Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Mayo diez (10) de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2018-00063-03 (446)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Amanda Yolanda Realpe Chamorro
Demandada:	Porvenir S.A. Colpensiones
Vinculadas:	UGPP
Asunto:	Se modifica y adiciona apelada
No. Acta:	155

I.ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 2 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado en la referencia. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de COLPENSIONES.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Procura la demandante, en el escrito promotor que fue objeto de

reforma, que se DECLARE la nulidad de la vinculación y afiliación al fondo privado de pensiones HORIZONTE y del traslado al RAIS administrado hoy por PORVENIR S.A. Consecuencialmente que se CONDENE a esta entidad a devolver y a la UGPP se le ordene recibir las cotizaciones, bono pensional, sumas adicionales, más los aportes para pensiones que recaudó con todos sus frutos e intereses, más indexación, a fin de poder tramitar la pensión de vejez en el RPM. Pide condena en costas a cargo de Porvenir.

Subsidiariamente pretende que se ordene COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. a recibir las cotizaciones, bono pensional, sumas adicionales, más los aportes para pensiones que recaudó con todos sus frutos e intereses, más indexación, a fin de poder tramitar la pensión de vejez en el RPM, de considerarse que fue la última entidad administradora, anterior al traslado fue el I.S.S. hoy en día la mencionada entidad.

2. Hechos.

Los hechos sobre los cuales la actora apoya estas pretensiones se sintetizan así:

Informa que inició su vida laboral –sector privado- en diciembre de 1978, cotizando en el RPM a través del I.S.S. hoy COLPENSIONES; que entre agosto 27 de 1986 a enero 24 de 1988; diciembre 26 de 1989 y agosto 31 de 1998, laboró en el sector público, cotizando sus aportes para pensión en CAJANAL; que estando activa en este sector, por decisión del empleador de la época –*Hospital Civil de Ipiales* se realizó un cambio masivo de la administradora de pensiones; siendo engañada, absolutamente desinformada de su condición de beneficiaria del régimen de transición pensional, sin que nadie le informara de las ventajas y desventajas, beneficios o perjuicios que a futuro tuviera, solo con la advertencia que los fondos públicos como el I.S.S. y CAJANAL se acabarían, el 1º de septiembre de 1998 fue trasladada a la AFP HORIZONTES PENSIONES Y CESANTIAS, hoy PORVENIR S.A., para lo cual voluntariamente firmó un formulario, confiando en la buena fe de su empleador.

Expone que reiteradamente solicitó su desafiliación al fondo privado en aras de volver al RPM obteniendo siempre respuestas negativas; que el 8

de junio de 2017, PORVENIR S.A. le hizo una proyección de la mesada pensional, en la que a los 68 años, sería de $ 737.717,00; y, en posterior simulación pensional del 16 de agosto del mismo año, resulta la misma mesada pero a los 67 años.

Sostiene que su situación pensional es compleja, dado que, al liquidar el bono pensional, este presenta la observación "*BONO NO EMITBLE, ENTIDAD NO ESTA ASUMIDA PORLA NACIÓN O EXISTEN PERIODOS NO ASUMIDOS POR LA NACIÓN2*, y que el fondo privado debiendo dar solución oficiosamente, no lo ha hecho.

Indica que sumadas las cotizaciones efectuadas en CAJANAL, el I.S.S. y PORVENIR, a octubre de 2017 cuenta con 1.504.71 semanas y en la actualidad tiene 61 años, por lo que esta pasada de 6 años de la fecha en la que debió acceder a su pensión de vejez bajo la ley 33 de 1985, por estar amparada por el régimen de transición, dado que al 1º de abril de 1994 alcanzaba 38 años de edad, y lo conservó porque a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, contaba con 750 semanas.

3. Contestaciones de la demanda

- <u>DE PORVENIR S.A.</u>

Al contestar la demanda y su reforma, en forma similar, se opuso a todas las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó y negó unos, dijo no constarle otros; y, adujo en su defensa que la declaración de nulidad resulta imposible dado que la afiliación al RAIS y traslados entre distintas entidades tiene plena validez por cuanto fue decisión voluntaria, autónoma, libre e independiente de la demandante, quien recibió toda la información de manera clara, no engañosa o que condujera a error y que habiendo tenido durante 20 años la posibilidad de regresa al RPM, nunca lo hizo; que al momento del traslado firmó el formulario de vinculación perdiendo los beneficios del RPM y no puede volver a él. Precisa que es imposible traslado de bono pensional, porque ni siquiera ha sido emitido, por tanto no existe, ni es trasladable y sobre todo no está en poder de Porvenir. Formuló excepciones de fondo.

<u>-DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL U.G.P.P.</u>

Entregó respuesta del escrito inaugural y de su reforma, en similares términos, esto es, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de fundamentos de derecho, y frente a los hechos dijo que deberán probarse por los medios probatorios idóneos y que del primero al trigésimo noveno son supuestos sobre los cuales la entidad no puede afirmar o negar, en tanto no ha intervenido en ellos. Afirma que a la demandante ya le fue reconocida la pensión de vejez en la modalidad de renta vitalicia. De otro lado, señala que la entidad que puede tener la competencia en este caso es Colpensiones por ser el único fondo autorizado para administrar el RPM por tanto, la UGPP no está legitimada para realizar el reconocimiento de la prestación solicitada por la demandante, ya que al afiliarse al RAI perdió el régimen de transición. Enfatiza que no es posible el pretendido traslado de régimen porque al haber expresado su aquiescencia del traslado al RAIS, automáticamente desapareció la protección del régimen de transición y jurisprudencialmente se ha dejado sentado que las únicas personas que pueden regresar al RPM para pensionarse con el régimen anterior a la ley 100 de 1993, son las que cumplen los requisitos regulados en el artículo 36 de esta normativa; y, en este caso conforme los hechos de la demanda, no se cumplen. Formuló como excepciones previas, las de falta de agotamiento previo en la vía administrativa, falta de legitimación en la causa por pasiva; y, de fondo las de cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de negligencia ni mala fe por parte de la entidad y solicitud de reconocimiento de excepciones oficiosas.

-**DE COLPENSIONES**

Al contestar la demanda y su reforma, se opuso a las pretensiones, aduciendo que no cumple con los presupuestos del artículo 13 para poder acceder al traslado de régimen, dado que lo solicitó cuando ya tenía la edad requerida para acceder al derecho pensional. Aclara que frente al traslado de régimen al que optó la demandante, no tuvo ninguna incidencia y que le corresponde al AFP del RAIS demostrar que cumplió con sus obligaciones para garantizar los derechos de la actora y establecer si el contrato de afiliación es ineficaz o cuenta con validez. Frente a los hechos se pronunció diciendo que no le constan y no son ciertos unos y acepta parcial y totalmente otros. Propuso excepciones de

prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas, falta de legitimación en la causa por pasiva y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 2 de septiembre de 2021 , en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que en consecuencia nunca se trasladó y siempre permaneció en el Régimen de Prima Media y así continuará con todos los beneficios que este le ofrece; y, **ii)** Probada la excepción de fondo "imposibilidad de condena en costas" propuesta por COLPENSIONES y no probadas las demás excepciones; **iii)** Probada la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva", propuesta por la UGPP y la absolvió de todas las pretensiones demandatorias.

En consecuencia, condenó a PORVENIR a devolver de la cuenta individual de la actora a COLPENSIONES y a esta a recibir en su cuenta global, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en el que el actor permaneció afiliado a ella, debidamente indexada; impuso costas procesales a su cargo y la absolvió de las demás pretensiones.

Para adoptar tal determinación, adujo que la aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido, que debe ser desvirtuado por el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación por cuanto a la documentación soporte del traslado de conservar en sus archivos en tanto es la obligada a brindar información, vale decir que tiene la carga de la prueba, en este caso el último fondo que se encargó de administrar los riesgos de vejez invalidez y muerte de la actora, pues son obligaciones de carácter profesional, de manera que debió evidenciarse que la AFP había informado de las consecuencias del cambio de régimen de haber especificado el capital que debía ahorrar a efecto de cumplir con la expectativa de pensión prometida, lo cual no ocurrió, pues PORVENIR SA, no logró demostrar que actuó de manera diligente, para determinar que en la generación del cambio de la actora de régimen pensional le hayan

brindado un estudio detallado para que conociera, no sólo los beneficios de su decisión sino también las consecuencias negativas de la misma, después que la obtención de su pensión no pueda lograrse a la esperada y conforme a la tasa de reemplazo más alta, y o un monto superior al que podría haber adquirido en el régimen de prima media y con los riesgos de perder el beneficio de transición. De otro lado, aclara que no puede despacharse de manera favorable la pretensión principal respecto del retorno a la UGPP porque dicha entidad no es la administradora del régimen de prima media, pues este solamente está administrado por Colpensiones

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, sustentando sus inconformidades en los siguientes términos:

PORVENIR S.A.

Procura que se revoque la sentencia de primer nivel, con tal propósito –*en síntesis*- argumenta que:

No debió dictarse sentencia porque se estableció que había un bono pensional emitido y redimido que hace parte de la acumulación de fondos, de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que debió convocarse al Ministerio de Hacienda-Oficina de Bonos Pensionales, pues de lo contrario no estaría completa la litis y el fallo no estaría llamado a producir los efectos. Sostiene que no se tiene noticia ante la UGPP se haya agotado la reclamación administrativa de la UGPP que esto debería provocar la nulidad de la sentencia.

La falta información que se invoca no debe tenerse como la única razón que motivó la decisión de afiliarse, ya que esto desconoce otras circunstancias que rodearon la decisión de afiliación, cómo las circunstancias laborales; y que dado que se trató de una afiliación masiva no se establece que se haya tratado de un engaño o de una mentira, como se afirma en la demanda.

Las afirmaciones de la parte demandante no tienen prueba y las da por hecho, mientras que en las afirmaciones que la entidad de las que

probablemente no hay pruebas, esa si no las da por hechas, lo cual genera un grave infracción del principio de congruencia en los fallos.

La excepción de prescripción debe prosperar, por cuanto aquí se está hablando de la invalidez, un acto civil regido bajo el imperio de las normas del derecho civil, por lo que la acción ha debido interponerse de manera extraordinaria si se quiere en 10 años, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 791 de 2002 y el artículo 1742 del CC, que redujo el término de las prescripciones veinteañeras.

Discrepa de la aplicación absoluta de precedentes jurisprudenciales que tratan del traslado de la carga dinámica de la prueba, arguyendo que esto provoca un grave desequilibrio procesal, en la medida que la sola afirmación de la demandante de falta de información o algún tipo de engaño garantiza el existo del proceso, pues se exige a la entidad pruebas que evidentemente no existen dado que tal información no estaba llamada a darse, ni tampoco que constará el documento alguno que pueda presentarse como tal; agrega que no era obligatorio su suministro y no había una norma que exigiera.

El fallo afecta el principio de congruencia en cuanto en el numeral primero se indica que el fallo es ineficaz y por lo tanto no produjo efecto alguno, es decir que las partes vuelven al estado anterior el que se encontraba como si nada hubiera pasado, pero en el segundo, en virtud de los efectos producidos ordena el traslado a una sola de las partes generando desequilibrio económico; que, por esta razón a los rendimientos financieros y el cobro de la administración debe dársele el tratamiento previsto en la norma civiles, en el sentido de qué deben devolverse de manera proporcionada, justa y equilibrada, a aquellas partes que se vieron beneficiarse de ellas, tal como lo prevé el artículo 1746 del C.C.; que, en consecuencia, no deben trasladarse o, devolverse, ya que los rendimientos se generaron por el trabajo por el profesional efectivo y serio que hizo la administradora, y la comisión de administración debe respetarse, porque de ordenarse que todo sea devuelto en beneficio a una de las partes, provoca un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante.

Se opone a la condena en costas alegando que, no sólo resulta excesiva e improcedentes, sino que exceden el límite previsto en el acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que la entidad no solo ha

actuado de buena fe y con apego a la Constitución, sino conforme al ejercicio de su objeto social previsto en la Ley.

COLPENSIONES.

Fundamenta su inconformidad en que, en criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, -*SL- 373 de febrero 10 de 2021-*, para efectos de la procedencia de ineficacia de la filiación que no sólo basta acreditar que la administradora de fondos de pensiones incumplió con el deber de información sino que no ostenta la calidad de pensionado, y en este caso, tal como lo manifestó la UGPP, la demandante actualmente ostenta la calidad de pensionada, situación está que, hace que se resulte imposible el retorno de la demandante al RPM.

Advierte que el proceso tiene un error de tipo procesal, ya que se desconoce el artículo 93 del CGP, que establece que la reforma de la demanda, podrá hacerse sólo por una vez y en el presente asunto, fue reformada en dos oportunidades, el 13 de agosto de 2018 y el 19 de febrero del año 2019.

Precisa que no es viable el retorno de la demandante a RAIS por cuanto la solicitud fue presentada por fuera de los términos establecidos en la ley. Pregona que la Corte Constitucional, estudió que la limitación de los traslados, obedece en la necesidad de garantizar, el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Frente a la carga dinámica de la prueba, increpa que el artículo 167 del CGP, no puede aplicarse en forma genérica y sin ninguna ponderación a todos los casos y por el contrario, la misma debe estudiarse de conformidad con las particularidades específicas de cada uno de ellos.

Señala que si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral de forma generalizada, entre otras en la sentencia CL-1452 del 2019, considera que el incumplimiento del deber de información o la ausencia de consentimiento informado generan automáticamente la ineficacia del traslado, dentro de ese mismo pronunciamiento, el Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno aclaro su voto, en el sentido de considerar que la declaratoria de ineficacia procede, siempre y cuando la ausencia de información o la inexistencia del consentimiento informado, produzca un perjuicio para el afiliado en el momento en el que se produce el traslado y

no simplemente porque con el paso del tiempo, se considere, que con tal afiliación, no se cumplen sus aspiraciones pensionales, situación que no se acredita en este caso, pues la demandante en el momento de su afiliación al RAIS, no era beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con una expectativa pensional consolidada razón por la cual no se podría hablar de la configuración de perjuicio alguno, que justifique la procedencia de declarar la ineficacia de traslado por ella pretendido.

