tenerse en cuenta que el requisito de 5 años de convivencia respecto de la esposa no está supeditado a que sea dentro de los últimos cinco años anteriores al fallecimiento del causante como lo pretende hacer ver la demandada Colfondos S.A, sino que se tiene en cuenta que dicho termino sea en cualquier época.

Sobre esta particular situación, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha definido el criterio según la cual; *"la convivencia no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto así no se verifique una comunidad de vida al momento de la muerte del pensionado. Y es que dicha convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio".* sentencias SL3202-2015, reiterada en SL6519-2017- SL1399-2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Razón por la cual, no existe discusión que la demandante supera el requisito de la convivencia exigido para ser acreedora de la prerrogativa pensional contenida en el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues, como se pudo constatar, la actora convivió por más de cinco años con el señor ALVARO OLIER LECLERT (Q.E.P.D), esto es, desde la fecha de la celebración del matrimonio civil hasta la fecha del fallecimiento de fecha 24 de julio de 2016. Por consiguiente, ha de tenerse a la actora como beneficiaria de la dispensa pensional.

En cuanto a lo manifestado por el apoderado judicial sobre la interviniente Liscaty Ruiz, le asiste razón tal como lo indicó la Juez de Primera Instancia las señoras LISCATY RUIZ y SOLEY JUDITH no aportaron pruebas que acreditaran haber convivido con el causante. Por tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a favor del demandante, dado que hubo réplica del recurso de apelación y, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

Y, como quiera que la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las agencias en derecho se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias a favor del demandante, en 1 SMMLV que, según el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, corresponde al tope mínimo para la segunda instancia en procesos declarativos en general; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido no fue de complejidad. (CGP, art. 365-8°).

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley.

VI. RESUELVE:

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

SEGUNDO: Costas en esta instancia, según la motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
 Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
 Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL Expediente 23-001-31-05-001-2020-00011-01 Folio 426-21 DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintisiete (27) de octubre del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **OSCAR JIMENEZ ENSUNCHO** contra **HERMINIA MARIA MARTINEZ CORCHO**.

I. ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretende la parte actora, se declare la existencia de un contrato escrito de mandato con representación judicial, firmado por las partes el día 28 de junio de 2011, el cual incumplió la demandada al no remunerar el equivalente al 30% por concepto de honorarios profesionales, como consecuencia de lo anterior, solicita se condene al pago de la suma de \$72.000.000, de los cuales deduce \$4.500.000, por cuanto la demandada el día 30 de abril de 2019 abonó dicha cantidad, costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

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

- Indica el actor que el día 28 de junio de 2011, suscribió un contrato de mandato con representación extra y judicial con la demandada, pactándose como honorarios profesionales, el equivalente al 30% de los valores que resultaran a su favor.
- Arguye que las gestiones profesionales a favor de la accionada, se adelantaron ante el consultorio jurídico de la Universidad del Sinú, fracasando la conciliación por no aceptar el demandado CALIXTO DE JESÚS OVIEDO MORALES conciliar con la señora HERMINIA MARIA MARTINEZ CORCHO, acudiéndose entonces ante el Juzgado Segundo de Familia de Montería, el día 1 de julio de 2011, y siendo admitida la demanda el 6 de julio de 2011.
- Explica, luego de un largo proceso, el día 22 de mayo de 2012, el mencionado Juzgado declaró la existencia de la Unión Marital de hecho, disolución y liquidación de la Sociedad Patrimonial.
- Comenta que en el mismo expediente del Juzgado, se ordenó tramitar la liquidación de la sociedad patrimonial, adjuntándole a la demandada el 50% de cada uno de los inmuebles, equivalentes en la suma de \$240.000.000 y que mediante providencia del 25 de mayo de 2017, el expediente le fue enviado al Juzgado Primero de Familia de Montería, en razón a que este se quedó con todos los asuntos tramitados mediante el sistema escritural, ordenándose la entrega real y material del 50% de cada uno de los bienes adjudicados.
- Aduce que mediante oficio N° 1147 del 17 de julio de 2017, el Juzgado Primero de Familia de Montería, comisionó al señor ALCALDE MUNICIPAL DE MONTERÍA y este a su vez comisionó al señor INSPECTOR TERCERO DE POLICIA DE MONTERÍA, practicando la entrega de los bienes el día 19 de abril de 2018.
- Dice que la señora Herminia Martínez, le comunicó que procedería a vender uno de los inmuebles para abonarle por concepto de honorarios profesionales la suma de \$9.000.000, y posteriormente le dijo que serían solo \$5.000.000 y que se trasladara a Lorica para

recibir dicho valor, pero que estando en la sede el banco Davivienda, le hizo entrega de la suma de \$4.500.000, manifestándole que le era imposible entregar lo prometido, sin quedarle otra opción que aceptar dicho abono.

- Finalmente aduce, en varias oportunidades, ha requerido en forma verbal, personal y telefónica a la señora Herminia María Martínez Corcho, para efectos de obtener el pago total de sus honorarios, y la respuesta ha sido que espere por cuanto ha tenido inconvenientes para la venta del resto de los bienes.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II.I. Herminia María Martínez Corcho.

Actuando a través de apoderado judicial, dio contestación la demandada, argumentando respecto a los hechos de la demanda, no ser cierto que el Juzgado Primero De Familia mediante providencia del 25 de mayo de 2017, haya ordenado la entrega real y material de 50% de cada uno de los bienes adjudicados en posesión, a la demandada señora Herminia María Martínez en el entendido de que, si bien es cierto, el juzgado accedió a la entrega de los bienes, no hizo referencia al porcentaje y además, advirtió que “la entrega procedía respeto al señor Calixto de Jesús Oviedo Morales y no contra terceros”.

Así mismo indicó no ser cierto que el Inspector Tercero De Policía De Montería, practicara realmente la entrega de los bienes el día 19 de abril de 2018, en el entendido, de que si bien es cierto, mediante oficio N° 1147, expendido por el Juzgado Primero De Familia Del Circuito De Montería se ofició al señor Alcalde, para realizar el despacho comisorio N° 0005 , no es cierto que la entrega de los bienes adjudicados es posesión se materializara toda vez que quien habitaba los inmuebles, señor Calixto de Jesús Oviedo Morales, no accedió a lo solicitado, argumentado este, que los inmuebles no pertenecían a su representada, la señora Herminia María Martínez, ya que estos habían sido cedidos a él, por la Alcaldía de Montería, mediante Resolución N° 1009 De 12 De Agosto De 2019.

III. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 18 de noviembre 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Montería decidió: Declarar que entre el demandante OSCAR ENRIQUE JIMENZ ENSUNCHO y la señora HERMINIA MARIA MARTINEZ CORCHO, existió un contrato de prestación de servicios profesionales como abogado para su representación dentro del procesos Ordinario de EXISTENCIA DE LA UNION MARITAL DE HECHO Y DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL, EN EL JUZGADO SEGUNDO DEL CIRCUITO DE FAMILIA DE MONTERIA, Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demanda HERMINIA MARIA MARTINEZ CORCHO al pago de la suma de \$ 67.500.000,00, por concepto de honorarios adeudados.

Pudo determinar la a-quo, el demandante no incumplió con el mandato que se le confirió, teniendo en cuenta además que lo pactado como pago fue el 30% de los valores que resultaran a favor de la demandada, sin estar sujeto este a los trámites que tuvieran que hacerse con posterioridad a la sentencia emitida dentro del proceso en el cual fungió como apoderado el actor, haciéndose exigible la obligación a su terminación.

IV. RECURSO DE APELACION

IV.I. PARTE DEMANDADA

La apoderada judicial de la parte demandada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, solicitando que se revoque en su integridad y en consecuencia se nieguen en su totalidad las pretensiones y se condene en costas a la parte demandante, lo anterior porque a su consideración, el contrato de mandato suscrito entre las partes, en su numeral segundo dice “la mandante remunerará por la gestión judicial el equivalente al 30% de los valores que resulten a su favor judicial o extrajudicialmente”.

Indica que efectivamente se realizó un trabajo de partición, del cual le correspondió a la señora Herminia el 50%, siendo la realidad que a pesar de ser una sentencia judicial proferida por el Juzgado Segundo de descongestión de Familia del circuito de Montería, donde se adjudica la posición de algunos bienes a la demandada, esta no ha obtenido provecho

ni ha recibido lucro o dinero de esos bienes para hacer cumplimiento del contrato de mandato suscrito

Argumenta también, el contrato de mandato es claro al indicar que los honorarios serían “de los valores que reciben a su favor”, y que hasta el momento los únicos valores que han resultado en favor de la señora Herminia es la suma de \$15.000.000 de la venta de unos inmuebles, de lo cual remuneró al apoderado judicial, sus honorarios correspondientes al 30%, entonces aduce, no comparte lo manifestado por el Juez, cuando dice que la situación de la señora Herminia es ajena al proceso judicial.

La suscrita apoderada alude, no comparte lo manifestado por el a-quo, bajo el entendido que alega, no se cumplieron con las gestiones y trámites dentro del proceso, lográndose probar la excepción estipulada en el art. 1609 del Cód. Civil, “mora en los contratos bilaterales”, ya que a su parecer, la gestión profesional del demandante también está en llevar a su finalización el proceso iniciado, correspondiéndole al apoderado demandante hacer los trámites para que se protocolizara la sentencia proferida, y esto se pudiera registrar en la oficina de instrumentos públicos, y así tener hoy en día un título del cual se pudiera hacer valer situación que no ocurrió, al igual que tampoco hubo cumplimiento por respecto al trámite que se debía realizar en la oficina de vivienda del municipio de Montería, para el trámite de solicitud oportuna de escritura pública, de los bienes que le fueron adjudicados a la demandada, en el trámite de solicitud de información y documentación de los bienes que le fueron adjudicados a la demandada señora Herminia mediante sentencia judicial y que se debía realizar frente al instituto geográfico Agustín Codazzy, por ello justifica, se prueba la mora en los contratos bilaterales habiendo incumplimiento de su gestión profesional, no compartiéndose lo manifestado por el a-quo, si está obligado a hacer la gestión para la protocolización de las sentencias.

Como tercer cargo explica, la existencia de un enriquecimiento sin justa causa, ya que la señora Herminia es una persona que no ha recibido provecho económico de una sentencia inicial que está en un papel, solamente ha recibido la suma de \$15.000.000 que actuando de buena fe remuneró al apoderado judicial de lo recibido, o puede pretender el apoderado demandante, enriquecerse y empobrecer de ello.

Finalmente, arguye sobre una imposibilidad de pago total de las sumas pretendidas por el demandante, por carencia de recursos económicos para el reembolso de dichos montos.

V.ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

V.I. Parte demandada

La parte demandada actuando a través de apoderado judicial, presentó escrito de alegatos de conclusión, solicitando que se revoque en todas sus partes la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2021, y como consecuencia de ello, se declaren probadas las excepciones de mérito propuestas.

Argumenta que, al interior de este proceso se encuentra plenamente probado con los interrogatorios y testimonios, pese a que en la sentencia judicial del 29 de septiembre de 2014, proferida por el Juzgado de Descongestión de Familia del Circuito de Montería, se le adjudicó la posesión de algunos bienes a la demandada, no ha podido ejercer dicho beneficio.

Aduce, además, solo ha podido obtener treinta millones de pesos, concernientes a la venta del Lote N° 13 de la Manzana 9 B/ Villa Nazaret, y teniendo en cuenta que le correspondía el 50% del dinero de la venta, quedaban a su favor quince millones de pesos, de los cuales entregó al demandante señor Oscar Enrique Jiménez Ensuncho, la suma de \$4.500.000, obedeciendo estos al 30% del valor restante a su favor, de conformidad con lo estipulado en el contrato de mandato.

Finalmente indica, el demandante no llevó el proceso de Declaratoria de Liquidación de Sociedad Marital de Hecho hasta su finalización, ya que no ejecutó cabalmente todas las diligencias y trámites pertinentes para la adjudicación formal del derecho de posesión de la demandante

VI.CONSIDERACIONES:

VI.I. Presupuestos procesales.

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

VI.II. Problema jurídico.

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar si efectivamente existe un incumplimiento por parte de la demandada, en las obligaciones pactadas mediante contrato de mandato que suscribió con el señor Oscar Jiménez Ensuncho.

En primer lugar, de acuerdo con el art. 2142 del Cód. Civil ***“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.”***

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario”.

Y el art. 2149 del mencionado código contempla ***“El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra”.***

Pues bien, los honorarios profesionales son la retribución de los servicios prestados en ejercicio de una profesión liberal, remuneración que se determina la mayoría de veces por un acuerdo entre las partes, por la ley o por el Juez. Dentro de esas profesiones encontramos la abogacía, que como todas las demás, ha de ser retribuida, y para lograr el pago de la misma, cuando ha sido pactada entre el abogado y su cliente y éste no cancela de manera voluntaria, se acude a la jurisdicción ordinaria en el área laboral.

En el caso objeto de estudio, se logra evidenciar de las documentales allegadas las siguientes:

- En la página 19 del expediente, “*Contrato de Mandato*” celebrado entre la señora Herminia María Martínez Corcho y el Dr. Oscar Jiménez Ensuncho, donde se dispuso en sus numerales primero y segundo lo siguiente:

“PRIMERA: *que la señora HERMINIA MARIA MARTINEZ CORCHO contrata los servicios de abogado para adelantar audiencia de conciliación extrajudicial y Proceso Ordinario en contra del señor CALIXTO DE JESÚS OVIEDO MORALES, para solucionar el conflicto*

existente entre ellos, conciliar y transar extrajudicial o judicialmente.

SEGUNDO: *La mandante remunerara al apoderado por la gestión profesional con el equivalente al 30% de los valores que resulten a su favor, judicial o extrajudicialmente”.*

- Posteriormente se observa, escrito por medio del cual el señor Oscar Jiménez, convocó a una audiencia de conciliación a través del Consultorio Jurídico de la Universidad del Sinú al señor Calixto Oviedo. (Pág. 21-25).

-Así mismo, se presentó por parte del demandante, actuando en representación de la señora Herminia Martínez, demanda para efectos de adelantar proceso de Existencia de la Unión Marital de Hecho y consecuente Disolución y Liquidación de la Sociedad Patrimonial con el señor Oviedo Morales, la cual fue admitida por parte del Juzgado Segundo del Circuito de Loricá, en fecha 6 de julio de 2011. (Pág. 30-37).

- Se denota además, en fecha 22 de mayo de 2012 el Juzgado Segundo del Circuito de Familia de Montería, dictó sentencia dentro del proceso radicado N° 0339-24 iniciado por el actor en calidad de apoderado judicial de la demandante, donde se resolvió declarar que entre los señores HERMINIA MARÍA MARTÍNEZ CORCHO y CALITO DE JEÚS OVIEDO MORALES, existió una Unión Marital de Hecho comprendida entre el 20 de octubre de 1993 hasta el 11 de octubre de 2010, y en consecuencia se formó entre ellos una sociedad patrimonial de hecho, decretándose la disolución y liquidación de la Sociedad Patrimonial formada por dicha unión. (Pág. 42-52).

Así mismo, el 29 de septiembre de 2014 se aprobó por el Juzgado de Descongestión de Familia del Circuito de Montería en todas sus partes, el trabajo de partición reajustado y presentado dentro del proceso de la señora Martínez, asignándose en valores concretos a cada uno de los extremos procesales el valor de \$347.900.000.

En este orden de ideas se tiene, argumenta en su recurso de apelación la recurrente, el hoy demandante no cumplió con los trámites necesarios para que se protocolizara la sentencia proferida y así mismo que la señora Herminia Martínez Corcho, solo ha recibido hasta el momento \$15.000.000 y que en razón a ello, actuando de buena fe remuneró al apoderado judicial de lo recibido la suma de \$4.500.000, por lo que considera se está frente a un enriquecimiento ilícito.

Es de anotar, no son de recibo las alegaciones esbozadas por la demandada, toda vez que según se logra verificar de las probanzas recaudadas, efectivamente el hoy accionante cumplió a cabalidad con los trámites judiciales y extrajudiciales pertinentes, esto es, desde la audiencia de conciliación, posterior presentación de la demanda ante la autoridad competente, y la realización de una serie de actuaciones que condujeron a los resultados requeridos por la señora Herminia María Martínez, concluyéndose que este llevó la defensa de los intereses de su cliente en correcta forma.

En lo que se refiere al contrato de mandato celebrado por las partes, como bien se ha mencionado, se contrataron los servicios del demandante, en su calidad de abogado, para que adelantará lo correspondiente a la audiencia de conciliación extrajudicial y Proceso Ordinario en contra del señor CALIXTO DE JESÚS OVIEDO MORALES, pactándose como retribución económica el pago del 30% de los valores que resultaren a favor de la demandada.

Por lo anteriormente expuesto se considera, mal podría pretender la demandada, aducir que a su favor solo concierne la suma de \$15.000.000, y que por ello le corresponden al togado solicitante \$4.500.000, ya que como bien se ha mencionado, le fue asignada una cuantía de \$347.900.000 como resultado del proceso que fue adelantado por el señor Oscar Jiménez Ensuncho, anotándose, además, no fue pactado por las partes, obligaciones posteriores al proceso que tuvo lugar.

Al hilo de lo enunciado, teniendo en cuenta que el actor reclama sus honorarios sobre la suma de \$240.000.000, de los cuales le corresponderían \$70.000.000, y que al restarle lo abonado por la demandada en monto de \$4.500.000, arroja una condena de \$67.500.000, se considera acertada la decisión adoptada por el a-quo.

Por lo anteriormente expuesto, se procederá a confirmar en su integridad la sentencia apelada.

VI.III. Costas

Dado que el recurso de apelación no fue replicado por la parte demandante, no hay lugar a imponer condena en costas por no estimarse causadas (CGP, art. 365.-8º).

VII.DECISIÓN

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

VIII.RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREN STELA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
Expediente 23-001-31-05-004-2020-00046-01 Folio 430-21
DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintisiete (27) de octubre del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver la consulta de la sentencia de fecha doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **ALCIRA ISABEL HOYOS MARTINEZ** contra la **CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE LOS VALLES DEL SINÚ Y SAN JORGE – CVS- y AFP PROTECCIÓN S.A.**

I.ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

Pretende la parte actora, se declare la existencia de una relación laboral con la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE LOS VALLES DEL SINÚ Y SAN JORGE –CVS, y como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por el periodo comprendido entre el día 1 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 2003, que las sumas de dinero que resulten de la demanda sean debidamente actualizadas, costas y agencias en derecho.

Como **Pretensiones Subsidiarias** solicita, se declare que la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE LOS VALLES DEL SINÚ Y SAN JORGE – CVS, debe reconocer y cancelar los aportes a seguridad social en pensión por el período laborado en el fondo PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS, devolución de saldos de toda su historia laboral actualizados, costas y agencias en derecho.

I.II Hechos

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

- Indica la actora, nació el día 18 de julio de 1960, contando actualmente con 59 años de edad.
- Arguye que, laboró al servicio de la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE LOS VALLES DEL SINÚ Y DEL SAN JORGE – CVS, por el período comprendido entre el día 1 de enero de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2003, laborando un total de 12 años de servicio, equivalente a 617,76 semanas, en el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES en calidad de trabajadora oficial.
- Aduce que, durante el tiempo que se encontró laborando para la demandada, no le fueron realizados los aportes a pensión a ningún fondo de pensiones.
- Explica que el día 30 de enero de 2019, radicó derecho de petición ante la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE LOS VALLES DEL SINÚ Y DEL SAN JORGE – CVS, solicitando certificación de factores salariales y formatos CLEB para pensión, a lo cual le dieron respuesta certificando solo la relación laboral desde enero de 1993 hasta marzo de 2001, desconociendo aproximadamente cuatro años de servicio.
- Comenta, no cuenta con el número de semanas cotizadas correspondientes para obtener una pensión de vejez, encontrándose con imposibilidad de seguir cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensión.
- Dice que, en razón a su imposibilidad para cotizar, el 14 de enero de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejes o devolución de saldos ante PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTIAS, correspondiente al tiempo laborado para la demandada, sin embargo, fue descartada su solicitud mediante oficio N° CAS-5367436-s4s9d1.

II. Contestación de la demanda

II.I. CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE LOS VALLES DEL SINÚ Y SAN JORGE – CVS.

Respecto a los hechos planteados, manifiesta el apoderado judicial de la demanda, que la señora Alcira Hoyos Martínez prestó servicios a la Corporación que representa, a través de varios contratos de prestación de servicios y sin subordinación alguna, por lo cual no se

encontraban en la obligación de pagarle aportes a pensión o a reconocer una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, máxime cuando a su parecer, este reconocimiento correspondería al fondo de pensiones al que se encuentre afiliada la trabajadora.

III. LA SENTENCIA CONSULTADA

Mediante sentencia de fecha 12 de noviembre de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería decidió: **DENEGAR** todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y en consecuencia, **ABSOLVER** a las demandadas, **CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE LOS VALLES DEL SINÚ Y SAN JORGE – CVS** y **AFP PROTECCIÓN S.A.** de todas las peticiones deprecadas.

Pudo determinar el a-quo, de los medios probatorios arrimados al plenario no se logró demostrar la calidad de trabajadora oficial de la demandante, por lo cual determinó, lo que en realidad se configuró entre las partes fue una relación legal y reglamentaria.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

IV.I. Parte demandante

La Dra Eduvit Flórez Galeano, actuando en calidad de apoderada judicial de parte demandante allegó escrito de alegatos de conclusión, donde manifestó que la señora Alcira Hoyos Martínez es una mujer de 59 años de edad, que demostró haber laborado para la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE LOS VALLES DEL SINÚ Y DEL SAN JORGE – CVS, por el período comprendido entre el 1 de enero de 1991 hasta el 31 de diciembre de 2003, es decir un total de 12 años, que equivalen a 617.76 semanas desempeñando el cargo de Auxiliar de Servicios Generales y que jamás fueron cotizados, siendo esta una obligación de su empleador.

Solicitó, se revoque la sentencia consultada y se declare que la señora Alcira Isabel Hoyos Martínez tiene derecho al reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por el tiempo que laboró para la demandada, que las sumas de dinero resultado de la presente demanda sean debidamente actualizadas, consecuentemente se condene a la CVS al pago de costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria pretende, se condene al pago de aportes al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones, por el período comprendido entre el 1 de enero de 1991 al 31 de diciembre de 2003 y se ordene a la demandada PROTECCIÓN S.A. el pago de una devolución de saldos que incluya el monto que tiene actualmente en su cuenta de ahorro individual y el periodo de aportes al que se llegue a condenar.

V.CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

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

V.II. Problema jurídico.

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar si **(i)** la señora **Alcira Isabel Hoyos Martínez** acreditó su calidad de trabajadora oficial, y en consecuencia tiene derecho al pago de los emolumentos solicitados.

V.III. Calidad de trabajadora oficial de la demandante.

En aras de resolver el anterior problema jurídico planteado, se advierte, lo pretendido por la demandante es la declaratoria de un contrato de trabajo regido por el art. 22 del C.S.T, ahora, teniendo en cuenta que la relación invocada lo es con una Corporación Autónoma Regional, se entrará a escudriñar acerca de la naturaleza jurídica de este tipo de entes.

Pues bien, la Ley 99 de 1993 dispuso al respecto lo siguiente:

"ARTÍCULO 23. NATURALEZA JURÍDICA. *Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrado por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente".*

En este orden de ideas, se pronunció también la H. Corte Constitucional en la sentencia **C-593 de 1995** así: **"Las corporaciones autónomas regionales son entidades administrativas del orden nacional"** siendo reiterada esta posición en la sentencia **C-127/18**, por lo cual debe entenderse, le incumbía a la demandante probar que tuviera la condición de trabajadora oficial.

En lo que respecta a la calidad de empleado público o trabajador oficial de quienes laboran en las entidades públicas, tiene establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, conforme a la combinación de los criterios orgánicos y funcional, en tratándose de entes de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración

Pública cuyo objeto principal es el ejercicio de funciones administrativas, la regla general es que son empleados públicos, y solo por excepción, serán trabajadores oficiales quienes se ocupen en la construcción y sostenimiento de obras públicas.

Por lo anterior se rememora la sentencia **SL-17470 – 2014**, M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se expresó:

"La regla general es que quien presta sus servicios en organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública cuyo objeto principal es el ejercicio de funciones administrativas, es empleado público, y solo por excepción, será trabajador oficial quien se ocupe en la construcción y sostenimiento de obras públicas".

Entonces, como en este proceso no existe prueba alguna de que la demandante desarrolló labores o actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, sino, por el contrario, según se desprende de la afirmación realizada en el hecho **quinto** de la demanda, el cargo desempeñado por la actora era el de **"Auxiliar de Servicios Generales"**, siendo corroborado esto por las testigos **María Rosmery Peralta Matos** quien esbozó: "Duré veinticuatro años en la CVS y siempre la vi todos los días, hacía aseo, repartía tinto, ella es una señora de servicios generales" y **Remmy Del Carmen Wilches Mercado** que manifestó: "Éramos varios compañeros auxiliares de servicios generales", "barríamos, trapeábamos, repartíamos tinto, hacíamos mandados".

De lo anterior no hay lugar a concluir que la señora Alcira Isabel Hoyos Martínez ostentaba la aludida calidad de trabajadora oficial. Así, en cuanto a las labores de aseo, estas no tienen que ver con las de construcción y sostenimiento de obras públicas, y, por ende, quienes realizan aquéllas no tienen la condición de trabajadores oficiales, ello lo ha expresado la Honorable Corte, por ejemplo, en la Sentencia **SL7783-2017**, reiterada en la **SL4440-2017**:

*"labores de servicios generales y vigilancia, comunes a todas las entidades, desarrolladas por personal del nivel asistencial de los cuadros permanentes de la administración pública, tales como **celaduría, jardinería, aseo general y limpieza, no tienen que ver con la construcción y sostenimiento de obras públicas, pues se trata de ocupaciones de simple colaboración y apoyo a la gestión institucional, y no de fabricación, transformación, intervención, reparación o mantenimiento de infraestructuras o edificaciones (CSJ SL 33556, 24 jun. 2008; CSJ SL, 26 de Oct. 2010, rad. 38114; CSJ SL 42499, 29 ene. 2014, CSJ SL7340-2014, entre otras).***

Otros precedentes del órgano de cierre de esta jurisdicción en los que se señaló o concluyó que las labores de celaduría, vigilancia, aseo, limpieza y servicios generales o varios, no encajaban en la categoría de trabajadores oficiales o de actividades de construcción

y sostenimiento de obras públicas, son: **SL158-2020, SL15381-2016, SL2771-2015, SL591-2014 y SL, 26 oct. 2010, Rad. 38114**, entre muchas otras.