5. Trámite de segunda instancia

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre de la misma anualidad se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, facultad de la cual hicieron uso, la demandante, Colpensiones, Porvenir, la UGPP y el Ministerio Público; en sus alegaciones, en síntesis, expusieron:

La demandante, en su escrito de alegaciones, manifiesta su conformidad con la sentencia de primera instancia y con miras a que lograr su confirmación, trae a colación apartes de precedentes jurisprudenciales, con los que pretende reforzar el sentido del fallo.

Las demandadas y la vinculada UGPP en sus alegaciones –*en términos generales*- reproducen los argumentos de defensa y del recurso interpuesto.

El Ministerio Público, este delegado además de solicitar confirmación de la decisión adoptada en primera instancia, pide adición en el sentido de indicar que el fondo privado debe asumir cualquier diferencia que se presente en el monto de los valores trasladados.

Encontrándose surtido el trámite en segunda instancia, al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la alzada, previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el

Tribunal atenderá las materias objeto de los recursos, sin perjuicio delas previsiones consignadas en la sentencia C 968 de 2003 promulgada por la Corte Constitucional.

También se atenderá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la U.G.P.P.

2. Problemas jurídicos.

En atención a los planteamientos esgrimidos por el recurrente y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

2.1. ¿Se imponía en el sub judice la vinculación del Ministerio de Hacienda-Bonos Pensionales?

2.2. ¿No existe noticia en el proceso sobre el agotamiento de la reclamación administrativa de la UGPP?

2.3. ¿Ostenta la demandante la calidad de pensionada y ello impide la declaratoria de ineficacia del traslado?

2.4. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

2.5. ¿se registó indebida aplicación de la inversión de la carga de la prueba?

2.6. ¿La declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional?

2.7. ¿Cómo efectos de la ineficacia de traslado, se ajusta a derecho la orden de retorno al RPM con el envío de los rendimientos financieros y los gastos de administración?

2.8. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

2.9. ¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a la demandada Porvenir S.A.?

3. Cómo resolverá la Sala estos planteamientos.

Respuesta al primero.

Frente al reparo que hace Porvenir, referente a la necesidad de convocar al Ministerio de Hacienda-Bonos Pensionales, la Sala se distancia de esa tesis, poque en este caso la vinculación de esta cartera ministerial resulta inoficiosa; porque no hay ninguna pretensión dirigida a que se reconozca bono pensional y además porque el deber de la emisión de estos radica en cabeza de la entidad responsable del reconocimiento de la pensión, de manera que la controversia que se pueda generar en ese sentido es entre las entidades y no entre el afiliado y estas; de otro lado, luce palmar que, en momento alguno intervino en el perfeccionamiento del negocio jurídico que pretende dejarse sin efecto y, en esa medida, su intervención en el proceso no está revestida de la necesidad que pretende endilgarle el apelante; es más, ni siquiera está facultada para pronunciarse respecto a la ineficacia del traslado del RPM, al RAIS que es la pretensión principal en este asunto, dado que esta responde únicamente por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos Pensionales a cargo de la Nación.

Respuesta al segundo.

La alzadista Porvenir S.A., trae como otro punto de inconformidad que en el proceso no existe noticia sobre el agotamiento de la reclamación administrativa de la UGPP. Al respecto, no entrará la Sala en mayores consideraciones para advertir el total desacierto en el que incurre este extremo de la Litis, pues pasa desapercibido que, habiendo propuesto la UGPP precisamente la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa, la misma fue resuelta negativamente en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, **en la que estuvo presente;** y, que por vía de apelación propuesta por la UGPP, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pasto, encontró mérito para confirmar dicha decisión. También es de relievar que, la vinculación de la entidad pública fue de oficio mediante auto de agosto 9 de 2018 lo que implica que no era necesario acreditar dicho agotamiento, por lo tanto, este aspecto es a todas luces infundado.

Respuesta al tercero.

Para la recurrente Colpensiones, en este evento, no es procedente la ineficacia de traslado y resulta imposible el retorno al RPM, fundada en que la UGPP manifestó que la demandante ostenta la calidad de pensionada.

Sobre este particular, si bien es cierto la UGPP al ejercer su derecho de defensa, hizo tal afirmación, la misma carece en absoluto de respaldo probatorio, es más, del acápite de pruebas de su contestación, claramente indica que aporta como documental, constancia, que da cuenta que en la UGPP no se encuentra información relacionada con el expediente pensional, lo que corrobora que no cuenta con evidencias para afianzar su dicho; incluso, en su escrito de respuesta, aduce que "*…no se da crédito al periodo de cotizaciones en CAJANAL YA LIQUIDADA en tanto, NO SE RECIBIO EXPEDIENTE PENSIONAL DE LA ACTORA, por lo tanto, se desconoce si los datos consignados de la hoy demandante hacen parte integral de un expediente pensional como sustituto o beneficiario"*, aseveración que deja entrever el desconocimiento que tiene sobre el tema pensional de la promotora del proceso. Es más, llama la atención que PORVENIR S.A., que se supone es donde debería estar pensionada, al contestar la demanda guardó silencio al respecto, cuando lo esgrimido por la UGPP, sería de cardinal importancia para sus intereses, pues se trata de un hecho que conforme lo tiene previsto por la jurisprudencia especializada, impide la ineficacia del traslado del RPM al RAIS. Aunado a lo anterior, la propia demandante al rendir su declaración de parte, dijo no estar pensionada. Bajo este panorama, concluye la Sala que la alegación de la UGPP en ese puntual aspecto carece de incidencia para derruir la decisión de primer grado.

Respuesta conjunta al cuarto, quinto y sexto problemas jurídicos

Previo a dilucidar si en este caso fue acertado declarar la ineficaciadel acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conviene puntualizar que, de la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral consagrado en la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que involucró, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria de los afiliados, la cual,

conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias pecuniarias y sobre la validez del acto.

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno, tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos en la sentencia SL-373 de 2021 señaló: *"En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas*

objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Y en tal dirección, viene defendiendo la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Cabe mencionar que en la en la sentencia CSJ SL1688-2019, la alta Corporación, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 1748 de 2014, concluyendo que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acopiar más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Sobre la carga de la prueba en estos casos se invierte en favor del afiliado o afiliada, pues, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda arribar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo 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 la decisión que se persigue.

En lo que atañe a la aludida inversión de la carga de la prueba la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reiteró:

> *"Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustraran a la accionante al momento del traslado, se* ***está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP****, al respecto en sentencia SL SL1688-2019, así:*
> *(…)*
> *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****".*

Entonces, si el afiliado asegura que no recibió la información debida cuando se afilió, - *como en efecto ocurre en este caso*- ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual se acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba; igualmente, en el artículo 1604 del mismo compendio sustantivo, para indicar que le corresponde a la administradora del RAIS acreditar la prueba de la diligencia o cuidado porque es ella quien ha debido emplearlo (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Bajo estas coordenadas legales y jurisprudenciales, es de admitirse que en el asuntos como el examinado, les incumbe a las administradoras de pensiones acreditar ante las autoridades administrativas y judiciales que cumplieron con el deber de asesoría e información, pues invertir esta figura procesal contra la parte débil de la relación contractual es un desatino, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

En suma, indefectiblemente la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional frente a la lógica de los sistemas públicos y privados con sus características, ventajas y desventajas, además de las consecuencias del traslado, en tanto la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte, que su trasgresión le resta

cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia escrutada está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministró a la promotora del proceso una información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, así como ilustrar sobre las características de cada régimen, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata con el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, obrante a folio 77 del expediente escaneado que la demandante perteneció al RPM en cuanto estuvo afiliada al I.S.S. hoy Colpensiones entre el 1º de diciembre de 1978 y el 1º de enero de 1981;y, con el certificado de información laboral visible a folios 67 a 69 del expediente escaneado, que estuvo afiliada a la Caja Nacional de Previsión "CAJANAL", desde el 28 de diciembre de 1989 hasta el 31de agosto de 1998, por ende, al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, estuvo vinculada al RPM. Además, el artículo 128 de la citada ley 100, estableció en favor de los servidores públicos la libertad de afiliarse al ISS o continuar en esas cajas, pero en ambos casos bajo el régimen de prima media.[1] Por tanto, ningún impedimento legal existe para que ella regrese al RPM ahora a cargo, en forma exclusiva, de COLPENSIONES.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, se encuentra acreditado que, el 28 de agosto de 1998, suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Horizontes Pensiones y Cesantías S.A. (Hoy Porvenir S.A.), bajo la modalidad de traslado, en el que se consignó como administradora anterior CAJANAL (Ver folio 79 Cd.

[1] Al respecto se puede consultar las Sentencias SL2208-2021 y SL1305- 2021.

Escaneado)

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se argumenta que el traslado del fondo público al privado, obedeció –en lo esencial- por falta de información sobre las consecuencias pensionales del traslado, ventajas y desventajas del mismo.

No se acredita en el sub lite que a la actora se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Ahora, el formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que reposa en el plenario *per se,* no constituye prueba idónea para acreditar que Porvenir S.A., ofreció a la actora, una ilustración, 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, o que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, o al menos no existe en el plenario prueba que lo acredite. Sirve en respaldo de lo anterior, lo dicho en la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, en la que la Corte expuso: "*(…) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (…)*""

En suma, de los medios de prueba arrimados al plenario, no es posible determinar que la demandante recibiera correcta información, referente a las ventajas y desventajas del traslado de régimen, por lo que el incumplimiento al deber de proporcionar a la interesada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, conlleva a la declaratoria de ineficacia de la afiliación o acto de traslado.

Al no haberse demostrado la debida asesoría y el suministro de información tanto de los alcances positivos como negativos de su decisión, tales como, beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario

mermas, o la pérdida del régimen de transición por ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS. Al estar evidenciado que Horizontes S.A. hoy PORVENIR S.A., incurrió en la omisión del deber de información estando obligada a hacerlo, el traslado no surte efectos.

Ahora, es de advertir que la decisión de primer grado no lesiona el **principio de sostenibilidad** fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez, que los recursos que debe reintegrar la AFP Colfondos S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No.78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues la demandante cuenta con los propios recursos para socorrer su derecho pensional, mismos que el propio sistema prevé a través de las cotizaciones, bonos pensionales, entre otros.

En cuanto a la crítica que hacen Porvenir y Colpensiones frente a la aplicación de precedentes de la Corte Suprema de Justicia acogidos por el juzgado para fundamentar la inversión de la carga de la prueba, estima la Sala que en ningún desacierto incurrió aquella célula judicial. Es más, este Colegiado con sujeción a la pauta jurisprudencial reseñada en precedencia, reafirma que la carga probatoria le incumbía a Porvenir S.A., por cuanto, con la afirmación de la actora de no haber recibido información, por tratarse de un supuesto negativo, al tenor de los dispuesto en el artículo 1604 del CC, no requiere prueba, por ende, correspondía a la AFP demandada demostrar lo contrario, como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, que por su falta de conocimiento técnico en el tema, se encuentran en desventaja. Es entonces, esta la explicación para Porvenir, de no haber dado por hecho sus afirmaciones por falta de soporte probatorio.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión de la A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, para lo cual aplicó en legal forma la inversión de la carga de la prueba, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto.

Respuesta al séptimo problema jurídico.

Porvenir S.A. trae un discurso argumentativo, basado en el principio de congruencia, que a la postre, en estricto sentido, está orientado a cuestionar la decisión de la A quo de ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, frente a lo cual, desde ya dirá la Sala que en ningún dislate incurrió el A quo al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada[2], la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

De la misma manera, se ha dicho que la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Por lo tanto, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula en igual porcentaje en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100

[2] CSJ SL-1688 de 2019.

de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. A su turno, los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones que consagra el RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores y de los **rendimientos financieros**; aportes de los cuales, una parte se **capitalizará** en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado.

La razón para que se estime que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado se encuentra conformada por el capital ahorrado y sus rendimientos, es porque las administradoras de fondos privados de pensiones son los únicos que están autorizados a usar el dinero de los aportes para hacer inversiones en diferente activos y títulos valores, luego entonces, es claro que al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, sea éste el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución de lo existente en la cuenta, se entiendan incluidos los rendimientos, máxime, cuando tratándose de administradora de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstas realizan, se efectúa a título de administración, que no comporta en sí, derecho alguno de propiedad sobre los dineros que le son entregados a título de cotizaciones, ni mucho menos, sobre los rendimientos que aquellas llegaren a producir.

En este punto, es importante recordar que al tenor de lo previsto en el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de la adición realizada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a las entidades que los administran, lo que es indicativo de que bajo ningún punto de vista es admisible, so pretexto de la buena fe o un bien desempeñó en la administración, que los recursos, entre los que se encuentran los rendimientos financieros en el RAIS, dejen de pertenecer al sistema, para pasar a incorporarse al patrimonio de la entidad administradora.

Y es también importante aclarar al recurrente, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, una de las características del RPM es la existencia de rendimientos que, junto con los aportes de los afiliados, son los que constituyen el fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes adquieren la calidad de pensionados. Rendimientos que es claro que por

calcularse sobre todos los recursos que constituyen el fondo común, generan también una rentabilidad, que es la que trata de compensarse al ordenársele a la AFP que traslade al RPM, los rendimientos financieros que produjo el capital del afiliado, para de esa manera preservar el equilibrio financiero del régimen público que se vio privado de las cotizaciones del afiliado indebidamente trasladado.

En lo atinente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados[3].

Ahora, en armonía con el citado artículo 1746 del CC, la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852 indicó:

"***Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros****. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimende ahorro individual con solidaridad a devolver los* ***gastos de administración y comisiones*** *con cargo a sus propias utilidades, puesdesde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida*

[3] Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989- 2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".

Refulgiendo acertada la decisión de la A quo, al disponer la devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, además de ello, la Sala ordenará a la demandada PORVENIR S.A., reintegrar el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía mínima, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, "*los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen*" como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se adicionará y modificará la sentencia frente a la orden de devolver dichos conceptos, dejando en claro que, la indexación procede únicamente respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar la demandante en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último de la accionante es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea ella quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado.