De otra parte, no está demás aclarar que, cuando el tema en discusión es el del contrato realidad, ello no hace que la relación laboral, de probarse, sea la propia de un contrato de trabajo, porque, recuérdese, la condición de trabajador oficial o de empleado público no la define el acto de vinculación, sino exclusivamente la Ley. Así lo ha expresado en múltiples sentencias la Honorable Corte, por ejemplo, en la sentencia **SL2151-2018**, reiteró lo expresado en la **SL17470-2014**:

*"Dicho de otra manera, el hecho de que la demandada hubiere vinculado al accionante mediante contrato de trabajo y durante buena parte de la vigencia de esa relación laboral le hubiere dado el trato de trabajador oficial, en nada altera la verdadera naturaleza del cargo que desempeñó así como tampoco su condición de empleado público, pues como lo ha reiterado la doctrina de la Sala, **la condición de un servidor público como trabajador oficial ora como empleado público, no se defiere por acuerdos voluntarios, por normas convencionales, por resoluciones o decretos administrativos, sino exclusivamente por la ley**".*

Es más, respecto a esta temática de quiénes son trabajadores oficiales y quiénes empleados públicos en el orden municipal, el artículo 292 del Decreto Ley 1333 de 1986 facultaba a los establecimientos públicos para que, en sus estatutos, precisaran qué actividades podían ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, lo cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-493 de 1996, justamente porque ello es de reserva del legislador.

En conclusión, no quedó acreditado que el vínculo laboral de la demandante con el ente demandado sea el propio de una trabajadora oficial; prueba ésta que es carga de la parte actora, pues, conforme a lo que se ha expuesto, en tratándose de entidades públicas como la aquí demandada, la regla general es que las actividades a cargo de la misma son propias de empleados públicos, en tanto que la excepción es la de construcción y sostenimiento de obra públicas, por lo que, entonces, en un proceso en el que se pretenda obtener la declaración de la relación laboral derivada de un contrato de trabajo, «*lo que incluye la determinación de la condición de trabajador oficial*» (Vid. Corte Constitucional, Autos de Sala Plena A380-21 y A378-21), se ha de acreditar fehacientemente los hechos constitutivos de la excepción, vale decir, la actividad desplegada y la obra pública respecto de la cual se ejecutaron las labores relacionadas con su construcción y sostenimiento.

Lo expuesto se estima suficiente para confirmar la sentencia consultada, habida cuenta que no se acreditó la condición de trabajadora oficial de la demandante, y, por ende, la existencia del deprecado contrato laboral.

VI.COSTAS

Al tratarse del estudio del grado jurisdiccional de consulta de la presente sentencia, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

VII.DECISIÓN

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

VIII.FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado



KAREN STELA VERGARA LÓPEZ



CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

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

ORDINARIO LABORAL Expediente 23-001-31-05-004-2021-00127-01 Folio 439-21 DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintisiete (27) de octubre del dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A, contra la sentencia de fecha veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **MARTHA BEATRIZ LOBO MADERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende la actora que se declare la nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media administrado hoy Colpensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A, como consecuencia, declarar que ha tenido como única afiliación válida la efectuada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más concretamente la efectuada al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, condenar a Colfondos S.A, a trasladar a Colpensiones, las cotizaciones en pensiones recibidas en vigencia de la afiliación ilegal de la accionante, rendimientos financieros, gastos de administración, bono pensional, condenar a Colpensiones proceda a recibir los aportes que traslade Colfondos S.A, se declare que tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez, en consecuencia, condenar a Colpensiones pagar la mesada pensional, retroactivo pensional y condenar en costas a las demandadas.

I.II Hechos

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

- Manifiesta la accionante que se afilió al sistema general de pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.
- Aduce que, efectuó un total de 324 semanas cotizadas durante el periodo que estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.
- Alega la demandante que con ocasión a la vigencia del nuevo sistema pensional, optó por trasladarse de régimen el 01 de febrero de 2001 al fondo de pensiones Colfondos S.A.
- Afirma que al momento de efectuar el traslado del Régimen de Prima Medica con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por conducto de Colfondos S.A, está no le advirtió, ni informó acerca de las consecuencias negativas, dañosas de dejar el RPM y hacer efectivo el traslado al RAIS.
- Indica que, en fecha 23 de marzo de 2021, presentó ante Colpensiones solicitud de traslado de régimen pensional y está negó dicha solicitud por encontrarse a menos de 10 años para adquirir sus derechos pensionales.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I COLPENSIONES.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad de la demandante.

En su defensa formuló las excepciones de *“inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, excepción de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, no tener la condición de afiliado de la administradora colombiana de pensiones, innominada o genérica”*.

I.III.II COLFONDOS S.A: Indica que no se opone a las pretensiones, y no propuso excepciones.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 22 de noviembre de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, declaró ineficaz el acto de traslado de régimen pensional que hizo la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por Colfondos S.A, el 01 de febrero de 2001, ordenó a Colpensiones proceda a recibir a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, ordenó a Colfondos S.A, de manera inmediata proceda a realizar la devolución de aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente actualizados e indexados con destino a las arcas del régimen de prima media con prestación definida y condenó a las demandadas en costas y agencias en derecho.

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

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por el despacho, habida cuenta que se están vulnerando los intereses de su defendida, toda vez que siempre ha sido un tercero de buena fe que no tuvo ningún tipo de participación o injerencia en el acto de traslado de la parte demandante. Por lo que considera que, debe exonerarse a Colpensiones y revocar la sentencia en su totalidad en cuanto a las condenas impuestas a su defendida en esta instancia.

En ese sentido, solicita a los H. magistrados que estudien la posibilidad de que sea el fondo privado, en este caso Colfondos que asuma todos y cada uno de los derechos, prestaciones y beneficios a los que tendría lugar la demandante en caso de haber permanecido afiliada al régimen de prima media, toda vez que como es de conocimiento Colpensiones no fue más que un tercero de buena fe.

Aunado a ello, cuando instauró su solicitud de querer retornar al RPM, es claro que Colpensiones no podía recibirla como afiliada, teniendo en cuenta la edad que ostentaba la demandante, pues ya se encontraba en la edad correspondiente para adquirir su derecho pensional. De igual forma, indica que se está vulnerando la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Por lo que, solicita se absuelva a Colpensiones de las

condenas impuestas en la sentencia, incluida la condena en costas acorde con lo expuesto en precedencia.

III.II COLFONDOS S.A:

La apoderada judicial de Colfondos S.A, manifiesta que interpone recurso de apelación de manera parcial en cuanto a la condena en costas se refiere, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 365 del C.G.P, se tiene que el C.G.P, sujeta las costas a la condición que exista controversia en los procesos y no ha existido una controversia procesal frente a Colfondos, ya que decidió acogerse a lo que el señor Juez tuviera por bien fallar, entonces no existiendo una condena, no existe la manera de ver de Colfondos S.A, la razón para que sea condenada en costas. Si bien se entiende lo que indica el Juzgado de origen en cuanto a que existe una condena frente a Colfondos, se evidencia que aun en estos casos está sujeto a que exista controversia, la cual insiste que no hubo en este caso. Por lo que, solicita se revoque esta condena.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El vocero judicial de la demandada COLFONDOS S.A., hizo uso de esta etapa procesal reiterando que no se aplicó correctamente por parte del Juez de Primera Instancia el artículo 365 del CGP, al imponer costas y agencias en derecho, por lo que, solicita que se revoque el fallo apelado en este punto. De otro lado, el vocero judicial de COLPENSIONES indicó que la decisión del demandante fue de manera libre y voluntaria, y dicha entidad no tuvo ninguna injerencia en la decisión tomada, razón por la cual no es dable condenarlo.

Finalmente, la apoderada judicial de la parte demandante alega que las demandadas no acreditaron el otorgamiento de la doble asesoría al demandante, por lo que, se debe confirmar la sentencia apelada.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

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

V.II Problema jurídico.

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

V.II.I. Pues bien, el Sistema General de Pensiones implementado por la

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

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

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

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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

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

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

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

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por Colfondos S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplió con su deber de información en los términos antes planteados.

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

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

De otro lado, aduce el apoderado de Colpensiones que la sentencia de primera instancia afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Al respecto, cabe señalar que este argumento no ha sido aceptado por la Honorable Sala de Casación Laboral para enervar la ineficacia de la afiliación o traslado por desconocimiento de la libertad informada. En efecto, en la SL2877-2020, nuestro órgano de cierre señaló:

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

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

De otro lado, alega el vocero judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que Porvenir S.A, sea la que otorgue los derechos y beneficios a la afiliada en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, son: **i)** declaración de que él o afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **ii)** la devolución de los aportes en pensión que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos financieros; y, **iii)** la devolución de los valores correspondientes a *gastos de administración*, debidamente indexados, los cuales deben asumir las administradoras de fondos de pensiones con sus propios recursos, según se expuso en las sentencias **CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y SL1689-2019.**

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, la devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por el recurrente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a lo alegado por la apoderada judicial de Colfondos S.A, Observa la Sala que COLFONDOS no se opuso a las pretensiones a la demanda, e incluso, en cuanto a los hechos de ese libelo que se referían a ella, manifestó ser cierto los mismos. Ahora, ante la oposición y renuencia de COLPENSIONES a aceptar la ineficacia del traslado de la parte actora, no podía hacer aquél fondo privado para evitar el litigio. En consecuencia, el juzgado estima que el curso del presente proceso, y, por ende, las costas a favor de la parte actora, no es achacable a COLFONDOS, porque, a pesar que fue el ente que desconoció la libertad informada de la parte demandante, como se dijo, asumió una actitud procesal coadyuvadora de la demanda que, si no fuera por la renuencia de COLPENSIONES, este proceso ni hubiese tenido lugar.

Bajo las anteriores circunstancias, la Sala encuentra que, por razones de equidad, la cual en materia de costas aparece implícita en los numerales 5° y 8° del artículo 365 del CGP, es dable liberar a COLFONDOS de la condena en costas.

Por último, hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, dado que hubo réplica del recurso de apelación y, por ende, se estiman causadas de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP. Por otro lado, no se condenará en costas a Colfondos por haber prosperado el recurso de apelación.

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

VI. DECISIÓN

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

VII. RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: RECONOCER personería jurídica para actuar al doctor CAMILO ALFONSO PÉREZ NIETO, identificado con cedula de ciudadanía número 73.154.240 y tarjeta profesional nº 89.918 expedida por el C.S de la J. como apoderado judicial sustituto de la demandada COLPENSIONES, de conformidad con el poder otorgado.

CUARTO: CONDENAR en costas y agencias según la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

PROCESO ORDINARIO LABORAL Expediente 23-001-31-05-004-2019-00355-01 Folio 440-21 DISCUTIDO Y PAROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintisiete (27) de octubre del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones, Colfondos S.A y Porvenir S.A, contra la sentencia de fecha veintitres (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Montería, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **JORGE ELIECER TEJADA ROSARIO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A, ICBF, COLFONDOS S.A y UGPP.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones.

Pretende el actor que se declare nulo e ineficaz el traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A, como consecuencia, ordenar a Colpensiones proceda a recibir al demandante como afiliado al régimen de prima media, ordenar a Porvenir S.A, que de manera inmediata (máximo 1 mes), proceda a realizar la devolución de aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, condenar a Colpensiones a recibir los aportes que traslade la AFP Porvenir S.A y condenar a las demandadas en costas.

I.II Hechos

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

- Manifiesta el demandante que a partir del año 1990 inició su vida laboral en el ICBF de manera ininterrumpida, acumulando un total de 29 años de servicios y más de 1300 semanas cotizadas.

- Aduce que, se afilió y cotizó al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Caja Nacional de Previsión-CAJANAL hoy UGPP.
- Alega el demandante que CAJANAL hoy UGPP autorizó el traslado al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A.
- Afirma que al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A, lo indujeron en error, toda vez que, no le suministraron la información adicional en cuanto al monto pensional y capital que debía ahorrar para disfrutar de una pensión.
- Indica que, al momento de la afiliación la AFP faltó al deber de brindar una información clara, precisa y concreta de las consecuencias negativas que acarrearía el traslado de régimen pensional.
- Finalmente, presentó solicitud de traslado de régimen ante Colpensiones en fecha 04 de septiembre de 2019, la cual fue desatada en forma negativa en la misma data.

I.III Contestación de la demanda.

I.III.I ICBF. Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada por ICBF, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que lo pretendido por el demandante no es competencia de dicha entidad.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia para demandar, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, genérica o innominada"*.

I.III.II COLPENSIONES. La demanda fue contestada por Colpensiones, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, por carecer de argumentos fácticos y jurídicos que le permitan ser procedentes, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la voluntad del demandante al momento de trasladarse y no es posible su retorno por estar a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de las obligaciones reclamadas por faltarle menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para acceder a la pensión de vejez, ausencia de nexo causal por no existir conexidad entre el acto de traslado y la conducta de Colpensiones, buena fe, prescripción."*

I.III.III PORVENIR S.A: Indica que se opone a las pretensiones, toda vez que la afiliación de la demandante se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños después de haber sido oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS, por lo que, no hay lugar a declarar la

nulidad o ineficacia del traslado incoada, y propuso como excepciones de fondo *"prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, genérica."*

I.III.IV COLFONDOS S.A: Manifiesta el apoderado judicial de Colfondos S.A, que no se opone a las pretensiones de la demanda y no propuso excepciones de fondo.

I.III.V. UGPP: La demanda fue contestada por UGPP, quien respecto de las pretensiones manifestó oponerse a todas y cada una de ellas, toda vez que no es procedente ni viable jurídicamente declarar la nulidad de dicho acto de traslado, pues el demandante no cumple con las condiciones establecidas en el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

En su defensa formuló las excepciones de *"inexistencia de la obligación-falta de fundamentos legales para declarar la nulidad del acto de traslado, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción trienal, buena fe"*.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 23 de noviembre 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir S.A, declarar probada la excepción propuesta por la UGPP e ICBF, denominada falta de legitimación en la causa por pasiva, declarar la ineficacia del acto de traslado realizada por el demandante, ordenó a Colpensiones proceda a recibir al demandante como afiliado al régimen de prima media, sin solución de continuidad, ordenó a Porvenir que de manera inmediata proceda a realizar la devolución de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual del demandante, debidamente actualizados e indexados con destino a Colpensiones, ordenó a Colfondos S.A, de manera inmediata, proceda a realizar la devolución de los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás emolumentos inherentes a la cuenta de ahorro individual debidamente indexados y condenó en costas a las demandadas.

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

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Manifiesta el apoderado judicial de Colpensiones que interpone recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por el despacho, teniendo en cuenta que se encuentran frente a un acto de traslado en el cual no hubo ningún tipo de participación de su defendida, toda vez que el acto que dio origen a la demanda fue un acto en el cual participaron los fondos privados y el demandante.

Así mismo, indica que Colpensiones no participó en el acto de traslado incluso que nunca tuvo ningún tipo de vínculo con el demandante, toda vez que si se revisa la historia laboral de su defendida no figura ni una semana de afiliación o cotización realizada por el demandante. Por lo que, solicita que se estudie la posibilidad de que sea la administradora de pensiones receptora, en este caso Porvenir o Colfondos, sean los que solventen los emolumentos, derechos, beneficios y demás circunstancias a las que tendría lugar el afiliado de haber permanecido en el régimen de prima media, toda vez que Colpensiones no fue más que un tercero en el acto jurídico de traslado que dio origen al proceso.

Aunado a ello, solicita a los honorables magistrados que se encuentran frente a una vulneración de la sostenibilidad financiera y del sistema general de pensiones. De conformidad con lo anterior, solicita que se revoque la sentencia en su totalidad, en consecuencia, se absuelva a Colpensiones de cada una de las condenas impuestas.

III.II PORVENIR S.A.

El vocero judicial de Porvenir S.A, indica que interpone recurso de apelación en contra la decisión adoptada, en el sentido que el a quo hecho de menos el formulario de afiliación, toda vez que teniendo en cuenta la jurisprudencia no se puede obviar el consentimiento informado y el consentimiento informado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, lo anterior según lo expuesto en el artículo 114 de la ley 100 de 1993, es decir, no se trata de un formato preimpreso sino en un requerimiento legal señalado por el legislador.

De igual manera, manifiesta que se duele del numeral quinto de la sentencia, en el cual se ordena trasladar los aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales si hubiere lugar a ellos y gastos de administración, sobre el particular indica que esto no procede como quiera que las administradoras de pensiones y cesantías pertenecientes al RAIS son entidades especializadas para realizar la función de administrar los ahorros para las pensiones de los trabajadores y gestionar el pago de las prestaciones y beneficios, lo que se debe a la buena ejecución en cabeza de una AFP, por lo que no es dable el traslado de los gastos de administración al momento que se produzca el traslado de régimen pensional.

De igual forma, refuerza lo anterior lo señalado por la Superintendencia financiera de Colombia en el concepto con radicado 2019152169003000 calendado con fecha 15 de enero de 2020, en el que se plantea en igual

sentido por tal corporación que en atención a que el porcentaje de la prima provisional ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, no se considera viable el traslado de dichos recursos. En ese sentido, deja sustentado el recurso de apelación.

III.III COLFONDOS S.A.

Indica el apoderado judicial de Colfondos S.A, que presenta recurso de apelación de manera parcial solo con lo que tiene que ver en la condena en costas a su defendida, con el objeto de que la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Montería, la revoque en ese sentido, teniendo en cuenta que el Juez de primera instancia no obro correctamente de acuerdo al artículo 365 del CGP, el cual regula la imposición de condena en costas, considera que su defendida no debe ser condenada pues no le es aplicable ninguna de las nuevas reglas que trae el artículo, teniendo en cuenta que para la aplicación de esas reglas es necesario que se presente controversia y en este proceso Colfondos S.A, no presentó ningún tipo de controversia respecto de las pretensiones de la demanda, es más dio por cierto los hechos susceptible de confesión, y para existir controversia debe existir posiciones contrapuestas y en el presente asunto no lo hubo. En ese sentido, deja sustentado su recurso de apelación y se revoque por el superior.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los voceros judiciales de las demandadas PORVENIR S.A, COLPENSIONES, hicieron uso de esta etapa procesal solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se absuelvan de las condenas impuestas.

De otro lado, el apoderado judicial de la demandada UGPP solicita que en caso de revocar o modificar la sentencia, debe confirmarse lo referente a la UGPP en primera instancia, es decir, mantenerla excluida de la decisión.

V. CONSIDERACIONES:

V.I. Presupuestos procesales.

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

V.II Problema jurídico.

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

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

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

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

Conforme a lo expuesto, por el tipo de responsabilidad que se les endilga a las AFP, éstas tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional al punto de que el fallador pueda inferir que el traslado de fondo obedeció a una manifestación inequívoca de la voluntad del primero, quien aceptó las condiciones que le fueron expuestas y asumió voluntariamente las implicaciones del mismo. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 9 de septiembre del año 2008, expediente N° 31989, sobre el tema en cuestión dijo lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las

sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)”

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

Acorde a ello, claro es que, la Administradora de Pensiones estaba en el deber procesal de acreditar que efectivamente le brindó una información completa al potencial afiliado, es decir, como ya se anotó, aquella en donde se le indicó no solo los aspectos positivos, sino también los negativos de la vinculación a ese nuevo régimen y la incidencia en el derecho pensional, empero, se tiene que en la presente litis no fueron acreditadas por Colfondos S.A y Porvenir S.A, circunstancias que permitan inferir razonadamente que cumplieron con su deber de información en los términos antes planteados.

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

Así mismo, ha de anotarse que la prohibición del artículo 13, literal d) de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no aplica para la nulidad o ineficacia del traslado por vicio en el consentimiento, sino para cuando se pretenda devolver o cambiar de régimen por acto voluntario, sin que haya existido engaño y/o nulidad.

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

De otro lado, alega el apoderado judicial de Colpensiones que se estudie la posibilidad de que Porvenir S.A o Colfondos S.A, sean las que otorguen los derechos y beneficios al afiliado en la forma como le correspondería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y el vocero judicial de Porvenir S.A, arguye que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración, frente a ello, es preciso indicar que la jurisprudencia ha decantado que las consecuencias de la ineficacia del

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

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

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

En efecto, en la última providencia se señaló:

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

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

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

De conformidad con lo anterior, una de las consecuencias de la nulidad y/o ineficacia del acto de traslado es la declaración de que 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, devolución de rendimientos financieros y gastos de

administración, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad lo alegado por los apoderados judiciales de las demandadas.

Aunado a lo anterior, alega el vocero judicial de la demandada Porvenir S.A, que la Superintendencia financiera de Colombia en el concepto con radicado 2019152169003000 calendado con fecha 15 de enero de 2020, indicó que en atención a que el porcentaje de la prima provisional ya fue sufragado y la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, por lo que no considera viable el traslado de dichos recursos. Ahora, si bien el recurrente trae a colación el concepto emitido por la Superintendencia Financiera, no es menos cierto que se trata de un concepto que no obliga al Juez a aplicarlo máxime cuando el mismo desconoce el criterio reiterado de la honorable Corte Suprema de Justicia, el cual establece los efectos que conlleva la declaratoria de la nulidad del acto de traslado, tal como se indicó en las sentencias antes referenciadas. Razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia en este punto.

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

En ese orden, a la entrada en vigencia de la ley 100/93, en su artículo 4º y 6º, estableció que estaría conformado por “el ISS y las demás cajas o entidades del sector público o privado que administran sistemas de pensiones, legalmente autorizadas, y mientras no se ordene su liquidación”. Sin embargo, el artículo 34 ibidem, fijó una limitante para la afiliación de trabajadores, precisando, en relación con los servidores de niveles territoriales del sector público, que no podían exceder al 30 de junio de 1995. **(sentencia CSJ SL 2817-2019).**

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

En ese orden de ideas, es pertinente indicar que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral en sentencia SL3587 de 2021, establece que son casos de afiliación inicial aquellos en los que los afiliados se encontraban en las Cajas de Previsión Social y posteriormente se trasladaban al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Sin embargo, el criterio acogido por esta Corporación ha sido el de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencias **SL 2817-2019, SL 1305 de 2021, SL 2177 de 2021**, en las cuales se tiene que

los servidores públicos afiliados inicialmente a las Cajas de Previsión Social, al momento de ser derogadas, dicho régimen quedo incorporado al régimen de prima media, por tanto, es dable concluir que los afiliados pertenecieron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

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

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

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

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, frente a lo alegado por la apoderada judicial de Colfondos S.A, Observa la Sala que COLFONDOS no se opuso a las pretensiones a la demanda, e incluso, en cuanto a los hechos de ese libelo que se referían a ella, manifestó ser cierto los mismos. Ahora, ante la oposición y renuencia de COLPENSIONES a aceptar la ineficacia del traslado de la parte actora, no podía hacer aquél fondo privado para evitar el litigio. En consecuencia, el juzgado estima que el curso del presente proceso, y, por ende, las costas a favor de la parte actora, no es achacable a COLFONDOS, porque, a pesar que fue el ente que desconoció la libertad informada de la parte demandante, como se dijo, asumió una actitud procesal coadyuvadora de la demanda que, si no fuera por la renuencia de COLPENSIONES, este proceso ni hubiese tenido lugar.

Bajo las anteriores circunstancias, la Sala encuentra que, por razones de equidad, la cual en materia de costas aparece implícita en los numerales 5° y 8° del artículo 365 del CGP, es dable liberar a COLFONDOS de la condena en costas.

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

VI. DECISIÓN

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

VII. RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: RECONOCER personería jurídica para actuar al doctor CAMILO ALFONSO PÉREZ NIETO, identificado con cedula de ciudadanía número 73.154.240 y tarjeta profesional n° 89.918 expedida por el C.S de la J. como apoderado judicial sustituto de la demandada COLPENSIONES, de conformidad con el poder otorgado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMelo DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente 23-466-31-89-001-2020-00011-01 Folio 446-21

DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintisiete (27) de octubre del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **JIMIS ANTONIO OCHOA CASTILLO** contra **CERRO MATOSO S.A.**

I. ANTECEDENTES

I.I Pretensiones.

El actor presentó demanda ordinaria laboral contra CERRO MATOSO S.A, a fin de que se declare que el despido efectuado por la demandada es ineficaz, en consecuencia, ordenar el reintegro de manera definitiva, pago de salarios incrementados convencionalmente, prestaciones legales y extralegales, declarar que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo con vigencia 2016-2018, suscrita entre CERROMATOSO S.A., y SINTRACERROMATOSO, que tiene derecho al beneficio contemplado en el artículo 42 de la convención colectiva de trabajo 2016-2018, en consecuencia de lo anterior, condenar a la demandada al pago de la suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS \$46.000.000 por concepto de seguro de vida establecido en el artículo 42 de la CCT 2016-2018, y la indexación del derecho convencional referido, desde el momento de su causación 08 de octubre de 2017 hasta que se produzca el pago efectivo. Finalmente, condenar en costas y agencias en derecho a la demandada.

I.II Hechos.

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

1. Indica el demandante que existió un contrato a término indefinido con la demandada, desde el 05 de agosto de 2002 y finalizó el día 21 de mayo de 2018, sin justa causa.
2. Arguye la parte demandante que CERRO MATOSO S.A., presentó demanda especial contra la organización sindical "SINTRACERROMATOSO" a fin de obtener la declaratoria del cese de actividades realizado por el sindicato, entre los días 14 de abril al 1º de mayo de 2015.
3. Afirma la parte demandante que en sentencia proferida por el Tribunal Superior de Montería, declaró ilegal el cese de actividades, decisión que fue objeto de recurso de apelación.
4. Indica que la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 08 de marzo de 2017, confirma la decisión de primera instancia, por lo que, el sindicato presentó solicitud de complementación y adición de la sentencia.
5. Manifiesta que la sentencia que declaró la ilegalidad del cese de actividades quedó ejecutoriada y en firme, el día 14 de agosto de 2017, tal como lo establece la ley.
6. Expresa el demandante que la demandada, sin que la sentencia estuviera en firme, mediante comunicación de fecha 03 de mayo de 2017, inició proceso disciplinario citándolo a descargos para el día 09 de mayo de 2017.
7. Alega que entre la empresa CERRO MATOSO S.A, y el sindicato SINTRACERROMATOSO se suscribió convención colectiva de trabajo con vigencia desde el 1º de enero de 2016 hasta el día 31 de diciembre de 2018.
8. Manifiesta el demandante que la convención colectiva de trabajo con vigencia desde el 1º de enero de 2016 hasta el día 31 de diciembre de 2018, fue oportunamente depositada ante el Ministerio de Trabajo y seguridad social.
9. Arguye el actor que desde el 10 de marzo de 2004 y hasta el 21 de mayo de 2018, estuvo afiliado al sindicato SINTRACERROMATOSO.
10. Indica el demandante que la demandada ha descontado mensualmente durante el tiempo de su afiliación a SINTRACERROMATOSO, las cuotas sindicales con destino a dicha organización sindical.
11. Manifiesta que es beneficiario de la convención colectiva 2016-2018 suscrita entre la empresa CERRO MATOSO S.A, y el sindicato SINTRACERROMATOSO.