Ahora, como quiera que, tiene plena validez la exigencia de reconocer alguna diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar la demandada PORVENIR S.A. y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si la actora hubiese permanecido en él, por cuanto al existir omisión en sus deberes de información y debida asesoría

procedió la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado (art. 963 Código Civil y sentencia 31989 de 2008), sin que la convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto, también se adicionará la sentencia en el sentido de establecer que en caso de presentarse dicha diferencia, PORVENIR S.A. corre a cargo de ello con sus propios recursos.

Respuesta al octavo problema jurídico.

Alega Porvenir que frente al acto de ineficacia de traslado operó la prescripción.

Al respecto, se memora que la línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que los términos de prescripción para ejercerla acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible.

Respuesta al noveno y último problema jurídico.

De la condena en costas.

En cuanto la discrepancia de Porvenir S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo con fundamento en la existencia de buena fe y acatamiento a normas legales y constitucionales, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso. En consecuencia, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional privado será confirmada, sin que resulte dable analizar el monto de esta condena, pues a voces del artículo 366 del mismo

compendio adjetivo, los recursos de reposición y apelación proceden contra el auto que aprueba las costas.

Finalmente, salvo la excepción de "imposibilidad de condena en costas" que se declaró probada, en lo concerniente a las demás excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió.

4. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P., dada la no prosperidad de la apelación, serán a cargo de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones; y se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **AMANDA YOLANDA REALPE**

CHAMORRO, el que quedará así:

"SEGUNDO.- CONDENAR *a la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *a trasladar de la cuenta individual de la demandante* ***AMANDA YOLANDA REALPE CHAMORRO****, a la cuenta global administrada por la* ***ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES****- en el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hay lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos que se hubieren causado, además de las cuotas de administración, comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, estos tres últimos en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la accionante permaneció afiliada a ella, y al momentos de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique*

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A****., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia".*

SEGUNDO. - **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

TERCERO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a cargo de cada una, el equivalente a dos (2) smlmv. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un

(1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

QUINTO. - Ejecutoriada esta sentencia, devolver el proceso al juzgado de origen.

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Mayo diez (10) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2019-00402-01 (445)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Álvaro Guillermo Villota Gómez
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones.
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia
No. Acta:	156

I.ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 29 de abril de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Procura el demandante que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de

régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., contenida en el formulario del 03 de abril de 2001 y que se **CONDENE** a esta entidad a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los ahorros de su cuenta individual, más el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas durante todo el tiempo de su afiliación. Así mismo, a pagar los cálculos actuariales, diferencias económicas e indemnizaciones a que haya lugar en virtud del reintegro al RPMPD.

También pretende que se **CONDENE** a COLPENSIONES a afiliarlo al RPM y a recibir de PORVENIR S.A. la totalidad de los aportes ahorrados en el RAIS, durante el tiempo de afiliación al mismo y condena en costas a cargo de la parte demandada.

Subsidiariamente solicita que, de no acogerse las anteriores pretensiones se declare que PORVENIR S.A., es patrimonialmente responsable por la inducción en error al efectuar el traslado y del perjuicio causado por la misma situación, en consecuencia, se la CONDENE a pagar a título de indemnización una pensión igual o superior a la que le habría correspondido en el RPMPD, junto con intereses moratorios, corrección monetaria y/o cálculos actuariales a que haya lugar y costas a cargo de la parte demandada.

2. Hechos.

Los hechos sobre los cuales el demandante apoya estas pretensiones se contraen a las siguientes:

Informa que nació el 15 de junio de 1963, inició su vida laboral el 8 de noviembre de 1993 vinculándose al RPMPD a través del I.S.S.; que el 3 de abril de 2001, se trasladó al RAIS, para lo cual fue convencida por agentes de Horizontes Pensiones y Cesantías -hoy PORVENIR S.A., bajo el argumento que en este fondo lograría una pensión equivalente al 110% de sus ingresos al momento del retiro y con edad y tiempo menores a los exigidos en el RPM.

Expone que el 5 de septiembre de 2018 Porvenir realizó una proyección de su mesada pensional, evidenciando que la promesa de unas mejores condiciones pensionales era falsas, pues ni siquiera alcanzaría el 37% del

IBL a partir de los 62 años, dado que la misma sería de $ 932.900, 00, mientras que de haber continuado en el RPM alcanzaría $ 3.178.532, 00.

Sostiene que a efectos del traslado nunca le explicaron los riesgos relacionados con el manejo de la cuenta individual y que las fluctuaciones del mercado financiero las asume el afiliado, las diferencias de la tasa de reemplazo en uno y otro régimen, ni se le suministró información necesaria para tomar la decisión.

Indica que el 14 de noviembre de 2018 solicitó a Colpensiones su reingreso y el 26 del mismo mes y año, a Porvenir S.A. la nulidad de la afiliación al RAIS, obteniendo respuestas negativas.

2. Contestaciones de la demanda

- <u>DE PORVENIR S.A.</u>

Al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, manifestando que la declaratoria de nulidad resulta imposible dado que el traslado tiene plena validez pues fue el resultado de una decisión autónoma, voluntaria del demandante, después de habérsele brindado toda la asesoría e información que estaba disponible y era obligatoria en ese momento y está claro que suscribió el formulario y habiendo tenido durante 25 años la posibilidad de regresar al RPM nunca lo hizo. Formuló como excepciones las de: BUENA FE DEL DEMANDADO, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR, INEXISTENCIA DEL DERECHO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO, INEXISTENCIA DEL DAÑO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACION CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA y la INNOMINADA O GENÉRICA.

-<u>DE COLPENSIONES.</u>

Se opone a las pretensiones de la demanda. Adujo en su defensa que de conformidad con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003 al

literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el término minino de permanencia para que proceda el traslado entre regímenes pensionales es de cinco años y contar con diez o menos de diez años para acceder a la pensión; y, que en el caso del actor solicitó el retorno al RPM cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para tener el derecho pensional. Adiciona que, para realizar el traslado en cualquier tiempo, el actor debía acreditar 15 años de servicios o semanas de cotización al 1º de abril de 1994, situación que no ocurrió, dado que se afilio al RPM en el año 1993. Alega que Colpensiones no tuvo incidencia en el traslado de régimen pensional y, por tanto, era deber de la AFP del RAIS demostrar que cumplió con su obligación para establecer la validez del contrato. Por último, solicita que en caso de sentencia favorable al demandante sea exonerada de costas. Formuló como excepciones las de PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, y SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSE DE EXCEPCIONES.

-**Del MINISTERIO PÚBLICO.**

Luego de hacer alusión a normatividad y jurisprudencia que regula el tema de la ineficacia de traslado, sostiene que la AFP demandada deberá acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar que la afiliada contaba con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional.

3. Decisión de primera instancia.

El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 29 de abril de 2021, en la que declaró: **i)** La ineficacia del traslado, en consecuencia, para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, de modo, que siempre permaneció en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA y conservará todos los beneficios de este último; ***ii)*** No probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar de la cuenta individual del demandante a la cuenta global de COLPENSIONES todos los valores que

hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, si hubiere lugar a ellos, cantidades adicionales de la aseguradora con los frutos, intereses o rendimientos, utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración percibidos por la administradora del RAIS, **debidamente indexados.** Advirtió, que de existir alguna diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar la demandada y el que debería existir en COLPENSIONES, será asumida por PORVENIR S.A., con cargo a sus propios recursos.

Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y condenó en costas a PORVENIR S.A.

El juzgado para adoptar tal determinación, se apoya en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, alusiva a la obligación de las AFP del RAIS de dar información sobre las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, las consecuencias jurídicas del traslado; sostuvo que la administradora de fondos de pensiones de régimen de ahorro individual a la cual se trasladó, tenía la obligación de orientar asesorar e informar oportunamente al actor las diferentes alternativas a las que podría acogerse para lograr el derecho pensional y de las consecuencias que tendría su traslado o permanencia en cualesquiera de los regímenes pensional previstos en la ley 100 de 1993, carga probatoria que no se encuentra acreditada al interior del plenario y que le incumbía, decretando de contera, la ineficacia del traslado.

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES., sustentando sus inconformidades en forma oportuna así:

-PORVENIR S.A.

Enfatiza que el demandante se trasladó de manera voluntaria; que no existe prueba que se haya incurrido en engaño o en falta de información cuando se produjo el traslado, en esa dirección, indica que al contestar la demanda se probó que se cumplió con lo previsto en las normas del estatuto del consumidor financiero, Ley 1748 de 2014, pues se adjuntó

documento en el que fue informado que estaba cerca de cumplir la edad que le impediría trasladarse, y que se le invitaba a recibir esa doble asesoría, situación que fue ignorada por el afiliado.

Sostiene que el fallo incurre, en una grave contradicción toda vez que se decreta la ineficacia como si no se hubiera producido efecto alguno, para posteriormente indicar que hay unos dineros que deben devolverse y que fueron efectos del acto jurídico que se declara ineficaz, siendo destinados a beneficiar a una sola de las partes celebrantes de la ineficacia. Esgrime que al decir que el traslado no produjo ningún efecto, es de suponerse que tanto los rendimientos financieros correspondientes a un 37% más que los aportes hechos por el afiliado, como el costo de su administración que se cobró para este efecto, deberían beneficiar a la administradora, porque desplegó un trabajo financiero especializado y profesionalmente desarrollado de conformidad con la ley. Indica que, al ser evidente que se produjeron efectos del acto que ahora se declara ineficaz, se debe acudir al artículo 1746 del CC que prevé la restitución de las cosas al estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto.

Reprocha que se condene al fondo a pagar la suma que llegaré a faltar para que el demandante alcance el derecho a la pensión en el RPM, aclarando que en este régimen tal derecho se determina con base a un mínimo de 1300 y en el RAIS con el monto acumulado y que el IBC es igual en ambos regímenes, por tanto, no debe haber ninguna diferencia; que de faltar alguna suma será solamente porque faltan semanas de cotización exigida por la ley 100 para el RPM.

Destaca que los testigos traídos al proceso y en la demanda, se refieren a un traslado efectuado en el año 2001 cuando el primero fue en el año de 1995 por lo que al referirse a una circunstancia distinta al momento de traslado entre regímenes, implica su improcedencia para probar los hechos de la demanda; además, que los testigos solamente dan cuenta de situaciones de carácter individual o personal, pero de ninguna manera del conocimiento directo de las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se hizo la afiliación del trabajador.

Diciente del acogimiento qué el despacho hace a la jurisprudencia de la Corte Suprema, para aplicar la inversión de la carga de la prueba, arguyendo que ello genera una desigualdad y desproporción del equilibrio

procesal.

Por último se opone a la condena en costas, fundado en que resultan excesivas e improcedentes, toda vez que la entidad siempre obró con buena fe, con apego a la Constitución y la ley.

- COLPENSIONES

Manifiesta que la falta información o vicio del consentimiento atribuida al RAIS no se encuentra acreditada; que si bien es cierto los AFP tiene la obligación de dar información y asesoría, también los afiliados deben asesorarse y obtener información sobre su derecho pensional a efectos de determinar cuál es la decisión que más le conviene al momento de optar por su permanencia o pertenencia a los diferentes regímenes pensionales.

La carga de la prueba debe ser estudiada dependiendo de cada caso en particular, y atendiendo a las situaciones de cada uno de los afiliados, en este sentido señala que no se encuentra acreditado que el demandante haya sido una persona que no haya contado con la capacidad para tomar la decisión que más le convenía.

5. Trámite de segunda instancia

Alegatos de conclusión

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre de la misma anualidad se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, Colpensiones, Porvenir S.A. y el Ministerio Público, quienes, en sus alegaciones, en síntesis, expusieron:

Porvenir S.A. en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sea absuelta de las pretensiones, en sus alegaciones reproducen los argumentos de defensa y del recurso interpuesto. En consecuencia, en gracia de brevedad nos remitimos al contenido de sus alegaciones las cuales reposa en el expediente.

Colpensiones. Además de reproducir los reparos expuestos en la alzada, aduce que del acervo probatorio, es posible colegir la voluntad del actor

de pertenecer y querer permanecer en el RAIS, por cuanto el mismo promovió un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, inicialmente a través de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., hoy PORVENIR S.A, en el año 2001, sin presentar solicitud alguna de retracto o retorno al RPMPDM, dentro de los términos contenidos en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, situación está que permite colegir que el mismo conoció las condiciones y beneficios que le reportarían tales decisiones

El Ministerio Público, manifiesta que la AFP Porvenir S.A. no asumió la carga probatoria para demostrar que se cumplió con el deber de información, pues no arrimó ninguna prueba al plenario que demuestre la gestión realizada, tan solo se allegó el formulario de afiliación, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el mismo no constituye plena prueba de la asesoría brindada, pues el afiliado debe conocer con exactitud la lógica del sistema, Sentencia SL2208-2021. De otro lado, aduce que, no son válidos los argumentos esgrimidos tanto por Colpensiones como por la AFP Porvenir S.A. al sustentar sus apelaciones, pues de acuerdo con las subreglas reseñadas en la sentencia de primera instancia, no solo es procedente declarar la ineficacia del traslado, sino que frente a los efectos ha dicho la Corte que efectivamente el fondo privado está en la obligación de devolver todos los rendimientos financieros incluyendo los gastos de administración e incluso asumir el posible deterioro a que haya lugar. En relación con la condena en costas establecida en el artículo 365 del CGP, este artículo consagra un criterio objetivo para su imposición, entre otros eventos, a cargo de quien es vencido en juicio independientemente de que su actuar este revestido de buena fe, razón por la cual, la condena en costas en contra de la AFP Porvenir S.A. es acertada. Finalmente, en torno a la pretensión de la pensión de vejez, enfatiza que es una petición antes de tiempo, pues es necesario que se defina el tema de la ineficacia del traslado y, de ser procedente, es indispensable el traslado de todos los aportes, bonos, rendimientos, saldos y en general lo que compone el ahorro del actor, para que una vez estén en poder de Colpensiones, en sede administrativa estudie el régimen pensional aplicable y el cumplimiento de los requisitos legales, de surte que la excepción declara de oficio de petición antes de tiempo la estima atinada.

Encontrándose surtido el trámite en segunda instancia, al no observarse

causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la alzada, previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia en los recursos, sin perjuicio de las previsiones consignadas en la sentencia C 968 de 2003 promulgada por la Corte Constitucional. También se atenderá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Colpensiones.