12. Afirma el actor que a fin de obtener el reconocimiento del beneficio convencional, solicitó a la junta regional de calificación de invalidez de Bolívar, se determinará el origen, grado de pérdida de su capacidad laboral y fecha de estructuración de su enfermedad.

13. Seguidamente, manifiesta que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, mediante dictamen No 12460 de 15 de agosto de 2017, determinó que tenía una pérdida de capacidad laboral del 30.14% de origen común, y con fecha de estructuración 08 de octubre de 2017.

14. Manifiesta que como consta en la ponencia de la calificación para la determinación de la pérdida de capacidad laboral, se tuvo en cuenta los antecedentes e historia clínica derivados de hechos acontecidos en vigencia del vínculo laboral con la demandada.

15. Alega que el derecho convencional solicitado, se causa el 08 de octubre de 2017 fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral.

16. Indica que la empresa tenía conocimiento del dictamen No 12460 del 15 de agosto de 2017, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar.

I.III Contestación de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA CERROMATOSO S.A:

Admitida la demanda y notificada en legal forma, se tuvo por contestada por parte del demandado, el cual se pronunció anunciando que los hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 10º, 11 son ciertos, los hechos 14 y 15 parcialmente ciertos, los hechos 6º, 8º, 9º, 12, 13 no son ciertos y los hechos 7º y 16 no son hechos. De otro lado, respecto a las pretensiones se opuso teniendo en cuenta que el contrato feneció el 21 de mayo de 2018, luego entonces, no es posible que se declare que es beneficiario de la convención colectiva, toda vez que rige para contratos vigentes.

Propuso como excepciones *"Inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción"*.

II. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Montelíbano, mediante sentencia de fecha 25 de noviembre de 2021, resolvió declarar ineficaz el despido efectuado por Cerro Matoso S.A, en consecuencia, condenó a la demandada a reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando al momento de su despido o a otro de igual o mejor categoría, al pago de salarios incrementados convencionalmente, prestaciones sociales legales y extra convencionales, aportes a seguridad social, beneficios contemplados en la convención colectiva de trabajo 2016-2018 y las que puedan establecerse en convenciones futuras, desde la fecha en que se produjo el despido hasta que efectivamente sea reintegrado, cancelar el

beneficio contemplado en el artículo 42 de la CCT, desde la fecha de estructuración de la PCL, tal como lo estableció la Junta de Bolívar, esto es el 10 de agosto de 2017, debidamente indexado al momento de su pago. De la misma manera serán indexadas las demás sumas de salarios, prestaciones sociales legales y extra convencionales y demás beneficios, finalmente, condenó en costas a la parte demandada.

En síntesis, el Juez de Primera Instancia indicó frente a la ineficacia del despido del actor por estabilidad laboral reforzada, este no demostró que dicho despido fue como consecuencia de una situación de discapacidad o debilidad manifiesta, por lo que, concluye que el despido se produjo por otra razón tal como la intervención del actor en un cese de actividades o huelga que se llevó a cabo por parte del sindicato de CERRO MATOSO S.A, de tal manera que el despido no puede analizarse bajo una debilidad manifiesta.

Manifestó que respecto a la violación del debido proceso derivado de la convención colectiva de trabajo antes de la ejecución de la sentencia que declaró ilegal el cese de actividades, que se hace necesario verificar cuando quedó debidamente ejecutoriada la sentencia que declaró la ilegalidad de la huelga, llevada a cabo los días 14 de abril a 01 de mayo de 2015 por parte de SINTRACERROMATOSO, proferida por el Tribunal Superior de Montería. En consecuencia, indicó que la empresa CERRO MATOSO promovió demanda ante el Tribunal a fin de que se declarará ilegal la huelga y que la misma fue materia de decisión mediante providencia de primera instancia de fecha 02 de julio de 2015, la cual fue objeto de impugnación por parte de SINTRACERROMATOSO, posteriormente, la Honorable Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL 3195 de 2017, confirmó la decisión de primera instancia.

Seguidamente, la parte demandada presentó solicitud de aclaración ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo resuelta en fecha 02 de agosto de 2017, notificada por estado el 09 de agosto de 2017 y con constancia de ejecutoria el día 14 de agosto de la misma anualidad. Por tanto, la firmeza de la providencia surge como lo indica el artículo 302 del CGP.

Ahora bien, indica el a quo que se debe tener en cuenta que la sentencia quedó ejecutoriada el 14 de agosto de 2017, por lo que, los efectos de la ilegalidad del cese de actividades debían ser a partir de la ejecutoria, tal como lo prevé el numeral 1 del artículo 451 del CST. Aunado a ello, manifiesta que la fecha de la ilegalidad de la huelga no existía en el ámbito jurídico, pues la sola providencia que resolvió la aclaración no era suficiente para resolver las consecuencias de ese cese ilegal de actividades.

Señala el Juez de instancia que la empresa CERRO MATOSO S.A., inició proceso disciplinario para despedir al actor, conforme con la CCT 2016-2018, por ser este afiliado al sindicato y con posterioridad le comunican la terminación del contrato de trabajo.

En ese orden, indica el Juez de Primera Instancia que el inicio del proceso disciplinario por parte de la empresa se hizo de manera anticipada o prematura, esto es mucho antes de la ejecutoria de la sentencia que declaró ilegal la huelga conocida. Así las cosas, al concluir que el despido fue ineficaz, corresponde ordenar el reintegro del actor en el cargo que venía desempeñando u otro de igual categoría.

III. RECURSO DE APELACIÓN

III.I. Recurso de apelación parte demandada CERROMATOSO S.A:

El vocero judicial de la parte demandada presenta recurso de apelación contra la sentencia, indica que el alcance del recurso de apelación se contrae a todo lo que fue desfavorable a los intereses de su representada, es decir, a la ineficacia del despido, a la orden de reintegro, al pago de salarios, prestaciones y beneficios extralegales, pago de bonificación o auxilio previsto en el artículo 42 de la convención colectiva de trabajo indexado y condena en costas de la que fue objeto su representada quedando a salvo de la alzada los diferentes aspectos de la demanda respecto de los cuales se absolvió a CERRO MATOSO S.A, motivos de inconformidad con la decisión:

Indica que son varios los errores en los que incurre el fallador al momento de analizar y resolver los problemas jurídicos que concitan en este proceso, el primero de ellos es lo relativo a la ejecutoria de la sentencia que confirma la ilegalidad del cese de actividades, teniendo en cuenta que el momento en que se profiere la decisión de la Corte Suprema de Justicia y en el que se interpone la solicitud de aclaración por parte de la organización sindical demandada en ese proceso de ilegalidad de actividades, estaba vigente el CGP de allí que es esa norma la llamada a establecer cuando se produce la ejecutoria de la sentencia, en ese sentido, el artículo 302 del CGP es claro en señalar que cuando una providencia es objeto de una solicitud de adición o aclaración la ejecutoria se alcanza cuando dicha solicitud se resuelve y ello insta de la anterior expresión que existía en el artículo 310 y 311 del CPC donde se establecía que la ejecutoria se alcanzaba ejecutoriada la providencia que resuelve la solicitud de adición o aclaración.

Arguye el apoderado judicial de la parte demandada que, se encuentra probado que la solicitud de adición y de aclaración fue resuelta mediante providencia del 02 de agosto de 2017, con lo cual adquiere firmeza la sentencia de primera instancia bajo el CGP, pues no se confunde ni se entremezcla la providencia que es objeto de aclaración con la ejecutoria de aquella que la resuelve como si lo hacia el Código Procesal Civil, es decir, que la ejecutoria se alcanzó el 02 de agosto de 2017.

De otro lado, indica que se equivoca el Juzgador al señalar que el despido del que fue objeto el demandante tiene una suerte de anticipación, para lo cual aduce que en los términos del acta de levantamiento del cese del artículo 450 del CST y la sentencia SU 036 de 1999, pues el proceso disciplinario solamente se podía adelantar una vez quedara en firme la

sentencia, al respecto ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia SCL en advertir que el artículo 450 no exige la aplicación de un proceso disciplinario previo a la terminación del contrato de trabajo por la participación activa en el cese de actividades de un trabajador.

Seguidamente, manifiesta que si bien en sentencia SU036 del 99, la Corte Constitucional exige un procedimiento disciplinario previo, no se establece el parámetro temporal inicial para dar inicio a esa actuación disciplinaria, luego entonces tampoco puede ser esa la fuente de la ineficacia como lo señaló el Juzgado. De otro lado, indica el apoderado judicial respecto al acta del levantamiento del cese, que existe cierta contradicción en el juzgado al señalar que dicha acta no tenía la finalidad, virtualidad o el alcance de modificar los términos de la convención colectiva pero al paso dice que se trata de un acta extra convencional que era obligatoria para las partes.

Continúa indicando el vocero judicial que, si bien se pactaron unas condiciones, el proceso de ilegalidad del cese se caracterizó por ser demorado en el tiempo y en ese interregno es claro que las partes SINTRACERROMATOSO y CERROMATOSO, suscribieron una convención colectiva de trabajo para la vigencia 2016-2018, y era esa convención la llamada a regular el proceso disciplinario que debía seguirse al demandante.

Alega que, frente al beneficio contemplado en el artículo 42, el cual es el otro punto del cual se irroga condena a su representada, es menester señalar que, como lo mencionó el juzgado existieron o han existido posiciones interpretativas diversas por parte de los protagonistas de ese acuerdo y eso es lo que de acuerdo con lo que reposa en el expediente, se precisó que la interpretación correcta es aquella según la cual el artículo 42 debe examinarse en armonía con el artículo 24 de la convención colectiva de trabajo.

Finalmente, manifiesta que en cuanto a la facultad del comité de relaciones laborales el artículo 65 de la convención colectiva 2016-2018, le otorga facultad para revisar el alcance y aplicación de las normas convencionales, luego entonces, al ser un organismo bipartito facultado por la convención colectiva en el cual están representados los intereses de la organización sindical y los intereses de la empresa pues era el recinto adecuado e idóneo para efectuar esa discusión de tal manera que, no es cierto que exista duda al respecto, siendo así el artículo 24 de la CCT es clara en señalar que al momento del retiro del trabajador o bien sea por que este se pensione o se retire deberá solicitar la historia clínica ocupacional con base en la cual solicitará la calificación ante la junta regional a efectos de acreditar los requisitos de los diferentes beneficios de la convención entre ellos el artículo 42 y también el juzgado paso por alto el acta del comité de relaciones laborales en el que las partes definen la forma en que se debe aplicar dicho beneficio. En esos términos solicita que se revoque la sentencia en todo lo que fue adverso a los intereses de su representada.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El vocero judicial de la parte demandada, hizo uso de esta etapa procesal solicitando que se absuelva a su defendida de las pretensiones de la demandada. De otro lado, el apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la sentencia de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES:

V.I PRESUPUESTOS PROCESALES.

Los presupuestos de eficacia y validez del proceso están presentes, y además, no han sido discutidos por las partes en esta instancia, razón por la cual se procede a desatar de fondo el recurso de apelación.

V.II PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta las inconformidades planteadas en el recurso de apelación impetrado, esta Sala debe determinar: **i)** *si la decisión del juez de primera instancia fue acertada al declarar la ineficacia en el despido del demandante, y, para tal efecto, se deberá establecer* **(ii)** *si el procedimiento previo o disciplinario, decisión de despido y notificación de la misma, debió surtirse antes de la firmeza de la sentencia que declaró la ilegalidad de la huelga en la que participó el demandante y que fue motivo de su despido* **(iii)** *y en caso afirmativo, corresponde evaluar si hay lugar al reintegro del demandante.* **(iv)** *Finalmente, establecer si tiene derecho a los beneficios convencionales solicitados en la demanda.*

Previo a resolver el problema jurídico, se debe dejar sentado que no existe discusión en que entre las partes existió una relación laboral, y que el mismo se encontraba afiliado al sindicato.

Del mismo modo, mediante sentencia proferida por esta Corporación fue declarado ilegal el cese de actividades realizado, decisión que fue apelada y confirmada por la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 08 de marzo de 2017, solicitándose así por parte de la organización sindical SINTRACERROMATOSO, solicitud de aclaración y adición de la sentencia proferida.

En efecto, la declaratoria de ilegalidad de un cese colectivo de actividades, genera, entre otras, a criterio de la Sentencia SU-036 de 1999 la reanudación inmediata de las actividades laborales, la posibilidad del empleador, del Ministerio de Trabajo y del Ministerio Público de solicitar la suspensión o cancelación de personería jurídica del sindicato, la facultad del empleador de demandar a los responsables del cese, para que indemnicen los perjuicios causados, la facultad del empleador de despedir a los trabajadores que intervinieron o participaron en el cese (artículo 450, numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo) y la pérdida por parte de los trabajadores sindicalizados amparados por fuero sindical de esta garantía, por cuanto pueden ser despedidos sin calificación judicial previa (artículo 450, numeral 2 del Código Sustantivo del Trabajo).

Es dable aclarar que la Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación (SU-036-99) consideró que cuando el empleador opta por hacer uso de esta facultad, no basta con la simple declaración de ilegalidad del cese de actividades para dar por terminado el contrato o la relación laboral, pues debe, previa a la aplicación de esta causal, agotar un procedimiento que permita individualizar y determinar qué trabajadores intervinieron en la suspensión colectiva de las actividades laborales declaradas ilegales, así como el grado de participación en la misma.

Teniendo en cuenta que uno de los argumentos del recurrente consiste en afirmar que el presupuesto de la participación activa el trabajador si se demostró, aduciendo además, que en razón de la declaratoria de ilegalidad Cerro Matoso S.A., estaba facultada para despedir al demandante, se advierte, ello implicaba valorar si se requería la firmeza de la sentencia que declaró la ilegalidad, y si la misma estaba en firme al momento del despido.

Así entonces, en el presente asunto se advierte que el juez de primera instancia determinó la existencia de un despido sin justa causa por cuanto se pasó por alto la ejecutoria de la sentencia que declaró la ilegalidad del cese de actividades, por lo que, corresponde evaluar si era dable por parte de la empresa Cerro Matoso S.A., iniciar un proceso disciplinario y despedir al demandante, sin antes determinar si estaba ejecutoriada o no la sentencia que declaró ilegal la huelga.

Pues bien, la Corte Constitucional ha señalado que en relación con el derecho de acceso a la administración de justicia existe un derecho constitucional fundamental a la sentencia en firme (o decisión ejecutoriada).

Conforme a este derecho, la tutela judicial efectiva involucra no sólo la posibilidad de acceder a un proceso mediante el ejercicio del poder de acción, sino también el derecho a obtener una decisión judicial en firme. Ello, porque para otorgar una verdadera, efectiva y real protección judicial no es suficiente con la adopción de mecanismos que permitan a las personas plantear sus pretensiones a la administración de justicia, sino que también es indispensable contar con actuaciones judiciales concretas y específicas que restablezcan el orden jurídico y velen por el efectivo amparo de los derechos de las personas.

En ese orden, se debe precisar que la ejecutoria consiste en una característica de los efectos jurídicos de las providencias judiciales que se reconocen por la imperatividad y obligatoriedad, cuando frente a dichas determinaciones: (i) No procede recurso alguno, o (ii) se omite su interposición dentro del término legal previsto, o (iii) una vez interpuestos se hayan decidido; o (iv) cuando su titular renuncia expresamente a ellos.

Ahora, los efectos jurídicos que se producen a partir de la ejecutoria de la decisión judicial según lo dispuesto por la sentencia C-641 de 2002, proferida por la H. Corte Constitucional, son su obligatoriedad, alcance, y

garantía en la vigencia de un orden jurídico, estableciéndose una obligación e conducta.

Y concluye la Corte:

"35. En virtud de tales consideraciones, podemos concluir que en materia de ejecutoriedad de decisiones judiciales, existen las siguientes reglas: (i) Ninguna providencia judicial queda en firme sino una vez ejecutoriada, aun cuando eventualmente puede llegar a ser obligatoria si se conceden los recursos en el efecto devolutivo; y por otra parte, (ii) Solamente cuando las decisiones judiciales quedan ejecutoriadas son de estricto cumplimiento, sin embargo, la producción de sus efectos jurídicos supone el conocimiento previo de los sujetos procesales."

Partiendo de estas premisas, para la Sala es evidente que para que la declaratoria de la ilegalidad del cese de actividades tuviere efectos jurídicos, había necesidad que estuviera ejecutoriada tal decisión.

Aunado a ello, la ley laboral exige que la sentencia que declare la ilegalidad deberá cumplirse una vez quede ejecutoriada. De ese modo lo expresa el numeral 1º del artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo al decir: *"legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo será declarada judicialmente mediante trámite preferente. En primera instancia, conocerá la Sala Laboral del Tribunal Superior competente. Contra la decisión procederá el recurso de apelación que se concederá en el efecto suspensivo y se tramitará ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. **La providencia respectiva deberá cumplirse una vez quede ejecutoriada.**"*

En efecto, la sentencia del 8 de marzo de 2017, sin duda hoy ejecutoriada, fue imperativa y obligatoria a partir de la firmeza del proveído que resuelve la solicitud de aclaración y adición solicitada; antes de ello, la ilegalidad de la huelga era un hecho incierto sin ningún tipo de efecto jurídico, de modo que, las consecuencias de la declaratoria de la ilegalidad, no podían surgir hasta la firmeza de la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, en este asunto se debe establecer si para el despido de la parte demandante, a CERROMATOSO S.A. le incumbía agotar un trámite previo para efectuar el mismo, y si dicho procedimiento debió o no surtirse antes de la firmeza de la sentencia de la Honorable Sala de Casación Laboral que confirmó la ilegalidad de la huelga.

Entrando en materia, es del caso señalar que el artículo 302 del Código General del Proceso señala la forma y en qué momento quedan ejecutoriadas las providencias. Indica la norma que las *"providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos."*

Reseña además respecto a la aclaración de las sentencias que; *"cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, sólo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud."*

Y señala en su último inciso que las providencias *"que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos."*

La norma se refiere a dos clases de providencias (i) las proferidas en audiencia y (ii) las que se dictan por escrito. Las primeras son reguladas en sus dos primeros incisos, estableciendo sobre la firmeza, las siguientes reglas:

- 1) Una vez notificadas, cuando:
 - a) Cuando no sean impugnadas
 - b) Cuando no admitan recursos
 - c) Cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los recursos interpuestos.
2. Siendo objeto de una solicitud de aclaración o complementación:
 - a) Cuando se resuelva la solicitud de aclaración o complementación.

Los autos o sentencias proferidos por escrito quedan ejecutoriadas:

- 1) Tres (3) días después de notificadas cuando:
 - a) cuando carecen de recursos
 - b) Cuando han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes
 - c) Cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.
- 2) Siendo objeto de una solicitud de aclaración o complementación:
 - a) Tres (3) días después de notificadas.

Esta última regla, que se encuentra consagrada de manera general dentro del cuerpo normativo del artículo 302 del Código General del Proceso, se armoniza con el inciso tercero del artículo 285 ídem, cuando señala que la providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración, es decir, que una decisión escrita sobre la cual pesa una solicitud de aclaración no queda ejecutoriada con la mera resolución de la misma, sino que debe esperar que transcurran tres días para que, conjuntamente con el proveído que resolvió la aclaración, quede en firme.

Es evidente que la ejecutoria de una providencia objeto de aclaración o complementación en el Código General del Proceso varía si la misma fue proferida escrita o en oralidad, pues las segundas quedan ejecutoriadas con la mera decisión que se pronuncia sobre la aclaración; y la primera, lo hace con la ejecutoria que resuelve ese tipo de solicitudes. Esa distinción, para Sala, tiene asidero en que las aclaraciones de las sentencias o autos dictados oralmente deben interponerse inmediatamente sea proferida y estas *prima facie* deben ser resueltas bien sea en la misma audiencia o en una posterior en oralidad, y de ese modo no se extienda la firmeza más allá de la audiencia a menos que contra ella se interpongan recursos que sean procedentes.

De otro lado, aceptando que la remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo al “Código Judicial” – hoy Código General del Proceso – cobije el transito normativo del Código de Procedimiento Civil al del Código General, que permita aplicar la regla que los recursos interpuestos seguirán rigiendo por la leyes vigentes al momento de en qué interpusieron, es decir, que se aplique el artículo 331 del CPC, dicha norma también preveía que en caso de aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva. Esto claro está, teniendo en consideración que el recurso presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal, de fecha 22 de julio de 2015, fue interpuesto en vigencia del CPC.

En ese ámbito, en lo que respecta a la forma de tomar firmeza la providencia escrita y las alegaciones del recurrente, tendientes a sugerir que se entremezclan los efectos jurídicos del extinto Código de Procedimiento Civil con el Código General del Proceso, el artículo 302 del CGP, vigente desde el 1º de enero de 2016, es esencialmente igual al precitado artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, pues tanto en la legislación anterior como en la actual, las sentencias o autos escritos pueden ser aclarados, de oficio o a solicitud de parte, cuando es formulada dentro del término de ejecutoria, esto es, durante los tres días posteriores a su notificación, y su ejecutoria se configura pasados tres días a partir de la notificación de la providencia que resuelva la aclaración o complementación.

Descendiendo al caso objeto de estudio, según cuenta la sentencia SL3195-2017, la sentencia del 2 de julio de 2015, mediante la cual se declaró ilegal la huelga, le fue interpuesto recurso de apelación, lo que quiere decir, que cobró firmeza cuando quedó ejecutoriada la providencia que desató el recurso de apelación.

Proferida y notificada la sentencia confirmatoria por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, escrita por demás, se promovió una solicitud de aclaración, que fue resuelta en Auto AL4950-2017 del 02 de agosto de 2017, providencia que fue notificada por estado del 9 de agosto de 2017.

Como la sentencia SL3195-2017 fue proferida por escrito, y de ella se deprecó una aclaración, su ejecutoria se configuró tres días después de

notificado el Auto AL4950-2017, es decir, el 14 de agosto de 2017, día en que no sólo coincidieron las firmezas de estas dos providencias, sino que también lo hizo la sentencia del 2 de julio de 2015.

Siendo así, no es acertado el argumento de la demandada tendiente a hacer ver que la sentencia SL3195-2017 quedó ejecutoriada cuando fue resuelta la aclaración solicitada el 2 de agosto de 2017, y que a su equivoco parecer debió aplicarse el inciso segundo del art. 302 del CGP, cuando salta a la vista que al tratarse de una providencia que fue proferida por escrito y no en oralidad, mal podría interpretarse que la ejecutoria se haya configurado con la sola resolución de la aclaración.

Ahora, pese a que se podría tener un alto grado de certeza de la ilegalidad de la huelga con la expedición de la Sentencia SL3195-2017 y su posterior notificación aun esperando la resolución de la aclaración interpuesta por la organización sindical "SINTRACERROMATOSO", no le resta validez ni mucho menos eficacia, a las reglas que en su libre configuración legislativa el Congreso estableció para que las providencias tomaran firmeza y obligatoriedad.

Por lo que, le correspondía a CERRO MATOSO S.A., adelantar el mentado proceso disciplinario, una vez alcanzada la firmeza de la sentencia **SL3195-2017**, mediante la cual se confirmó la declaratoria de ilegalidad de la huelga motivo del despido, ya que así fue pactado entre la demandada y el sindicato SINTRACERROMATOSO, en el acta de acuerdo de levantamiento de cese de actividades.

Aunado a lo anterior, arguye el apoderado judicial de la demandada que, la referida acta no tiene el carácter de extra convencional, y, por ende, no puede aclarar ni modificar la CCT 2016 – 2018, sin embargo, es dable señalar, esta si tiene efectos vinculantes y así lo ha venido señalando este Tribunal en varias sentencias, siendo la primera de ellas la TSMON-SCFL Sentencia 8 dic. 2020, Rad. 2018.00465, Folio 108-2020, en la que se expresó lo siguiente:

"En efecto, en la referida «Acta de acuerdo de levantamiento de cese de actividades» (fls.68 a 73), consta que CERRO MATOSO S.A., se comprometió:

*No habrá lugar a procesos disciplinarios sobre los hechos relacionados con el caso, **hasta tanto se profiera sentencia de última instancia en firme**.*

(...)

Estos procesos disciplinarios se iniciarán siempre y cuando la Empresa tenga las causales para iniciar un proceso disciplinario, respetándole el debido proceso".

Ahora, el argumento del vocero judicial de CERRO MATOSO S.A., que el acta referenciada no tiene fuerza vinculante para dicha empresa, al haber sido suscrita por directivos de SINTROCERRAMOTOSO, sin aprobación de la Asamblea General de Afiliados, por lo que, no tiene

la fuerza de aclarar ni de modificar la CCT 2016 – 2018, circunstancia que no es de recibo para la Sala.

En efecto, aun aceptándose en gracia de discusión que, dicha acta modifica la aludida CCT, hecho que no es cierto, el compromiso manifestado en la misma por CERRO MATOSO S.A., sí es vinculante para dicha empresa.

Lo anterior, de conformidad con lo sentado por la Honorable Sala de Casación Laboral, en reiterados precedentes, en la cual establece que las condiciones laborales, beneficios o derechos pactados en una convención, efectivamente, no pueden desmejorarse, pero sí mejorarse, con cualquier pacto así no sea éste solemne, e incluso, hasta unilateralmente por el empleador. Por ejemplo, en la sentencia SL2105-2015, invocando la SL, 3 jul. 2008, rad. 32347, expresó ese órgano límite:

"Nada se opone a que en el Derecho del Trabajo los trabajadores, bien sea por sí mismos o representados por la organización sindical a la cual pertenecen, celebren acuerdos con los empleadores tendientes a regular diversas situaciones laborales y menos aún, tampoco puede haber oposición o ilicitud en cuanto con ellos se superen los mínimos derechos legales o inclusive convencionales. Si el simple acto unilateral de un empleador puede crear derechos para los trabajadores en tanto superen los mínimos legalmente establecidos, con mucha mayor razón ello puede aplicarse a los convenios directos que celebren con sus servidores. (...).