2. Problemas jurídicos.

En virtud de los planteamientos esgrimidos por los recurrentes y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿La declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional administrado por Colpensiones?

¿Hubo indebida aplicación de la inversión de la carga de la prueba?

¿Es ajustado a derecho disponer que como efecto jurídico de la ineficacia del traslado al RPM se ordene el traslado al RPM y el envío por concepto de rendimientos financieros, gastos de administración; además que la AFP del RAIS asuma las diferencias que resulten entre lo que le fue aportado y lo transferido al RPM?

¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a la demandada Porvenir S.A.?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Previo a dilucidar si en este caso fue acertado declarar la ineficaciadel acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conviene puntualizar que, de la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral consagrado en la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que involucró, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno.

En coherencia con lo que viene discurrido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos

en la sentencia SL-373 de 2021 señaló: "*En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

Y en tal dirección, viene defendiendo la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Cabe mencionar que en la en la sentencia CSJ SL1688-2019, citada en el reseñado precedente la alta Corporación, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 1748 de 2014, sobre lo cual se concluyó que, este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación.

En suma, indefectiblemente la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional, además de las consecuencias del traslado, en tanto la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte, que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las AFP de la

obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019:" *La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe."* *"…"*

4. Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministró al promotor del proceso una información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, así como ilustrar sobre las características de cada régimen, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones que obra a folios 31 y 32 del expediente unido, que el demandante cotizó los aportes para pensión ante el I.S.S. hoy Colpensiones de forma interrumpida entre el 8 de noviembre de 1993 y el 1º de mayo de 1994, por tanto, se colige que estuvo vinculado al RPM.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen efectuado al certificado de ASOFONDOS (Fl. 201), se extracta que el 2 de mayo de 1995, se registró traslado de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A., que el 3 de abril de 2001 se cambió a la AFP HORIZONTES PENSIONES Y CESANTÍAS[1]; y luego, el 27 de junio de

[1] A folio 18 reposa el formulario de este traslado

2002, se trasladó nuevamente a PORVENIR S.A.

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se argumenta que el traslado del fondo público al privado, obedeció *–en lo esencial-* por falta de información dado que nunca le explicaron los riesgos relacionados con el manejo de la cuenta individual y que las fluctuaciones del mercado financiero las asume el afiliado, las diferencias de la tasa de reemplazo en uno y otro régimen, ni se le suministró información necesaria para tomar la decisión, tampoco las incidencias que la misma tendría, todo lo cual mantuvo en incertidumbre al actor.

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en acogimiento de los postulados de la jurisprudencia especializada cuyos apartes compartimos, en este caso, estima el Colegiado, procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario referente a que, en efecto, al actor se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y aunque la alzada, en aras de controvertir lo atinente a la falta de información, sostiene que al contestar la demanda se probó que se cumplió con lo previsto en las normas del estatuto del consumidor financiero, Ley 1748 de 2014, porque se adjuntó documento donde le informaban que estaba cerca de cumplir la edad, que esto le impediría trasladarse y lo invitaban a recibir doble asesoría, al examinar dicha documental obrante a folio 235 del expediente, se advierte que en nada contribuye a demostrar el cumplimiento del deber de información para efectos del traslado.

Tampoco sirve para derruir la ineficacia declarada, el cuestionamiento que hace de los testigos traídos al proceso, pues aducir que dijeron que el traslado se efectuó en el 2001 cuando verdaderamente se dio en 1995, no tiene relevancia para afectarla; y, en cuanto a que en solamente dan cuenta de situaciones de carácter individual o personal, mas no del conocimiento directo de las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se hizo la afiliación del trabajador, esta situación tampoco tiene incidencia para afectar la decisión en cuestión.

En suma, de los medios de prueba arrimados al plenario, no es posible determinar que el demandante recibiera correcta información, referente

a las ventajas y desventajas del traslado de régimen, por lo que el incumplimiento al deber de proporcionar a la interesada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, conlleva a la declaratoria de ineficacia de la afiliación o acto de traslado.

Al no haberse demostrado la debida asesoría y el suministro de información tanto de los alcances positivos como negativos de su decisión, tales como, beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario mermas, o la pérdida del régimen de transición por ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

Ahora, es de advertir que **la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento 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. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No.78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual del accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues la demandante cuenta con los propios recursos para socorrer su derecho pensional, mismos que el propio sistema prevé a través de las cotizaciones, bonos pensionales, entre otros.

En lo concerniente a la crítica que hace Porvenir frente a la aplicación de precedentes de la Corte Suprema de Justicia acogidos por el juzgado para fundamentar la inversión de la carga de la prueba, estima la Sala que en ningún desacierto incurrió aquella célula judicial. Es más, este Colegiado

con sujeción a la previsto por Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reafirma que al estar frente a una negación indefinida como ocurre en este evento, en el que el actor afirma que no nunca recibió la asesoría necesaria para decidir sobre el traslado de régimen, la carga de probar lo contrario recae sobre la AFP demandada, sin que este hecho implique ningún desequilibrio procesal como lo alega el censor; es más, lo anterior encuentra respaldo en lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, que perentoriamente establece que las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión de la A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, por tanto deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto.

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que Porvenir S.A. trae un discurso argumentativo, que a la postre, en estricto sentido, está orientado a cuestionar la decisión de la A quo de ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, desde ya dirá la Sala que en ningún dislate incurrió la A quo al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada[2], la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

De la misma manera, se ha dicho que la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Por lo tanto, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la

[2] CSJ SL-1688 de 2019.

cotización que por disposición legal se calcula en igual porcentaje en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. A su turno, los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones que consagra el RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores y de los **rendimientos financieros**; aportes de los cuales, una parte se **capitalizará** en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado.

La razón para que se estime que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado se encuentra conformada por el capital ahorrado y sus rendimientos, es porque las administradoras de fondos privados de pensiones son los únicos que están autorizados a usar el dinero de los aportes para hacer inversiones en diferente activos y títulos valores, luego entonces, es claro que al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, sea éste el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución de lo existente en la cuenta, se entiendan incluidos los rendimientos, pues el dueño de lo principal, también lo será de lo accesorio, pues en caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado, máxime, cuando tratándose de administradora de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstas realizan, se efectúa a título de administración, que no comporta en sí, derecho alguno de propiedad sobre los dineros que le son entregados a título de cotizaciones, ni mucho menos, sobre los rendimientos que aquellas llegaren a producir.

En este punto, es importante recordar que al tenor de lo previsto en el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de la adición realizada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a las entidades que los administran, lo que es indicativo de que bajo ningún punto de vista es admisible, so pretexto de la buena fe o un bien desempeñó en la administración, que los recursos, entre los que

se encuentran los rendimientos financieros en el RAIS, dejen de pertenecer al sistema, para pasar a incorporarse al patrimonio de la entidad administradora.

También importante aclarar al recurrente, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, una de las características del RPM es la existencia de rendimientos que, junto con los aportes de los afiliados, son los que constituyen el fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes adquieren la calidad de pensionados. Rendimientos que es claro que por calcularse sobre todos los recursos que constituyen el fondo común, generan también una rentabilidad, que es la que trata de compensarse al ordenársele a la AFP que traslade al RPM, los rendimientos financieros que produjo el capital del afiliado, para de esa manera preservar el equilibrio financiero del régimen público que se vio privado de las cotizaciones del afiliado indebidamente trasladado.

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados[3].

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejo en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración, al decir:

[3] Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

"***Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros****. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimende ahorro individual con solidaridad a devolver los* ***gastos de administración y comisiones*** *con cargo a sus propias utilidades, puesdesde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989- 2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".*

Refulgiendo acertada la decisión de la A quo, al disponer la devolución de rendimientos financieros y gastos de administración, además de ello, la Sala ordenará a la demandada PORVENIR S.A., reintegrar el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía mínima, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, "*los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen*" como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se adicionará y modificará la sentencia frente a la orden de devolver dichos conceptos, dejando en claro que, la indexación procede únicamente respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar la demandante en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último del accionante es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea ella quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado.

En lo concerniente a la advertencia efectuada por la cognoscente, en el sentido que, de existir alguna diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar PORVENIR S.A. y el que debería existir en COLPENSIONES, serán responsabilidad de la primera, con cargo a sus propios recursos, este Colegiado se identifica plenamente con esa orden, en consecuencia, ningún reparo hará al respecto.

En cuanto la discrepancia de Porvenir S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo con fundamento en la existencia de buena fe y acatamiento a la Constitución y la ley, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso. En consecuencia, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional privado será confirmada, sin que resulte dable analizar el monto de esta condena, pues a voces del artículo 366 del mismo compendio adjetivo, los recursos de reposición y apelación proceden contra el auto que aprueba las costas.

Frente a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones entidad a favor de la cual se surte la consulta, se precisa lo siguiente.

La línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado de negar este medio exceptivo.

En cuanto a las demás excepciones de mérito propuestas por esta entidad tampoco alcanzan la prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P., dada la no prosperidad de la apelación de las demandadas, serán a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones; y se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 29 de abril de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **ÁLVARO GUILLERMO VILLOTA GÓMEZ,** el que quedará así:

***"SEGUNDO.- CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar de la cuenta individual del demandante **ÁLVARO GUILLERMO VILLOTA GÓMEZ**, a la cuenta global administrada por la **ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**- en el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hay lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos que se hubieren causado, además de las cuotas de administración, comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, estos tres últimos en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la accionante permaneció afiliada a ella, y*

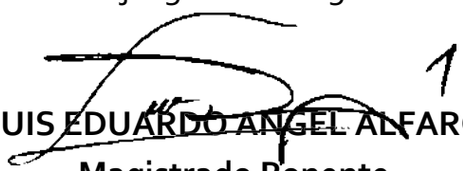
al momentos de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A****., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia".*

SEGUNDO. - CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

TERCERO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a cargo de cada una, el equivalente a dos 2 smlmv. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS. Devolver el proceso al juzgado de origen.



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

CLARA INES LOPEZ DAVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Mayo diez (10) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2020-00013-01 (457)
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Aura Sorani Montenegro Lucero
Demandado:	Par Caprecom Liquidado- Administrado por encargo fiduciario por la Fiduprevisora
Asunto:	Se modifica y revoca parcialmente la sentencia apelada y consultada.
No. Acta:	160

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en audiencia pública celebrada el 12 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del asunto

de la referencia. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Caprecom.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

AURA SORANI MONTENEGRO LUCERO demandó a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE hoy liquidada, para que se declare: i) la existencia de un contrato realidad de trabajo a término indefinido, vigente entre septiembre 7 de 2012 y enero 31 de 2016; ii) que fue beneficiaria de los derechos convencionales de Sintracaprecom; y, iii) que tiene derecho al reconocimiento y pago de los derechos y acreencias laborales enlistados en el numeral 4º de las pretensiones declarativas.

En consecuencia, procura que se condene a Caprecom y/o a su sucesor procesal a pagar: Nivelación salarial, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, reembolso de aportes en seguridad social (salud, pensiones y riesgos laborales), sanción moratoria por no pago prestaciones sociales, indemnización por no consignar cesantías, aplicación plazo presuntivo –indemnización por despido injusto, compensación de salarios no cancelados, prima de servicios (navidad y junio), prima de retiro, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, plan de retiro voluntario y plan de atención complementaria posterior a la orden de liquidación; además a pagar las costas procesales.

2. Hechos

En síntesis, fundamenta las anteriores pretensiones en que, se vinculó por contratos de prestación de servicios en Caprecom Regional Nariño, el 7 de

septiembre de 2012, siendo renovado hasta el 31 de enero de 2016, fecha de liquidación de la entidad; que durante dicha vinculación laboró como Técnico de Cuentas Médicas "TCM", Técnico de Comité Técnico Científico en la Referencia y Contrareferencia de Pacientes y por último fue trasladada al área de apoyo de contratación. Enlista las funciones encargadas en cada cargo, precisando que las cumplió en forma personal, ininterrumpidamente en el mismo horario de los trabajadores de planta, en las instalaciones de la entidad, la que suministraba todos los implementos de trabajo. Que siempre recibió la misma remuneración de $ 1.792.549, 00, sin ningún ajuste. Indica que para ausentarse debía solicitar permiso y luego compensar el tiempo y que siempre debió someterse a las órdenes de la empleadora. Informa de la existencia en la empresa del sindicato de trabajadores Sintracaprecom, que para los afiliados regía una Convención Colectiva de Trabajo, la que por extensión ampara a los no afiliados porque más de la tercera parte de los trabajadores son afiliados, por lo que los derechos de la misma se le deben aplicar en la misma forma que a los trabajadores de planta. Sostiene que el 31 de enero de 2016 fue despedida injustamente por lo que tiene derecho a la indemnización e los términos de la CCT., además que conforme el decreto de liquidación es beneficiaria del plan de retiro voluntario. Indica que elevó reclamación administrativa con respuesta negativa.

3. Contestación de la demanda.

Trabada la Litis al ejercer el derecho de defensa la parte demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo –*en lo esencial*- que con AURA SORANI MONTENEGRO LUCERO y CAPRECOM E.I.C.E. LIQUIDADA, jamás existió ni existe una relación jurídica regida por un contrato de trabajo o similar, en razón a que tenía amplia claridad que las actividades que le fueron contratadas no corresponden a las denominadas misionales de CAPRECOM E.I.C.E., lo cual es requisito sine quo non para determinar la configuración del contrato realidad. Que frente a CAPRECOM E.I.C.E. no le consta nada más allá

de lo que reposa en el archivo que se entregó para administración del P.A.R. CAPRECOM LIQUIDADO, esto es, los contratos de prestación de servicios, con diferentes objetos contractuales entre sí, pactando distintas obligaciones entre uno y otro contrato y, además, existiendo interrupciones entre ellos. Respecto de los hechos, aceptó unos y dijo no constarle otros. Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de causa para pedir, inexistencia de la obligación, solución de continuidad, tesis de actos propios, buena fe, prescripción y la innominada.