Se tiene entonces que tales arreglos producen efectos para las partes, siempre que sean para aclarar y/o mejorar las condiciones que ya han sido pactadas, e incluso, no necesitan ninguna solemnidad'. Se destaca y se subraya"

Además, respecto a la validez del acta de levantamiento del cese de actividades, y sus efectos de acta extra convencional, contrariando lo dicho por el recurrente, se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia, frente al tema de la validez de los acuerdos Extra convencionales celebrados entre las partes, a través de sentencia SL8155-2016, magistrada ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, así:

*"En este orden de ideas, el Tribunal apreció con error los anteriores medios de convicción, y se equivocó al restarle fuerza al "acuerdo" que sobre estabilidad, habían concertado los trabajadores a través de la organización sindical con la empresa convocada al proceso, que como se explicó en el antecedente jurisprudencial que atrás se transcribió del 3 de julio de 2008 radicado 32347, dicho preacuerdo extra convencional es lícito o legal, tiene plena validez y resulta de obligatorio cumplimiento para los pactantes, **así éstos no le hubieran dado el carácter de convención colectiva de trabajo**, el cual para el momento de la terminación del contrato de trabajo del demandante estaba en pleno vigor, aun cuando para esa época ya estuviera firmada la convención con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2007, que se Radicación n.º 46636 18 insiste no modificó lo concerniente a la consecuencia del reintegro".*

Ahora, se dirá que la iniciación de procedimiento previo cuando ya estaba notificada pero no ejecutoriada la sentencia SL3195-2017, nada incide en el derecho de defensa del demandante. No obstante, si bien en el presente proceso versa directamente sobre un conflicto individual, este tampoco está al margen del derecho laboral colectivo, porque en últimas el despido bajo examen no es más que una sanción al demandante por haber participado en una huelga, por ende, no resulta irrelevante el asunto de cara a los derechos fundamentales de asociación y libertad sindical, y, bajo tales circunstancias, **debe férreamente aquí imponerse el total respeto al Acuerdo que llegó CERRO MATOSO S.A. con miembros de la agremiación sindical SINTRACERROMATOSO, de iniciar procedimientos disciplinarios luego de la firmeza de la sentencia que declaró la ilegalidad de la huelga,** porque resulta absolutamente reprochable para las relaciones laborales colectivas, un precedente que acolite la conducta del empleador de hacerse compromisos con el sólo propósito de obtener de los trabajadores el levantamiento de la huelga, pero después no cumplir los mismos a pesar de lo fácil que le resultaría observarlos.

Acorde con lo anotado, la empresa demandada, para despedir al actor por participación activa en la huelga ilegal, debió iniciar el procedimiento previo o disciplinario, después de la firmeza sentencia que declaró la ilegalidad de la huelga motivo del despido, por lo que para el caso se confirmará la ineficacia del mismo.

En consecuencia, corresponde a la Sala dilucidar sobre la procedencia del reintegro pretendido por la parte demandante. Así las cosas, se hace necesario rememorar lo dispuesto en el artículo 16, numeral 7 de la convención colectiva, indica:

"no producirá efecto legal alguno la sanción disciplinaria o el despido impuesto con la violación del procedimiento señalado en el presente artículo. La empresa acatará la determinación de la justicia ordinaria laboral".

Ahora bien, de la documental adosada al expediente, se observa a folio 104 del expediente digital, citación a descargos de fecha 03 de mayo de 2017, en la cual le informan al demandante que se llevará a cabo la diligencia de descargos el día 09 de mayo de la misma anualidad.

Posteriormente, se observa que efectivamente en la fecha y hora indicada se llevó a cabo dicha diligencia, tal como consta en "ACTA DE DESCARGOS PROCESO DISCIPLINARIO DEL TRABAJADOR JIMIS ANTONIO OCHOA CASTILLO" (fls 106-113), procedimiento realizado por la empresa CERRO MATOSO, de manera extemporánea, de acuerdo a lo estipulado en el numeral primero del artículo 16, en el cual se establece el procedimiento para aplicar sanciones disciplinarias así:

"El llamado a descargo de un trabajador lo hará por escrito el jefe inmediato o el Gerente de la unidad de Negocios en horas laborales del trabajador en las instalaciones de trabajo de la Empresa, en los cinco (5) días hábiles siguientes a la comisión de la presunta falta, con copia al sindicato y al comité de Relaciones Laborales."

Ahora bien, teniendo en cuenta que la sentencia que declaró la ilegalidad del cese de actividades promovido por la organización sindical SINTRACERROMATOSO desde el 14 de abril d 2015 hasta el 1 de mayo de 2015, se considera ejecutoriada, tal y como se viene motivando, con fecha **14 de agosto de 2017**, vislumbra para el despacho que se realizó de manera extremadamente prematura a la oportunidad procesal dispuesta en la convención colectiva, tal y como lo dispuso el a-quo, máxime cuando además quedó establecido mediante acta del 1 de mayo de 2015, que los procesos disciplinarios solo se iniciarían una vez se profiriera sentencia de última instancia en firme, esto, a través de su numeral SEXTO donde se establece:

"La Empresa y Sindicato se comprometen a acatar y a cumplir el fallo de última instancia del proceso judicial promovido por la Empresa para que se declare la ilegalidad del cese de actividades realizado por SINTRACERROMATOSO. No habrá lugar a procesos disciplinarios sobre los hechos relacionados con el cese, hasta tanto se profiera sentencia de última instancia en firme, A excepción de los procesos disciplinarios a los trabajadores HENRY LUNA PAYARES y LUIS MONSALVE, las partes acuerdan levantamiento del cese de actividades que por medio del presente documento se pacta. Estos procesos disciplinarios se iniciarán siempre y cuando la empresa tenga las causales para iniciar un proceso disciplinario, respetándoles el debido proceso".

En consecuencia, teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 7 del artículo 16, antes citado, no producirá efecto legal alguno el despido impuesto por la demandada como ya se mencionó, razón por la cual se confirmará la ineficacia del mismo, y en efecto el reintegro del actor.

Aunado a lo anterior, resulta pertinente aclarar que si bien el apoderado judicial de la parte demandada arguye que el despido efectuado se realizó cuando la sentencia que declaró la ilegalidad del cese de actividades ya estaba ejecutoriada, esto es, el 21 de mayo de 2018, en gracia de discusión, si bien esta data fue posterior al 14 de agosto de 2017, lo cierto es que como ya viene expuesto, el proceso disciplinario si se efectuó violentando el procedimiento establecido en la convención colectiva 2016-2018, así como los acuerdos suscritos de manera extra convencional por los trabajadores y CERROMATOSO S.A.

De otro lado, respecto al beneficio convencional establecido el artículo 42 de la CCT, el vocero judicial de la demandada, argumenta que no debió salir avante el beneficio convencional referenciado, toda vez que a su consideración para darle aplicabilidad a este, debía estudiarse acorde con lo establecido en el artículo 24 de la misma, situación que no ocurrió.

En ese orden de ideas, el artículo 42 de la Convención Colectiva de Trabajo prescribe lo siguiente:

"SEGURO DE VIDA E INCAPACIDAD: La empresa contratará con una compañía de Seguros un seguro de vida por veintitrés millones de pesos (\$23.000.000,00 durante la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo y doble indemnización cuando la muerte del trabajador ocurra por accidente. Además tendrá los amparos adicionales como doble indemnización por desmembramiento, incapacidad total y/o parcial por accidente

de trabajo. Así mismo, cuando ocurra una incapacidad total y/o parcial por enfermedad profesional o común. Se entiende que está seguro es independiente del establecido en la norma legal.

Y se cita lo dispuesto en el artículo 24, numeral 6° inciso F, sobre los SERVICIOS MÉDICOS, el cual es del siguiente tenor:

"Cuando un trabajador se pensione o sea retirado y lo solicite, la empresa entregara copia de su historia médica ocupacional y la documentación que hace parte de su carpeta ocupacional individual, que incluya la información del histórico de cargos desempeñado, las mediciones de higiene ocupacional disponibles relacionadas con los agentes de riesgo existentes, de acuerdo a su histórico, esto con el propósito de que el trabajador sea calificado por la Junta de Calificación de Invalidez, de estos resultados la empresa reconocerá lo beneficios convencionales (...)

Pues bien, de los artículos referenciados se logra evidenciar, no le asiste razón a la demandada, puesto que no se observa que el mentado artículo 42 de la CCT remita o estipule que para su aplicación haya que remitirse a lo establecido en el inciso sobre los servicios médicos en el que basa su criterio el recurrente, máxime cuando este habla de trabajadores pensionados o retirados, circunstancia que para el caso del demandante, no acontece.

Ahora, se aprecia que el Dictamen de Pérdida de la Capacidad Laboral y Determinación de Invalidez, emitido por la Junta de Calificación de Invalidez de Bolívar el 15 de agosto de 2017, indicó como fecha de estructuración el **08 de octubre de 2017**, diagnosticando una pérdida de capacidad laboral del 30.14% de origen común, se puede inferir a sabiendas que el despido efectivo del trabajador tal como lo aceptó la demandada fue el 21 de mayo de 2018, se encontraba vigente la relación laboral tal como acertadamente lo determinó el a-quo, siendo que además, este beneficio queda especificado para casos en los que ocurra una incapacidad total y/o parcial por enfermedad profesional o común, siendo procedente su concesión, por lo que se procederá a confirmar dicha condena.

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

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

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

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

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

Finalmente, se procederá a condenar en costas a la parte demandada, puesto que el recurso de apelación fue desfavorable, además de existir réplica al recurso de apelación (art. 365 del C.G.P.)

Como quiera que recientemente la Honorable Sala de Casación Civil (Vid. Sentencia STC1075-2021) ha señalado que las **agencias en derecho** se deben fijar en la providencia que resuelva la actuación que dio lugar a aquéllas, y no en actuación posterior, se fijarán tales agencias en 1 SMMLV que, según artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra dentro del rango establecido; y, se acude a ese extremo mínimo, porque lo discutido tiene precedentes claros establecidos.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia, de conformidad con la parte motiva.

SEGUNDO: Condenar en costas y agencias en derecho a la demandada, de acuerdo con lo previsto en la motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LOPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA



SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

Magistrado Ponente: Dr. CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO

ORDINARIO LABORAL

Expediente N° 23-466-31-89-001-2020-00093-01 FOLIO 452-21
DISCUTIDO Y APROBADO VIRTUALMENTE

Montería, veintisiete (27) de octubre del año dos mil veintidós (2022)

Procede la Sala a resolver por escrito la apelación de la sentencia de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Promiscuo Del Circuito de Montelíbano - Córdoba, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL**, promovido por **MARCO ANTONIO ARRIETA BERTEL** contra **REASER S.A. ESP.**

I. ANTECEDENTES

I.I. Pretensiones

Pretende la parte actora, se declare que entre el señor Marcos Antonio Arrieta Bertel y la empresa REASER S.A. E.S.P. existió un vínculo laboral sustentado bajo la modalidad de un contrato a término fijo desde el día 1 de septiembre de 2014 y se prolongó hasta el 31 de agosto de 2021, siendo despedido sin justa causa, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada al pago de vacaciones, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria establecida en el art. 65 del CST, costas y gastos del proceso.

I.II. Hechos

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

- Afirma el demandante que se vinculó laboralmente a la Empresa de Reciclaje, Aseo y Servicios de Montelíbano S.A. E.S.P., mediante la modalidad de un contrato de trabajo a término indefinido desde el día 7 de mayo de 2001 hasta el 31 de agosto de 2014.
- Dice que, habiéndose liquidado el mencionado contrato, se firmó un contrato a término fijo inferior a un año, por el período de tres meses

comprendidos entre el 1 de septiembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de la misma anualidad, realizándose al interior de estos tres otrosíes.

- Los otrosíes suscritos entre el representante de la Diócesis de Montelibano fungiendo como presidente de la Junta Directiva de la empresa REASER S.A. E.S.P. y el trabajador, se dieron de la siguiente manera: el primero firmado el 29 de noviembre de 2014, que prorrogaba el contrato por el término de siete meses hasta el 1 de diciembre de 2014 y hasta el 31 de junio de 2015. El segundo firmado el 30 de junio de 2015, extendió el contrato mencionado por el término de siete meses más, comprendidos entre el día 1 de julio de 2015 hasta el 31 de enero de 2016 y el último se firmó el 30 de enero de 2016, y postergó el contrato por siete meses más, comprendidos entre el 1 de febrero de 2016 hasta el 31 de agosto del mismo año.

- Aduce, con posterioridad a la prórroga del referido contrato se firmó con la demandada un nuevo contrato a término fijo por periodo de un año, teniendo como fecha de inicio el 1 de septiembre de 2016 hasta el 31 de agosto de 2017.

- Manifiesta que, finiquitado el último contrato mencionado, se firmó un nuevo contrato a término fijo entre las partes por el término de dos años, comprendidos entre el 1 de septiembre de 2017 y el 31 de agosto de 2019.

- Indica, firmó un último contrato con la empresa en la misma modalidad, con duración de dos años comprendidos entre el 1 de septiembre de 2019 y el 31 de agosto de 2021, bajo el cargo de GERENTE DE LA EMPRESA REASER S.A. E.S.P., con un salario de \$4.546.748.

-Adujo que, durante el tiempo que estuvo vinculado a la empresa, se acordó que las vacaciones se liquidarían en tiempo y en dinero, esto es, seis días de disfrute y el resto del tiempo en dinero, situación que se prolongó hasta el 3 de noviembre de 2020, no obstante, el tiempo de disfrute nunca lo tomo debido a compromisos con REASER S.A.