4. Decisión de primera instancia.

Evacuadas las etapas procesales pertinentes, el Juzgado cognoscente, puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 12 de octubre de 2021 DECLARÓ: i) la existencia de un contrato de trabajo entre la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LAS TELECOMUNICACIONES -CAPRECOM EICE-, hoy liquidada, y AURA SORANI MONTENEGRO LUCERO, entre el 7 de septiembre de 2012 hasta el 31 de enero de 2016; ii) que fue terminado unilateralmente sin justa causa por la empleadora; y, iii) probada parcialmente la excepción de prescripción, salvo sobre cesantías y aportes pensionales.

En consecuencia, CONDENÓ al PAR CAPRECOM LIQUIDADO-ADMINISTRADO POR ENCARGO FIDUCIARIO POR FIDUPREVISORA S.A. a pagar cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de alimentación, dotación, auxilio de transporte, devolución aportes a salud, devolución aportes apensiones, indemnización por despido injusto y sanción moratoria, en los montos indicados en el numeral segundo del fallo. También a pagar las costas del proceso. La absolvió de las demás pretensiones y dispuso la consulta a su favor.

Para arribar a tal decisión, la A quo previo análisis normativo y apoyada en precedentes jurisprudenciales, determinó la calidad de trabajadora oficial de la demandante y su vinculación mediante contrato de trabajo, basada en que de la prueba recaudada se logró demostrar la prestación personal del servicio y que la convocada no logró desvirtuar la subordinación, que, pese a las pequeñas interrupciones entre uno y otros contratos laborales, no se puede desconocer la continuidad el servicio. De otro lado sostuvo que el sindicato Sintracaprecom agrupa más de la tercera parte de trabajadores y por esa razón reconoce los derechos convencionales a la actora. Así mismo indicó que accede a la indemnización por despido sin justa causa, por cuanto si bien la liquidación de una entidad pública es una causal legal de terminación del contrato de trabajo, no es una justa causa por lo tanto debe indemnizarse. En cuanto a la indemnización moratoria, sostuvo que el uso indiscriminado de la contratación a través de órdenes de prestación de servicio resulta injustificado y por ello impone condena de la misma.

Finalmente, respecto pretendido reconocimiento de la aplicación del plan de retiro voluntario o consensuado, precisó que, si el mismo vincula únicamente a las personas que están en la planta de personal, para el momento en que se expidió la autorización en el año 2015 y que fue ejecutado en el mes de abril del año 2016, cuando la demandante se había desvinculado de Caprecom, por lo que no es posible acceder a tal reconocimiento.

5. Apelación.

Inconforme con la anterior decisión el apoderado judicial de la demandante la apeló controvirtiendo los argumentos de la A quo, respecto de la improcedencia del reconocimiento plan de retiro voluntario, bajo la egida que la facultad al liquidador se otorgó el 29 de diciembre de 2015, al optarse por el proceso liquidatario, data para en la que se encontraba vinculada por lo que debió ser beneficiaria del mismo, el cual es más favorable a los intereses de

los trabajadores que se acogieron. Agrega, al haberse declarado la relación laboral, debió permanecer vinculada hasta el 1º de mayo de 2016 fecha definitiva de la liquidación; y, que no lo estuvo debido al despido injusto por parte del liquidador.

De otro lado, discrepa de la actualización de los montos objeto de condena a la fecha de la terminación de la relación laboral, al considerar que deben ser actualizados hasta el pago efectivo.

6. Trámite de segunda instancia.

Ejecutoriado el auto que admitió la apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de CAPRECOM, se dispuso correr traslado a las partes y al señor Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social para alegar de conformidad con las previsiones del numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, término dentro del cual, las partes y el Ministerio Público hicieron uso de este derecho, exponiendo sus alegatos en los siguientes términos:

La demandante, expone las razones por las que considera debe confirmarse la decisión de declarar la existencia del contrato realidad de trabajo y reitera su inconformidad sobre la no aplicación del plan de retiro voluntario, aduciendo no lo hizo en su momento por circunstancias ajenas a su voluntad, debido a distractores provocados por el empleador en su vínculo laboral y decisiones y dilaciones del liquidador, las que le impidieron hacer expresa la aceptación. Asimismo, insistió en que la indexación debe extenderse hasta el pago efectivo el pago de lo adeudado.

El demandado PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA, enfatiza

que no ha sido objeto de discusión en el curso de este proceso la existencia de la prestación personal del servicio tampoco de la remuneración, por ser inherentes a la modalidad de contratos celebrados; que discute la concurrencia de un factor subordinante, porque conforme a las pruebas aportadas al proceso fue desvirtuada, por lo que no se encuentran estructurados los requisitos del contrato realidad. Acentúa que el vínculo existente entre las partes se derivó única y exclusivamente del contrato de prestación de servicios, por encontrarse dentro de las causales taxativas que la ley estipula para la procedencia de esta modalidad de contratación, toda vez que las actividades desarrolladas por la contratista eran de aquellas que no podían realizarse con personal de planta. Hace alusión a la buena de su actuar para reprochar la condena a la sanción moratoria.

El Ministerio Público. Luego de resumir los antecedentes del proceso, hizo alusión a los medios de prueba, concluyendo que la prestación personal del servicio se encuentra plenamente acreditada y aceptada por la demandada; que la prueba testimonial no desvirtúa la presunción que pesa en contra de aquella, sino que reafirma la existencia de subordinación, razón por la cual la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo y sus extremos es acertada. Que, si bien existen varios contratos y sus prórrogas, se trata de una única vinculación debido a la corta interrupción que media entre algunos de ellos.

Frente a las condenas impuestas a la demandada, sostiene que no es posible modificarlas en favor de la demandante por cuanto no reprochó ningún valor de las mismas; Aclara que, en este caso, la sanción moratoria corre efectivamente hasta el 27 de enero de 2017, según la publicación del acta final en el Diario Oficial No. 50129 de esa misma fecha. Concuerda con la decisión de la A quo de no acceder al plan de retiro voluntario, arguyendo que este fue implementado con posterioridad a la fecha de terminación del vínculo laboral y

por ello no le asiste derecho a la actora. Respecto de la actualización, indicó que es necesario extenderla hasta que el pago se haga efectivo.

III. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

En virtud de lo previsto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la competencia del Tribunal se subsume exclusivamente a la inconformidad planteada en la alzada, sin perjuicio de las previsiones consignadas en la sentencia C 968 de 2003 promulgada por la Corte Constitucional.

Respecto del grado jurisdiccional de consulta al no tener los limitantes de la apelación, el control de legalidad recae sobre todos los aspectos que sirvieron de fundamento a la sentencia en lo que sea adverso a los intereses de la entidad demandada.

2. Problemas jurídicos.

De acuerdo a los reparos concretos efectuados en las apelaciones y en atención a la consulta que se surte a favor de la demandada, se plantean los siguientes problemas jurídicos:

¿Existen elementos fácticos y legales para darle a la demandante la calidad de trabajadora oficial y por ende vinculada mediante contrato laboral, bajo el principio de primacía de la realidad?

Si lo anterior resulta positivo, como problema jurídico asociado deberá la Sala determinar ¿Si, se ajustan a derecho las condenas a cargo de la pasiva?

¿Debió la A quo acceder al pedimento referente al reconocimiento del plan de retiro voluntario de la actora?

¿La indexación de los conceptos laborales reconocidos a favor de la actora debe aplicarse hasta que el pago de los mismos se haga efectivo?

3. Respuesta a estos planteamientos.

Para dar solución al primer problema jurídico, conviene puntualizar que al tenor de la Ley 314 de 1996, la naturaleza jurídica del pretenso empleador se imbuía en una Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de las Comunicaciones, de ahí que, por regla general, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 sus servidores ostentan la calidad de trabajadores oficiales, y por excepción, los estatutos de dichas empresas precisarán las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que ostenten la calidad de empleados públicos. La condición de un servidor público como trabajador oficial o empleado público, se define exclusivamente por la Ley (sentencia Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, de 15 de abril de 2005, Rad. No. 24968).

De otro lado, el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, dispone que, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran tres elementos: a.) La actividad personal del trabajador (...) b.) La dependencia del trabajador respecto del patrono (...) y c.) El salario como retribución del servicio. El artículo 3º estipula que una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé. A su turno, el artículo 20 del referido decreto expresa que: "El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal

y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción"

Bajo esta arista, en aras de establecer si la demandante en este evento fungió como trabajadora oficial de la entidad accionada, se verificará por la Sala, si de los medios de pruebas acopiados al plenario es dable desentrañar estos presupuestos.

En el sub lite, anota la Sala, operó la actividad personal de la demandante, como quiera que, de los certificados de vinculación expedidos por Caprecom, obrantes a folios 21 a 27 del expediente escaneado, los contratos de prestación de servicio celebrados entre los enfrentados en la litis visible a folios 26 a 74, se avizora que la actora fue vinculada a la entidad para cumplir la prestación de un servicio con distintos objetos contractuales en diferentes áreas de la empresa, pues fungió como Técnico de Cuentas Médicas o del Comité Científico, Auxiliar en el proceso de contratación y Técnico de Apoyo al Proceso Financiero. Aunado a lo anterior, los testigos Lourdes Carvajal Niño y Luis Alfredo Mendoza Arteaga (compañeros de trabajo de la accionante), Consuelo González Bermúdez (jefe en la ejecución de algunos contratos) y Carlos Emilio Chávez Martínez (Director de la entidad para la época de los hechos) fueron contestes al afirmar que la demandante, prestó sus servicios personales en la entidad, ocupando los cargos antes referidos, versiones que infunden certeza por ser testigo directos dada la cercanía laboral que tuvieron con aquella.

Importa señalar que conforme los cargos desempeñados por la promotora del proceso y, acorde con las actividades enlistadas en los contratos, es claro que distan de ser de confianza y manejo, por ende, no encajan en la excepción, para ostentar la calidad de empleada pública, lo que implica que se perfila dentro de la calidad general de trabajadora oficial.

Ahora, de los comprobantes de registro presupuestal para cumplir con el compromiso de pago, visibles a folios 26 a 74, se desprende la retribución del servicio, y, aunque en cada contrato se asignaba un valor global por el periodo concertado, en últimas corresponde al salario, que, durante todo el tiempo servido, correspondió a una asignación mensual de $ 1.792. 549.00.

Así, se desnuda la categoría de trabajadora oficial de la promotora del proceso, la prestación del servicio o actividad personal a favor de la pasiva y la remuneración. Ha de anotar la Colegiatura que al estar probado que la demandante ejecutó de forma personal los servicios, debe aplicarse la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, para declarar la existencia de contrato de trabajo con la convocada a juicio.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de octubre de 2019 (SL 4537-2019. Rad. 73936) al referirse a la presunción del contrato de trabajo, trajo a colación precedente de la misma Corporación en el que se indicó que: *"... con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica, se presume, iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral"* agregando: *"De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, demoler dicha subordinación o dependencia"*

De cara a esta pauta jurisprudencial, atañe al empleador aportar los medios de convicción suficientes e idóneos para acreditar que, el vínculo se dio de manera autónoma e independiente, en este caso, en desarrollo de un contrato diferente al laboral. Se precisa que, para desvirtuar la presunción de la relación laboral en cuestión, no basta para ello blandir la existencia de los contratos de prestación de servicios, pues independientemente del rótulo que se les dé, lo que resulta determinante es lo que sucede en el campo de los hechos, esto es, la forma como se ejecuta la prestación del servicio.

En este caso, de las documentales obrante en el plenario, se constata que el dignatario de la época de los hechos, **Carlos Emilio Chávez Martínez** emite órdenes en forma generalizada a la Territorial Nariño, vale decir, indiscriminadamente a todos los colaboradores, para solicitar entrega de informes, señalar estrictos horarios de trabajo y ordenar trabajos en jornada continua (ve folios 77 a 86 anexo demanda), situación que corroboró al rendir su declaración al exponer que las disposiciones cobijaban a todos, sean de planta o contratistas; que sabía y tenía pleno conocimiento que a estos últimos no se les podía exigir un horario de trabajo, pero que, ella (la demandante) **tenía** que estar presente cualquier día a cualquier hora, lo que a juicio de la Sala, implica que su presencia en la sede laboral no estaba a su arbitrio, por el contrario era sujeta a disponibilidad laboral; es más, sostuvo el citado deponente, que ella, podía prestar su servicio libremente y en cualquier momento, sin embargo, resalto que era política de la empresa recibir las cuentas todos los días y en cualquier horario cuando las personas que iban a radicar o a presentar sus cuentas de cobro lo quisieran hacer y previno que, de manera alguna podía cumplir esa labor en sitio distinto al de trabajo, porque no podía retirar documentos ni equipos de la entidad, pues estos contaba con aplicativos que eran propios de la misma y que sólo estaban instalados en dichos equipos, lo que se le asignaban dentro de las instalaciones. Estos dichos fueron ratificados por los testigos **Luis Alfredo Mendoza, Lourdes Carvajal Niño y Consuelo González Bermúdez**

Lo anterior, deja en evidencia que los elementos de trabajo utilizados por la demandante pertenecían a la empresa, incluso frente a este hecho se despeja cualquier asomo de duda, con los oficios dirigido por la actora a la almacenista de CAPRECOM en uno, haciendo una relación de los elementos que tiene a su cargo, que valga decir, son todos los necesarios para cumplir su labor, y en otro, cuando hizo entrega de los mismos (Fls. 89/90 anexos demanda).

Bajo este panorama probatorio, concluye este juez plural, que en este evento que la demandante, prestó sus servicios según las instrucciones y bajo el control de la entidad oficial; que el mismo implicaba su integración a la organización de la empresa, dentro de un horario determinado, en el lugar

indicado, utilizando las herramientas que le suministraba la empleadora, por lo que con acierto adujo la A quo, que la convocada no logró desvirtuar el elemento subordinación, haciendo hincapié que las probanzas acopiadas al proceso, demuestran lo contrario. En consecuencia, por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, del artículo 53 de la CP, atinó la funcionaria cognoscente al develar la verdadera atadura de los contratantes para declarar la existencia del vínculo laboral de la actora como trabajadora oficial; o, lo que es igual, que estuvo vinculada con la entidad demandada mediante contratos fictos de trabajo.