-Comenta, el 3 de noviembre de 2020 previa reunión intempestiva de la junta directiva, sin razón alguna o previo aviso, fue notificado de su despido a partir de dicha data, es decir, diez meses antes del plazo acordado en el contrato suscrito, por lo anterior informa que el día 20 de noviembre de 2020, de manera escrita le solicitó a la empresa el pago de la liquidación de sus prestaciones sociales e indemnización por despido injusto, a lo cual no había recibido respuesta alguna hasta el momento de la presentación de la demanda dentro del presente proceso.

II. CONTESTACIÓN

II.I REASER S.A. E.S.P.

Admitida la demanda y notificada en legal forma, fue contestada a través de apoderado judicial por parte de la demandada, manifestando que el

demandante en su calidad de gerente violó el art. 32 de los estatutos de la empresa, los cuales dicen que el período del gerente es de un año, abusando de la buena fe de la presidente de la Junta Directiva del momento y de los testigos que firmaron el contrato, configurándose una causa legal que los obligó a dar por terminado el contrato de trabajo.

Afirmó, además, el supuesto acuerdo del que habla el demandante para el pago de sus vacaciones, fue una decisión unilateral de su parte, decidiendo dar ese manejo a dicho rubro.

Consideran que, el demandante oculta la verdad y pretende hacer creer que su desvinculación obedeció a decisiones intempestivas y sin razón alguna, ocultando la verdad sin referirse a las reuniones de junta directiva, en las cuales se trató el tema del cambio de gerente y las razones por las cuales se planteaba su desvinculación de la empresa.

Por otra parte, adujo, mediante memorando de noviembre 3 de 2020, suscrito por CARMEN PADILLA SIERRA, presidente de la junta directiva, se le comunicó al demandante la terminación del contrato por justa causa, de conformidad con el artículo 32 de los estatutos de la empresa y por decisión de la junta directiva.

En lo que respecta a las pretensiones de la demanda, se opone a todas y cada una de ellas.

III. SENTENCIA APELADA

La referida audiencia se llevó a cabo el día 30 de noviembre de 2021 y en ella, el juez de la causa, resolvió DECLARAR que entre el demandante señor MARCO ANTONIO ARRIETA BERTEL y la sociedad REASER S.A. E.SP., existieron cuatro contratos de trabajo a término fijo, y que los extremos de la relación laboral van desde: PRIMER CONTRATO desde el 01 de septiembre de 2014 hasta el 30 de noviembre del año 2014. PRIMERA PRORROGA CONCERTADA desde el 01 de diciembre de 2014 hasta el 31 de junio de 2015. SEGUNDA PRORROGA CONCERTADA desde el 01 de julio de 2015 hasta el 31 de junio de 2016. TERCERA PRORROGA CONCERTADA desde el 01 de febrero de 2016 hasta el 31 de agosto de 2016. SEGUNDO CONTRATO desde el 01 de septiembre de 2016 hasta el 31 de agosto de 2017. TERCER CONTRATO desde el 01 de septiembre de 2017 hasta el 31 de agosto de 2019. CUARTO CONTRATO desde el 01 de septiembre de 2019 hasta el 03 de septiembre de 2020, donde el actor se desempeñó en el cargo de Gerente y representante legal de la sociedad REASER S.A. E.S.P., vínculo que terminó de manera unilateral por el empleador de manera injusta, como consecuencia de lo anterior decidió CONDENAR al demandado por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, PAGAR a la parte actora señor MARCO ANTONIO ARRIETA BERTEL por concepto de indemnización por despido injusto, de que trata el artículo 64 del Código General del Proceso por un valor equivalente a la suma de \$54.116.325.

El Juez pudo determinar, no fue demostrado por parte de la empresa demandada, que al momento de la terminación del vínculo laboral con el trabajador, se haya alegado una causal de las establecidas en el art. 62 del CST, configurándose así como un despido injusto.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

IV.I. Parte demandada

La parte demandada presentó recurso de apelación, el cual dejó sustentado de manera taxativa así:

“En el acta de junta directiva, se dijo que había unas obligaciones que no se habían cumplido, posiblemente no se extendió la exposición en el acta, pero a mi modo de ver si hubo una justa causa para dar por terminado el contrato, afirmación del acta me permite decir, que se intuye que no se cumplió con una obligación propia del gerente, reiterando que estamos ante el cargo más importante de la empresa y reiterando lo de la violación a los estatutos, la decisión de desvinculación se dio en la reunión de junta directiva, y ahí la doctora YIRA en su momento, dijo muchas razones para argumentar la decisión del cambio de gerente, pero también hizo una afirmación que a mi modo de ver permiten intuir que si existió una justa causa, como fue la falta de cumplimiento de obligaciones por parte del gerente”.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

V.I. Parte demandante.

El apoderado judicial de la parte demandante allegó escrito con alegatos de conclusión donde argumentó, si bien es cierto los estatutos de la empresa demandada en su artículo 32 estipulan que el termino máximo de duración del contrato de trabajo del gerente debe ser de un (1) año, no es menos cierto que desde el primer contrato que firmó el trabajador, se presentaron irregularidades con respecto a los mismos y no precisamente porque este se haya aprovechado de la buena fe del presidente de turno y los testigos, como lo pretende hacer ver la empresa demandada aduciendo una justa causa de despido; y que de ser así, no es este el momento para alegar dicha situación toda vez que el Código de Comercio, en su artículo 191 dispone que la impugnación de decisiones de la Asamblea o Junta de Socios, será dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses comenzarían a contar, a partir de la fecha de la inscripción, es decir, a su criterio la junta directiva tuvo su momento para impugnar la decisión de haber nombrado al gerente en los términos indicados anteriormente, en este caso el Sr. Marcos Arrieta, por el término de dos años.

Expresó también, las causales de despido con justa causa en la legislación colombiana son taxativas, y están claramente estipuladas y contempladas en el

artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, que por ningún motivo ni los estatutos ni los reglamentos de una empresa, pueden ir en contra de las normas constitucionales y, legales. Además, haciendo un análisis minucioso de la contestación de la demanda se puede inferir que la causa por la cual despidieron al demandante, no encuadran en ninguna de las estipuladas en la norma, contrario a lo que considera la demandada quien aduce engaños por parte de su representado y abuso de la buena fe de la presidente (a) de turno, toda vez que, todos los contratos fueron firmados con la anuencia del presidente de turno de la Junta Directiva.

V.II. Parte demandada

La parte demandada sustenta sus alegatos de conclusión aludiendo, existió una justa causa para dar por terminado el contrato del gerente de Reaser S.A. E.S.P., toda vez que el mismo violó el artículo 32 de los estatutos de la empresa, que dice claramente que el período es de un año, abusando de la buena fe del presidente de la Junta Directiva del momento, la señora Carmen Padilla Sierra, quien fue inducida a un error.

Y reitera lo expresado en su contestación, argumentando que en las reuniones de junta directiva se expusieron claramente las razones por las cuales se debía tomar la decisión de desvincular al gerente de la empresa, lo cual fue comunicado al trabajador el 3 de noviembre de 2020, siendo discutidas todas las circunstancias en dichas reuniones.

VI. CONSIDERACIONES

Iníciase el estudio de la presente Litis, afirmando que los presupuestos procesales (demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, y competencia del juez) se encuentran reunidos, y por ende la Sentencia será de mérito, ya que no se evidencian irregularidades y solo será objeto de estudio lo apelado, pues recuérdese que al juez de apelación, no le asiste facultades para fallar ultra y extra petita (Vid. Art. 50 CPTSS y Sentencias C-662 de 1998 y C-968-2003, Corte Constitucional; y, SL15496-2017, SL4028-2017 y SL, 9 jun. 2009, rad. 34118, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral)

VI.I.- Problema jurídico

En el caso en concreto, el problema jurídico consiste en determinar **(i)** si erró el a-quo al condenar a la demandada REASER S.A. E.S.P. al pago de la indemnización por despido injusto contemplada en el art. 64 del CST.

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

Y lo estipulado acerca de los contratos a término fijo, en el art. 46 de la citada norma, el cual indica:

“El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente. 1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente. 2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente”.

Y en aras de dilucidar el problema jurídico planteado, procederemos a hacer un estudio de la documental aportada y los contratos de trabajo suscritos por las partes, así:

- En las páginas 12 a la 15 del documento “Demanda”, “Contrato de trabajo con trabajadores de dirección, confianza o manejo a término fijo” suscrito entre el señor Luis José Rueda Aparicio obrando en calidad de Presidente de la Junta Directiva de Reaser S.A. E.S.P., el señor Marco Antonio Arrieta Bertel y dos testigos, por el período de tres meses, **desde el 1 de septiembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de la misma anualidad.**
- En la página 16 se observa, “OTROSI N° 01 al contrato individual de trabajo a término fijo de manejo y confianza, celebrado entre la empresa REASER S.A. E.S.P. y Marco Antonio Arrieta Bertel”, pactándose en el mismo una prorrogación desde el **1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de junio de 2015.**
- La segunda prórroga se evidencia en la página 17 y tuvo lugar desde el **1 de julio de 2015 hasta el 31 de enero de 2016.**
- En la página 18 se visualiza, el tercer otrosí pactándose una prorrogación desde **el 1 de febrero de 2016 hasta el 31 de agosto de 2016.**
- Posteriormente en las páginas 19 a la 22 “Contrato de trabajo con trabajadores de dirección, confianza o manejo a término fijo”, por un término de doce meses, **desde el 1 de septiembre de 2016 hasta el 31 de agosto de 2017 suscrito entre las partes.**
- En las páginas 23 hasta la 26, contrato a término fijo celebrado por veinticuatro meses, comprendido desde el **1 de septiembre de 2017 hasta el 31 de agosto de 2019.**
- Finalmente, un último contrato a término fijo por duración de veinticuatro meses, que van desde el **1 de septiembre de 2019 hasta el 31 de agosto de 2021.**

En este orden de ideas, manifiesta su descontento el apoderado judicial de la parte demandada respecto a la condena por concepto de indemnización por despido injusto que tuvo lugar en primera instancia, toda vez que a su parecer

si existió una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, la cual se puede intuir en el acta que se suscribió donde se alegó, el incumplimiento del trabajador en su cargo como Gerente, además de las violaciones a los estatutos.

En cuanto a la oportunidad para comunicar el referido despido, no es otra distinta que, al momento de la terminación del contrato de trabajo, o, por lo menos, no lo puede ser que lo sea con posterioridad a dicho terminación, pues claramente el párrafo del artículo 62 del CST reza:

*"PARAGRAFO. **La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción,** la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos". Se destaca.*

Y la jurisprudencia de la Honorable Sala de Casación Laboral, para que pueda considerarse un despido con justa causa, no sólo es necesario que el empleador demuestre el sistemático incumplimiento de las obligaciones del trabajador, sino haber comunicado ello oportunamente, para que no haya dudas de las razones que lo conllevaron a finalizar el contrato de trabajo (**Vid. Sentencia SL, 23 mar. 2011, rad. 38872**).

En el anterior sentido, se observa que la notificación de terminación del contrato de trabajo con justa causa, fue efectuada el **3 de noviembre de 2020** al demandante señor **Marco Antonio Arrieta Bertel**, tal como se observa en los anexos de la contestación de la demanda aportados y visibles en la página 19, donde se mira con claridad que no se especificó motivo alguno por el cual se efectuó el despido.

Pues bien, posteriormente y solo por solicitud del trabajador, en fecha **4 de diciembre de 2020**, se envía documento con asunto "Respuesta a su petición del 19 de noviembre de 2020", alegando que la desvinculación se produjo con fundamento en la potestad que tiene la Junta Directiva, consagrada en el artículo 32 de los estatutos de la empresa, fundada en los negativos resultados arrojados por la empresa en el proyecto de "Aseo Montelíbano", alegándose también que los últimos dos contratos laborales realizados por el mismo trabajador, fueron estipulados por dos años, violando de manera directa los estatutos que imponen debe ser por un año, entonces, fue hasta un mes después de realizado el despido que se lograron exponer los motivos que dieron lugar a este, lo cual no es de recibo a voces tanto de la normativa como de la jurisprudencia en cita, tornándose así injusta dicha desvinculación.

Ahora, de argumentos expresados en los alegatos por parte del apoderado judicial recurrente, cuando aduce que el actor hizo incurrir en un error al presidente de la junta y a los empleados que firmaron como testigos, difícil resulta para esta Sala concebir la idea de que estos suscribieron los contratos sin leer o verificar lo que ahora pretenden alegar como justa causa para el despido, siendo entonces su responsabilidad el aludido error que se cometió y teniendo la carga de demostrar el supuesto de hecho pretendido, esto es, las

actuaciones del trabajador que consideran, los llevaron a cometer tal equivocación, situación que para el caso no ocurrió.

Según lo discurrido, se procederá a confirmar el fallo apelado.

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

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

VII. DECISIÓN

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

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de origen, fecha y contenido reseñados en el preámbulo de esta providencia.

SEGUNDO: Oportunamente vuelva el expediente a su oficina de origen.

TERCERO: CONDENAR en costas y agencias en derecho a la demandada REASER S.A. ESP., de acuerdo con lo indicado en la motiva.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado


KAREM STELLA VERGARA LÓPEZ


CRUZ ANTONIO YÁÑEZ ARRIETA
Magistrado