Definido lo anterior, respecto a los extremos temporales de tal relación, los documentos obrantes a folios 26 a 74, contentivos de órdenes y contratos de prestación de servicios y las certificaciones expedidas por Caprecom contenidas en los folios 21 a 27, permiten establecer que el ligamen laboral contractual tuvo su génesis el **7 de septiembre de 2012** con plazo de dos (2) meses, data de suscripción del primer contrato, prolongado en el tiempo, hasta llegar al último suscrito el 23 de junio de 2015, con plazo hasta el 31 de diciembre de 2015 y vigencia futura a **31 de enero de 2016**, data en la que efectivamente se puso fin al ligamen contractual, tal como consta en la carta de terminación del contrato obrante a folio 73 anexa a la demanda; por tanto, esta Sala de Decisión coincide con la decisión adoptada por la falladora de primera instancia, de fijar las extensión laboral entre el 7 de septiembre de 2012 y el 31 de enero de 2016.

Confrontadas las fechas de suscripción de los referidos contratos, cumple advertir que, si bien es cierto se presentaron cortos lapsos de interrupción entre uno y otro, estos no alcanzan a superar los diez (10), como nítidamente se vislumbra de la relación que hace la pasiva en el cuadro anexo al hecho segundo de la contestación de la demanda (Ver folio 3), por lo que es dable aceptar que la relación laboral se desarrolló en forma continua, apreciación que se emite, con apego a lo argüido por la Sala de Casación Laboral de la

Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 981 del 20 de febrero de 2019, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que al estudiar la temática referida a las interrupciones en los contratos de prestación de servicios, precisó: *"En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece"*

En lo que lo que atañe a la remuneración percibida por la actora en el referido interregno de tiempo, quedó visto en precedencia que fue de $ 1.792. 549.00, tal como se afirmó en la demanda, dato acogido por la A quo.

Con las anteriores coordenadas pasa la Sala a establecer si las acreencias laborales concedidas en primera instancia, se encuentran ajustadas a derecho, siendo menester abordar el estudio de la excepción de prescripción formulada en forma oportuna por la convocada a juicio.

En este orden, se tiene que conforme la documental visible a folios 10 a 14 de los anexos de la demanda (archivo 02) la reclamación administrativa se presentó el 19 de diciembre de 2016, por lo que acorde con el artículo 151 del CPTSS, tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción trienal por un lapso igual, lo que quiere decir que corría hasta el 19 de diciembre de 2019; empero, precisamente en esta fecha se presentó la demanda (archivo 01); en consecuencia, quedaron afectadas de prescripción los derechos laborales causados con anterioridad al 18 de diciembre de 2013; no obstante, como la fecha establecida por la A quo para este efecto es enero 6 de 2014, la misma se mantendrá incólume por ser más beneficiosa a los intereses de la entidad a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta. Así entonces, las condenas impuestas se examinarán teniendo en cuenta dicha data,

excluyendo la compensación de vacaciones, que cuenta con un año más para su reclamación y el auxilio de cesantías, que solo se cuenta a partir de la terminación del vínculo. En lo referente a la aplicación de los derechos convencionales a favor de la accionante, la Sala coincide con las conclusiones del juzgado otorgando los beneficios contemplados en la CCT de Sintracaprecom, visible a folios 149 y siguientes del expediente escaneado, toda vez que en su momento, los miembros que conforman el sindicato excedían de la tercera parte de los trabajadores de la entidad , según consta, en el certificado obrante a folio 191 del plenario, de tal manera que a voces del artículo 471 del CST, la decisión del juzgado de conocimiento encuentra respaldo jurídico. La convención colectiva con sus modificaciones y anexos fueron depositados en forma legal y oportuna y por lo tanto resultan aplicables al caso.

Partiendo de lo anterior, por tener el demandante derecho, en cuanto se cuenta con respaldo jurídico y convencional, el reconocimiento al pago por concepto de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, dotaciones, indemnización moratoria e indemnización por despido injusto, se mantendrán a favor del extremo activo de la litis.

No ocurre lo mismo con las condenas impuestas para la **devolución de aportes en salud y pensiones** en cuanto no hay lugar a disponer tal reembolso a la demandante, pues confrontado el acervo probatorio, se encuentra una total orfandad probatoria, que sirva para demostrar que efectivamente dichos aportes fueron cancelados a las respectivas entidades, falencia probatoria que impide acceder a este pedimento, razón por la cual, se abolirá la decisión de devolver estos rubros.

En lo que atañe a la condena **por auxilio de alimentación y transporte**, serán retirados de la condena. Ello por cuanto, en primera instancia se condenó a la pasiva a pagar a favor de la demandante unas sumas de dinero por estos

conceptos; sin embargo, de acuerdo con lo vertido en el acápite del régimen salarial contenido en la guía de liquidación del régimen prestacional de los trabajadores de Caprecom, efectuada con fundamento convencional, visible a folios 95 y siguientes de los anexos de la demanda, concretamente en los ítems 1.2.4 y 1.2.5 respectivamente, es dable concluir que la demandante no está dentro de las condiciones que se exige para tener derecho a tales beneficios, básicamente porque ambos derechos, están dirigidos a los trabajadores que devengue hasta dos (2) salarios mínimos, a la postre, ella superó para la época reclamada esta cuantía.

En claro lo anterior, en aras de verificar si los montos asignados por cada uno de los derechos laborales *-cuyo reconocimiento encuentra respaldo en esta instancia-*, se ajustan a la legalidad, tras efectuar las operaciones aritméticas cuyo cuadro se anexan a este proveído, con sujeción a los lineamientos establecidos para ese efecto, se encuentra lo siguiente.

Las cesantías, liquidadas por todo el tiempo laborado (sin prescripción), arrojan un valor de $ 6.543.844,81, suma que resulta superior a la calculada en primera instancia - *frente a ese concepto la A quo aplicó prescripción total-*, para no hacer más gravosa la situación de la entidad en favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, en virtud de la prohibición que existe de no imponer condena en peor, se confirmará el monto fijado por la A quo.

Vacaciones, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la compensación en dinero de las vacaciones, en tanto no se acreditó en el plenario que las haya disfrutado en tiempo; es también oportuno, tener en cuenta que frente a este concepto se cuenta con un año más para su reclamación, por tanto, como quedó definido que se tendrá en cuenta la fecha de prescripción tomada por la A quo, esto es el 6 de enero de 2014 por ser más favorable para Caprecom, entidad a favor de la cual se surte la consulta, en observancia al año adicional para la reclamación, las mismas se liquidaran

desde el 6 de enero de 2013 a 31 de enero de 2016, correspondiendo para cada uno de esos concepto, la suma de $ 2.751.064,78, notoriamente mayor a la decidida en primera instancia, por lo que, al resultar más favorable para CAPRECOM, en favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, deviene la refrendación de la señalada por la A quo;

Prima de vacaciones, bajo las anteriores consideraciones, se liquidó este concepto y correspondió a la suma de $ 2.751.064,78, también supera la establecida en primera instancia, por tanto, por resultar desfavorable para CAPRECOM, en favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta se confirmará el monto determinado por la A quo.

Prima de navidad, teniendo en cuenta los periodos afectados de prescripción, la liquidación en esta instancia, arroja un total de $ 3.728.771,63; como esta suma resulta inferior a la que estableció la falladora de primera instancia, por ser más favorable a Caprecom, en virtud al grado de consulta, deviene procedente modificar este rubro a su favor.

Dotaciones.

Con sujeción a los parámetros contenidos en el acápite del régimen salarial contenido en la guía de liquidación del régimen prestacional de los trabajadores de Caprecom, efectuada con fundamento convencional, visible a folios 95 y siguientes de los anexos de la demanda, concretamente en el ítem 4.7., se constata que la demandante al haber desempeñado el cargo como Técnico en distintas áreas de la empresa convocada a juicio, le asiste derecho a las mismas, independientemente del valor salarial percibido; en consecuencia, al confrontar la liquidación efectuada en primera instancia que fue de $ 3.581.200,00, con la realizada por el Tribunal, la que previa aplicación de la prescripción arrojo un valor de $ 2.788.400,00 teniendo en cuenta que son 4 dotaciones año, cada una a $ 410.000 y solo se causan por trimestre

trabajado. En consecuencia, por ser más favorable a los intereses de la accionada, se hará la modificación respectiva en este proveído

Indemnización por despido injusto, Al respecto señala la Sala, que acreditado como se encuentra que lo realmente existente desde el inicio entre las partes fue un contrato de trabajo, conforme lo reglamentan los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, el mismo se entiende a término indefinido y, por tanto, pactado por seis meses y prorrogado en las mismas condiciones por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, "(…) por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo (…)"

Es claro para la Sala que la terminación del contrato con la demandante no obedeció a ninguna de las causales previstas como justas en el referido Decreto 2127 de 1945, concordante con el Decreto 2351 de 1945, pues según la contestación de la demanda y lo recaudada a través de la prueba testimonial, el contrato con el que tuvo vinculación la actora se terminó el 31 de enero de 2016 por la liquidación de la entidad, siendo esta la razón legal pero no justa para la terminación del mismo (fl. 73 anexos demandan).

Así las cosas, teniendo en cuenta que el tiempo que falta para completar el plazo presuntivo es de 4 meses y 24 días, efectuada la liquidación por este Tribunal, arroja la suma de $ 8.604. 235.00, la cual es inferior a la calculada en primera instancia, luego entonces con sujeción a la consulta, deviene la modificación de este rubro, adoptando este valor como indemnización por despido injusto.

Indemnización moratoria, Sobre el tema, la jurisprudencia laboral ha sido reiterada en el sentido de que la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del CST, para el sector privado, y en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949,

para el oficial, es de naturaleza sancionatoria, de modo que para su imposición el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de buena o mala fe, pues solo la presencia de este último elemento estructura su configuración[1].

En ese sentido, es de anotar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL649 de 1º de marzo de 2021, que reiteró el fallo SL1920 de 2019 y que analizó un caso semejante postulado por un trabajador oficial contra una empresa industrial y comercial del Estado liquidada, estableció que la mencionada indemnización moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, era procedente cuando se demostraba la prestación personal del servicio ante el enjuiciado mediante contratos de trabajo revestidos de la forma de convenios de prestación de servicios personales, y que durante su desarrollo y a su terminación aquél se sustrajo de reconocer el carácter de subordinado que le era propio desconociendo al paso los derechos salariales y prestacionales correspondientes; circunstancia que descarta una buena fe en su actuar.

En el caso de autos, desde la contestación de la demandada CAPRECOM alegó que la actora estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios, por tanto, alegó su proceder de buena fe, bajo la egida que, durante todo el tiempo consideró plenamente que las actividades contratadas bajo tal modalidad no generaban una vinculación diferente, con base en a la contractual.

Para la Sala, dichos fundamentos no pueden acogerse como eximentes de la sanción moratoria, en tanto ello se traduciría en la anuencia para que, a pesar de la necesidad del servicio prestado, la figura del contrato de prestación de

[1] SL194 de 23 de enero de 2019, rad. 71.154

servicios sea mal utilizada con el fin de vulnerar los derechos mínimos de los trabajadores colombianos. En esta línea de pensamiento, la invocada buena fe se fractura, como quiera que, al haber quedado demostrado que hubo actividad personal del servicio por parte de la actora mediante contratos fictos de prestación de servicios con los que desconocieron la subordinación y de contera los derechos salariales y prestacionales correspondientes, la entidad demandada debe pagar a la promotora del proceso la indemnización moratoria en estudio, porque nunca sufragó las prestaciones sociales y conforme las circunstancias que rodearon su conducta de disfrazar verdaderas relaciones de trabajo mediante contratos de prestación de servicios, se considera que obró de mala fe.

Ahora, importa precisar que tal derecho es procedente, en tanto el Decreto 797 de 1949, en su artículo 1° concede un término de gracia de noventa (90) días a las entidades que ocupen trabajadores oficiales para poner a su disposición todos los valores que por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones se encontraren insolutos en el momento en que termine el contrato de trabajo, al cabo de los cuales, si el empleador no realiza los respectivos pagos, calculará la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de mora, cuya imposición correrá a su cargo.

Cabe memorar que la Sala de Casación Laboral en sentencia SL981 de 2019 con radicación 74084 de 20 de febrero de ese mismo año con ponencia de la doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, luego de manifestar que la figura consagrada en la ley 80 del 93 no puede vulnerar o ir en contra de los derechos laborales de los trabajadores, anotó que el cálculo para la indemnización ya no se hace por el termino de 90 días hábiles sino 90 días calendario y corre tratándose de entidades públicas o entidades del sector oficial hasta el momento de la liquidación, en sus términos expuso: "*En conclusión cuando ocurre la liquidación de la entidad del sector oficial, la sanción*

moratoria del artículo 1º del Decreto 797 del 49 debe ir hasta la fecha en que aquella deja de existir, tal como lo adoctrino la Sala en sentencia CSJ SL 1942019 y SL 3902019".

Así, realizado el cálculo en la forma antes explicada y teniendo en cuenta el salario acreditado en esta instancia, CAPRECOM reconocerá la suma de $ 59.751,63 diarios, los cuales resultan de tener en cuenta que la relación laboral terminó el 31 de enero de 2016 y por ende que la indemnización corre a partir del 2 de mayo de 2016 hasta el cierre final de la liquidación ocurrida el 27 de enero de 2017, acta final contenida en el Diario Oficial No. 50129 de la misma fecha, corresponde a un total de $ 15.893.934,00, como quiera que, esta es inferior a la determinada en primera instancia, por ser menos gravosa para los intereses de Caprecom cuya consulta se surte a su favor, se impone modificarla a su favor.

Conforme lo antes expuesto, la sentencia de primera instancia será modificada en los puntos antes referidos y confirmada en lo restante.

Del plan de retiro consensuado.

La censura ante decisión negativa en primera instancia, procura que este Colegiado reconozca el beneficio del plan de retiro voluntario.

El artículo 26 del Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, previó un Plan de Retiro Consensuado, otorgando la facultad al liquidador de elaborarlo y ejecutarlo para los trabajadores oficiales que se encuentren vinculados a la CAJA PREVISION SOCIAL COMUNICACIONES, CAPRECOM, EICE, previa apropiación y disponibilidad presupuestal. En desarrollo a esta potestad, el liquidador solo el 12 de abril de 2016 mediante resolución 000558 materializó el aludido plan, por lo que, a buen seguro, se emprendió la ejecución luego de contar con los recursos legalmente acopiados para el efecto, y es razonable

que previo a ello, no era viable la misma. De tal manera que, estando acreditado que a parir del 31 de enero de 2016, la demandante quedó desvinculada en la entidad, es decir con anterioridad a la precitada ejecución del plan de retiro consensuado, tal como lo definió la A quo, no es posible acceder a su reconocimiento; es más, acoge esta Sala el concepto emitido por el Ministerio Público, según el cual, a la actora no le asiste ese derecho, porque el hecho de que el agente liquidador cuente con facultades para su implementación desde que se toma la decisión de liquidar la entidad no genera derechos per se en favor de los trabajadores, sino hasta que nace a la vida jurídica el acto administrativo que lo implementa, que ocurrió con posterioridad al retiro de la trabajadora; además, que en el expediente no obra prueba de la solicitud de acogerse a dicho plan de retiro voluntario por parte de la demandante.

Por estas razones, los argumentos expuestos por el recurrente, no tienen la virtualidad de quebrar la decisión que sobre este aspecto adoptó la falladora de instancia.

De la indexación.

Con la alzada la pretendiente reclama que la actualización de los montos objeto se ordene hasta el pago efectivo, aseverando que la A quo dispuso la indexación sólo hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo.

Al respecto, escuchadas las consideraciones sobre las cuales la funcionaria judicial edificó su decisión, se echa de menos que en algún momento haya limitado la actualización de las condenas hasta el momento indicado por la censura; no obstante, teniendo en cuenta que la indemnización moratoria quedó limitada hasta el 27 de enero de 2017, deviene forzoso aclarar en este

proveído que a partir del 28 de enero de 20172, las obligaciones adeudadas deberán ser indexadas, hasta que se materialice el pago total de las mismas.

Recapitulando, las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de prescripción que prosperó parcialmente, las demás, no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió.

4. COSTAS

Como quiera que la alzada tiene vocación parcial de prosperidad, la Sala se releva de imponer condena en costas a cargo de la recurrente.

IV. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** de la sentencia dictada el 12 de octubre de 2021 por el Juzgado

[2] Corte Suprema. Sala de Casación Laboral. Radicación No. 73806 (SL014-2021) de 20 de enero de 2021. Magistrada ponente: Jimena Isabel Godoy Fajardo. En este precedente, quedó sentada la incompatibilidad entre la sanción moratoria y la indexación.

Tercero Laboral del Circuito de Pasto objeto de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la empresa demandada, por lo motivado en precedencia, el cual quedará así:

> *"**SEGUNDO.-** Condenar a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE, representada por el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES- PAR CAPRECOM LIQUIDADO, a pagar a la parte demandante una vez ejecutoriada la presente providencia los siguientes conceptos y valores:*
>
> | | |
> |---|---|
> | *Cesantías* | *$ 3.874.717,00* |
> | *Vacaciones* | *$ 1.937.358,00* |
> | *Prima de vacaciones* | *$ 1.937.358,00* |
> | *Prima de navidad* | *$ 3.728.771,63* |
> | *Dotación* | *$ 2.788.400,00* |
> | *Indemnización por despido injusto* | *$ 8.604.235,00* |
> | *Indemnización moratoria* | *$ 15.893.934,00,"* |
>
> Salvo la indemnización por sanción moratoria, los demás conceptos se deberán cancelar indexados a partir del 28 de enero de 2017, hasta el pago efectivo de la obligación.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia apelada y revisada en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO. ANEXAR el cuadro contentivo de las operaciones aritméticas.

CUARTO. Sin lugar a condena en COSTAS en esta instancia.

QUINTO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

SEXTO. REMITIR el expediente al juzgado de origen.

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES TRABAJADOR OFICIAL CAPRECOM

DEMANDANTE	AURA SORANI MONTENEGRO
DEMANDADO	CAPRECOM
RADICADO	2020-00013
EXTREMOS	**7 DE SEPTIEMBRE DE 2012 A 31 DE ENERO DE 2016**
PRESCRIPCIÓN	**6 DE ENERO DE 2014**

COMPENSACIÓN DE VACACIONES — **PRESCRIPCION: 6/01/2013**

	A.B.M.	I.S.A.	G.R.	AUX.TRANSP.	SUBS.ALIMEN.	1/12 B.S.	1/12 B. R.	DIAS PERIOD	DIAS A COMP	TOTAL COMP. VAC.	TOTAL PRIMA VACACIONES
2013	1.792.549,00	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	355	14,79	883.826,24	883.826,24
2014	1.792.549,00	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	360	15,00	896.274,50	896.274,50
2015	1.792.549,00	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	360	15,00	896.274,50	896.274,50
2016	1.792.549,00	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	30	1,25	74.689,54	74.689,54
								SUMA TOTAL	**46,04**	**2.751.064,78**	**2.751.064,78**

PRIMA DE NAVIDAD (SE CAUSA A 30/NOV X 1/12 X MES COMPLETO)

	A.B.M.	I.S.A.	G.R.	AUX.TRANSP.	SUB.A.	1/12 B.S.	1/12 B.R.	1/12 P.V.	SALARIO BASE.	DOCEAVAS	TOTAL P. NAV.
2014	1.792.549,00	$ -	$ -	-	-	$ -	$ -	$ 74.689,54	1.867.238,54	11	1.711.635,33
2015	1.792.549,00	$ -	$ -	-	-	$ -	$ -	$ 74.689,54	1.867.238,54	12	1.867.238,54
2016	1.792.549,00	$ -	$ -	-	-	$ -	$ -	$ 6.224,13	1.798.773,13	1	149.897,76
										SUMA TOTAL	**3.728.771,63**

CESANTÍAS ANUALIZADAS (DESPUES DE 31/DIC/1996)

	A.B.M.	I.S.A.	G.R.	AUX.TRANSP.	SUB.A.	1/12 B.S.	1/12 B.R.	1/12 P.V.	1/12 P.N.	1/12 H.EXT.	S.B.	DIAS	TOTAL CESANT.
2012	1.792.549,00	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	-	$ -	1.792.549,00	114	567.640,52
2013	1.792.549,00	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	-	$ -	1.792.549,00	360	1.792.549,00
2014	1.792.549,00	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ 74.689,54	142.636,28	$ -	2.009.874,82	360	2.009.874,82
2015	1.792.549,00	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ 74.689,54	155.603,21	$ -	2.022.841,75	360	2.022.841,75
2016	1.792.549,00	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ -	$ 6.224,13	12.491,48	$ -	1.811.264,61	30	150.938,72
												SUMA TOTAL	**6.543.844,81**

INDEMNIZACION DESPIDO DCTO. 2127 DE 1945		
PLAZO PRESUNTO 144 DIAS		
Valor mes:	$	1.792.549
INDEMNIZACION	**$**	**8.604.235**

INDEMNIZACION MORATORIA DTO 797 DE 1949			
DESDE	**HASTA CIERRE CAPRECOM**	**DÍAS**	**SALARIO**
2/05/2016	27/01/2017	266	$ 1.792.549
TOTAL			**$ 15.893.934**

DOTACION ROPA DE LABOR

DESDE	HASTA	DIAS PERIODO	# DOTACIONES AÑO	PROPORCION	DOTACION CONVENCION	TOTAL DOTACION
6/01/2014	31/12/2014	355	4	3,00	$ 382.800	$ 1.148.400
1/01/2015	31/12/2015	360	4	4,00	$ 410.000	$ 1.640.000
1/01/2016	31/01/2016	30	4	-	$ 410.000	$ -
T O T A L						**$ 2.788.400**

RESUMEN ACREENCIAS		
CESANTÍAS	$	6.543.845
COMP. VACAC.	$	2.751.065
PRIMA VACACIONES	$	2.751.065
PRIMA DE NAVIDAD	$	3.728.772
INDEMNIZACIÓN X DESPIDO SIN JUSTA CAUSA	$	8.604.235
INDEMNIZACIÓN MORATORIA	$	15.893.934
DOTACION ROPA LABOR	$	2.788.400
TOTALES		**43.061.315,68**

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Angel Alfaro

Mayo diez (10) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2020-00262-01 (451)
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Demandantes:	-Segundo Eliceo Pantoja España -Lidia Eugenia Botina Díaz -María Rosa Alejandrina España De Pantoja - Carmen Omayra Pantoja España -Álvaro Juvencio Pantoja España
Demandados:	-Cooperativa De Transportadores de Putumayo Limitada –Cootransmayo Ltda. -María Irma Arboleda Rodríguez
Asunto:	Resuelve apelación.
No. Acta:	159

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala profiere sentencia escrita que resuelve los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la parte demandante, y por las apoderadas de los demandados Cootransmayo Ltda., y María Irma Arboleda Rodríguez contra la sentencia dictada el 7 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Los demandantes llamaron a juicio a la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE PUTUMAYO LIMITADA – COOTRANSMAYO LTDA y la señora MARIA IRMA ARBOLEDA RODRIGUEZ., para que se declare i) la existencia del contrato de trabajo entre el señor Segundo Eliceo España y la Cooperativa de Transportadores de Putumayo Limitada "Cootransmayo", entre el 11 de octubre y el 2015 hasta el 26 de octubre del 2017; ii) que la empresa demandada es responsable por culpa patronal en el accidente de trabajo que sufrió el señor Segundo Eliceo Pantoja España, el día 26 de octubre de 2017.

Como consecuencia de lo anterior, procuran que se condene a la mencionada convocada y solidariamente a MARIA IRMA ARBOLEDA RODRIGUEZ, al pago indexado de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro), morales objetivados y subjetivados, además fisiológicos o de vida en relación, conforme lo establecido en el artículo 216 del CST y las costas procesales.

2. Hechos.

Los hechos con relevancia jurídica en los que el extremo activo apoya las anteriores pretensiones se contraen a los siguientes:

Que el 11 de octubre del 2015 el señor Segundo Eliceo Pantoja España fue vinculado como trabajador de la empresa Cootransmayo para desempeñar el cargo de conductor, devengando el SMLMV; que el 25 de octubre del 2017 se le ordenó el despacho del vehículo tipo bus de placa TFO-998 en la ruta Puerto Asís – Cali, y fue asignado como conductor junto con Luis Hernando Escobar; que a la altura del kilómetro 34 + 250 metros en la vía San José de Isnos, Vereda Galaguala, sufrieron un accidente en el que resultaron cuatro personas fallecidas y varias lesionadas, entre ellas Segundo Eliceo Pantoja España, quien fue trasladado de urgencia a la Clínica Santa Gracia de Popayán. Indica que a causa del accidente resultó con politraumatismo severo con varias contusiones pulmonares, hematomas, fractura de pelvis, fractura de fémur, fractura vertebral, fragmento ocio en el canal medular y fracturas costales múltiples, entre otras, siendo intervenido quirúrgicamente para la recuperación de su salud.

Se afirma que el 24 de septiembre del 2020, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá emitió dictamen de calificación de Segundo Eliceo Pantoja, con un porcentaje del 62.26% de PCL generada por accidente laboral. Que de acuerdo con el informe policial y el análisis técnico efectuado por el Profesional de automotores, vinculado con la Policía Nacional se evidenció en el sistema de frenos un uso excesivo y la fuerza no estaba siendo distribuida de manera uniforme entre las cámaras de freno, debido a que una de las campanas presentaban grietas, generando que el frenado no fuese óptimo, constituyendo falta de pericia y prudencia en la conducción del vehículo por parte del señor Luis Hernando Escobar Melo .

Se expone que el 8 de mayo del 2019 la Fiscalía Segunda Sección de Popayán presentó escrito de acusación contra de Luis Fernando Escobar Melo por el posible delito de homicidio culposo, como consecuencia del accidente de tránsito. Que debido al accidente de tránsito y las consecuentes lesiones padecidas, se vieron muy afectadas sus actividades laborales y disminuidas las ayudas que le proporcionaba a su familia, generando pérdida del sustento diario, sufrimiento, dolor y congoja a todo el núcleo familiar.

3. Contestación de la demanda.

De COOTRANSMAYO.

Se opone parcialmente a las pretensiones. Acepta lo atinente a la existencia del contrato de trabajo con el señor Pantoja España. Sostiene que el accidente de tránsito obedeció a un caso fortuito (emite su apreciación al respecto) y por ello no admite la pretendida culpa patronal, ni los perjuicios alegados por la contraparte. Alega en su defensa que la empresa ha cumplido con todos los requisitos de ley para la actividad de la conducción de vehículos de servicio público de pasajeros y que el accidente de tránsito no le fue imputado a la empresa, ni al propietario del vehículo, que en el mismo operó culpa exclusiva de la víctima, en este caso de Segundo Eliceo Pantoja España porque manipuló el sistema de frenos del vehículo, ocasionando dicho accidente. Indica que el grupo familiar del demandante no reside con él en Puerto Asís, que parte de la familia vive en el municipio de Colón. Propuso las excepciones de: Cobro de lo no debido por carencia de nexo causal – ausencia de responsabilidad patronal- ausencia de culpa suficiente comprobada del empleador, existencia de una causal eximente de responsabilidad-fuerza mayor, inexistencia de prueba que conlleve la acreditación de la culpa

suficiente comprobada como presupuesto para endilgar responsabilidad, principio de buena fe.

De MARÍA IRMA ARBOLEDA RODRÍGUEZ.

Se opone a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó unos e indicó que no le constan. Reconoció lo concerniente a la vinculación laboral de Segundo Eliceo Pantoja, el cargo desempeñado y funciones desempeñadas por este, también ser la propietaria del vehículo, la existencia del accidente de trabajo de origen laboral, y los hechos que generaron este accidente; empero, niega tener responsabilidad en el mismo, arguyendo que fue un caso fortuito imposible de evitar por el empleador y atribuye la culpa al trabajador por la manipulación indebida del sistema de frenos del vehículo. Formuló excepciones de: Falta de legitimación en la causa por pasiva, excepción al principio in vigilando o in iligendo, inexistencia de nexo causal entre la actuación u omisión del empleador y el daño ocasionado a los demandantes, inexistencia de culpa suficiente comprobada en cabeza del empleador.

4. Decisión de primera instancia.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto - Nariño, mediante fallo del 7 de octubre del 2021, declaró: i) La existencia del contrato de trabajo entre el señor Segundo Eliceo Pantoja España y Cootransmayo LTDA., con extremos entre octubre 11 de 2015 y octubre 25 de 2017; ii) Que esta empresa, es responsable por culpa patronal por el accidente de trabajo sufrido por el trabajador; iii) No probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada.

En consecuencia, condenó a Cootransmayo LTDA., y solidariamente a la demandada María Irma Pantoja España a pagar: A favor de Segundo Eliceo Pantoja España, por lucro cesante futuro la suma de $52.755.408,00, por lucro

cesante consolidado $15.515.551, por perjuicios morales $25.820.095,00 y por daño de vida en relación, $25.820.095,00; y a favor de Lidia Eugenia Botina Díaz la suma de $25.820.095,00, por concepto de perjuicios morales. Además, a pagar las costas del proceso. Absolvió a la pasiva de las pretensiones indemnizatorias solicitadas por María Rosa Alejandrina Botina Díaz, Carmen Omaira y Álvaro Juvencio Pantoja España.

Como fundamento de esta decisión, previno estar por fuera del debate probatorio la conformación del núcleo familiar de Segundo Eliceo Pantoja España, la existencia del contrato de trabajo desde el 11 de octubre del 2015 hasta el 25 de octubre de 2017 fecha del accidente, el salario, la ocurrencia del accidente de trabajo el 25 de octubre del 2017 en el vehículo de placas TFO-998 en la ruta Puerto Asís – Cali, conducido al momento del accidente por Luis Hernando Escobar Melo. Confirió valor probatorio al croquis del accidente y al dictamen pericial emitido por la Policía Nacional, por no haber sido tachado y aceptados por la pasiva.

Igualmente, destacó que no fue materia de controversia las afectaciones en la salud como consecuencias del accidente sufridas por el señor Pantoja España, tampoco el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez de la Regional Bogotá, que estableció una PCL del 62.26% de origen laboral.

Precisado lo anterior, al abordar el estudio de la culpa imputable al empleador Cootransmayo Ltda., previa disertación sobre la normatividad que regula la materia, definiciones del accidentes laborales y la responsabilidad plena y la reparación de perjuicios concluyó que, el vehículo presentó daño en el sistema de frenos, que no se demostró que la empresa haya sido diligente en el momento de la revisión técnica antes de iniciar el viaje, por tanto, no cumplió estrictamente con la protección y prevención frente a la parte técnica del rodante; por lo que da por demostrada la negligencia de la empresa por omisión en los procedimientos y en la logística alusiva a la revisión técnica del

vehículo antes del despacho del viaje en el cual ocurrió el accidente, además, que no existía para entonces en el año 2017 persona vinculada directamente con la empresa para que hiciera esa revisión posterior a la intervención correctiva que ocurrió en el vehículo, por ello, al tratarse de una actividad peligrosa las medidas que debe tomar el empleador han de ser máximas para evitar la ocurrencia de accidentes.

No obstante, precisa que, en este evento, también hubo un actuar negligente del trabajador, dado que debió avisar a la empresa a efectos que decidiera lo que debían hacerse frente al vehículo que tenía la falla en sus frenos, lo cual omitió, interviniendo el vehículo, siendo probable que esto haya sido una causa del accidente, pero no es contundente, puesto que no existe prueba técnica indicativa que efectivamente el siniestro se derivara de tal intervención en los frenos. En consecuencia, señaló que las condenas contra la empresa y la propietaria del vehículo, las tasaba únicamente en el 50% frente a la liquidación realizada por el juzgado.

Estimó que la situación de salud del señor Segundo Eliceo Pantoja, afecta a su compañera permanente, que es la persona que está viviendo con él, la que debe cuidarlo y atenderlo. No encontró probado perjuicio directo respecto de los hermanos y la madre de demandante.

5. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las partes, exponiendo como fundamento de inconformidad lo siguiente:

La parte demandante.

Discrepa de la tasación de perjuicios y la exclusión de María Rosa Alejandrina España, Carmen Omayra Pantoja España y Álvaro Juvencio Pantoja España.

Frente al primer punto, aduce que está en desacuerdo con la reducción de los perjuicios por concurrencia de culpas, porque se logró establecer la responsabilidad plena del daño respecto las omisiones en que incurrió la empresa, que corresponden a la indebida verificación del parque automotor respecto a los mantenimientos y a las reparaciones mecánicas que se debía hacer previo al despacho del personal que estaba transportando. Que quedó en claro que al momento del accidente iba conduciendo Luis Hernando, actuando en nombre del empleador. Igualmente, quedó establecido un nexo causal entre el uso excesivo del sistema de freno y el accidente, así mismo que son dos sistemas diferentes y el que intervino Segundo Eliceo corresponde al freno de parqueo, operable exclusivamente cuando el vehículo este estacionado, para generar estabilidad y no se mueva, lo que no afecta absolutamente en nada el funcionamiento del sistema de frenado de pedal porque no tienen ninguna relación directa.

Sostiene que, no existe relación entre la suspensión de la manguera amarrada con un lazo y el sistema de freno de pedal, por tanto, la omisión del cumplimiento de las tareas obedece a una falla en el sistema de frenos, que corresponde a una responsabilidad plena por quien en ese momento estaba efectuando la conducción y de la empresa transportadora, quién era la guardiana del vehículo como tal por lo que, a ésta le asiste responsabilidad plena de perjuicios y que no debe ser reducida.

En cuanto a lo no inclusión de María Rosa, Carmen Omayra y Álvaro Juvencio. Madre y hermanos del lesionado, afirma que existe prueba del parentesco; que hay una prueba testimonial que habló de la cercanía, el dolor y sufrimiento que se causó, así sea de manera somera o esporádica, que, si bien no es contundente, si es un indicio de afectación, además que el principio de la presunción del daño moral, reconocido por la jurisprudencia no fue desvirtuado. Por lo anterior, pide incluir en la condena a estas personas.

La parte demandada Cootransmayo.

Depreca absolución de todas las condenas, con tal propósito arguye que no acepta que se dé por acreditada la culpa del empleador, que contrario a lo expuesto por la A quo, la empresa ha dado cabal cumplimiento a la resolución 315 del 6 de febrero de 2013; que quedó probado en el proceso que cumple con la revisión técnico mecánica y la revisión del mantenimiento de los vehículos que pueden ser contratadas por el propietario. Que en este caso, el vehículo fue llevado por su propietaria, a un taller para las intervenciones correctivas, que las validaciones de las reparaciones realizadas corresponden a la empresa; Esgrime que el juzgado echa de menos que la empresa contaba con centros autorizados para hacer la validación de las reparaciones, enfatizando que documentalmente se encuentra acreditado que la empresa tenía y tiene contratos con talleres autorizados, que el rodante de placas TFO – 998 fue llevado al Servicio Autorizado el taller FULLCAR donde el jefe de taller Juan Carlos Gálvez y el ingeniero mecánico Charles Darwin Lozada, hicieron la respectiva revisión, y al inspeccionarlo determinaron que no tenía ninguna regularidad ni falla para el funcionamiento. Agrega que con la prueba testimonial del jefe de rodamientos, quedó probado que la empresa hacía el alistamiento diario de cada vehículo dentro del periodo comprendido entre el último despacho del día y el primero del día siguiente; además, cumplió con todos los protocoles establecidos en la resolución 315, advirtiendo que en ninguna parte dice que la persona que realiza el protocolo de alistamiento tenga que ser un ingeniero, lo que dice es debe hacerlo personal diferente de sus conductores. Destaca la importancia de tener en cuenta la actitud imprudente y negligente del demandante, porque con la vasta experiencia que tiene, sabiendo que cuando se presenta una falla debe parar el vehículo informar y transbordar a los pasajeros, no lo hizo; que el señor Farid testigo directo, como pasajero dio cuenta que entre la vía entre Bruselas y Pitalito se

presentó falla, aquel descendió del vehículo, incluso él le alumbró con su celular y que así prosiguió el viaje, asumiendo una actitud irresponsable y negligente, pues teniendo presente que estaba a 20 minutos de la taquilla de Pitalito debió llegar a ese lugar trasbordar el vehículo e informar a la empresa, pero no fue así, decidió dejar a la suerte su vida y a de los pasajeros incluso la del otro conductor y proseguir con el viaje, por lo que es clara su responsabilidad en la ocurrencia de estos hechos.

Con respecto a la exclusión de la condena de otros demandantes, considera que efectivamente brillo por su ausencia en este debate probatorio prueba de perjuicios que se hayan causado a la madre y a los hermanos del demandante.

María Irma Arboleda Rodríguez:

Cuestiona la valoración probatoria de las pruebas testimoniales de las que claramente se puede inferir la negligencia del actor y la imposibilidad de los demandados de prever que el conductor actuaría de forma errada en la manipulación no autorizada de los frenos; además, que no se tuvo en cuenta la confesión realizada por Segundo Eliceo, quien dijo que personalmente manipuló los frenos sin autorización y sin siquiera dar aviso al empleador, por tanto, llama la atención que la A quo diga que no está probada tal manipulación de los frenos.

Sostiene que es improcedente atribuir la responsabilidad a la empresa y a la propietaria del vehículo cuando no contaban con información que el vehículo tenía problemas mecánicos, lo que hace imposible exigirles un comportamiento determinado. Precisa que el vehículo cumplió con la carga legal impuesta por el Ministerio de Transporte, como es la revisión bimestral, la que en este caso, se realizó en los primeros días del mes de octubre y que el rodante contaba con las condiciones acordes para su circulación; por lo que ante el daño presentado después de la revisión, era deber del conductor

informar a la empresa o la propietaria del vehículo para que se tomen los correctivos necesarios. Alega que no se puede exonerar de responsabilidad al demandante, en cuanto tuvo un comportamiento negligente al manipular los frenos y omitir reportar el inconveniente a la empresa, respecto de la cual, la A quo sostuvo que el actor no probó cual fue su actuar negligente o el incumplimiento en la labor de seguridad, que por el contrario claramente indicó que ninguno de los demandados tuvo injerencia en el fatal suceso, pero dio por probado que aquel intervino a nombre propio en el sistema de freno, por lo que es directamente el responsable del siniestro y su actuar negligente no puede obligar al empleador a responder por las consecuencias del mismo. Con fundamento en lo anterior y apoyo en el artículo 216 del CST afirma que claramente se establece la inexistencia de una culpa suficientemente comprobada.

6. Trámite de segunda instancia

De conformidad con las previsiones del numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la parte demandante, los demandados y el Ministerio Público, hicieron uso de este derecho.

La parte demandante, sostiene que, el accidente de trabajo que sufrió Segundo Eliceo Pantoja España, el cual le generó graves lesiones que afectan su salud física y mental se debe a la culpa de los demandados, porque contribuyeron de manera directa en la generación daño; que, del material probatorio que reposa en el expediente, se extracta que dicho accidente obedeció a la negligencia y omisión en la adopción de medidas que garantizarán un ambiente laboral seguro. Más adelante dice que, pese a presentarse una concurrencia de culpas entre empleador y trabajador, ello no exonera al primero del pago de la indemnización plena de perjuicios, de conformidad a lo establecido en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo. Insiste en que la condena cobije a todos los demandantes, bajo el

argumento que ha padecido afectación moral y sicológica, que han sufrido en gran manera por la afectación psicofísica de su ser querido, dado los estrechos vínculos existentes de unión, afecto y cariño, por lo cual solicita que la sentencia de primera instancia sea modificada indemnizándolos a todos.

Las llamadas a juicio se ratificaron en los argumentos de defensa y del recurso interpuesto, insistiendo de manera homogénea con extensos fundamentos facticos y probatorios, que cumplieron con todas las previsiones necesarias y reguladas en la ley respecto de la revisión y el mantenimiento del vehículo accidentado y que debe endilgarse total responsabilidad al actor por haber incurrido en conducta negligente e imprudente en la manipulación de los frenos y la omisión de comunicar a la empresa el problema que tenía el rodante.

El Ministerio Público, previo análisis del caso concreto, sostiene que la valoración probatoria realizada en primera instancia es acertada, porque las pruebas recaudadas efectivamente dan cuenta fallo en los procedimientos y controles exigidos en la norma para la operación de este tipo de actividades, lo que conllevó a que se asumiera un riesgo en la ocurrencia del accidente con las consecuencias conocidas. Sin embargo, subraya que el proceder imprudente del trabajador constituye culpa, y aflora negligencia de su parte al omitir informar a la empresa de la situación o novedad presentada según el protocolo, omitiendo detener el recorrido del vehículo, además que, no reportó para la correspondiente validación, el mantenimiento correctivo realizado entre el 23 y 24 de octubre de 2017, razón por la cual concluye que existe concurrencia de culpas, lo cual, permite la reducción de la condena en su contra.

Respecto de los perjuicios que reclama la parte activa para los demás demandantes, señala que el parentesco de las personas reclamantes está acreditado con los registros civiles de nacimiento, sin embargo, la incidencia

del suceso en la esfera de los sentimientos íntimos de aquellos se quedó huérfana de prueba, sin que el mismo sea presumible como lo pretende la parte apelante, razón por la cual la decisión absolutoria es acertada.

III. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

Con arreglo al artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la decisión que resuelva la apelación de sentencia deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso. En consecuencia, nos plegaremos a la materia controvertida en el disenso.

3. Problemas jurídicos

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por los recurrentes, el problema jurídico se circunscribe en determinar:

¿Existen elementos de juicios para establecer la existencia de culpa suficientemente comprobada del empleador, o si hubo de culpa concurrente entre éste y el trabajador accidentado?

¿Debió la A quo extender la condena por indemnización plena de perjuicios a favor de la madre y hermanos del demandante?

3. Repuesta a estos planteamientos.

Es de precisar, que por no ser objeto de controversia queda por fuera de cualquier discusión en esta instancia, la existencia de la relación laboral que unió a la empresa Cootransmayo Ltda. y del accidente de trabajo.

Precisado lo anterior, previo a dar respuesta al primer problema jurídico, importa memorar que la indemnización plena de perjuicios, estatuida en el artículo 216 del CST, pretende el resarcimiento del daño que se origina por razón o con ocasión del trabajo, ya sea por un accidente o enfermedad laboral, pero cuya ocurrencia se encuentra ligada a la responsabilidad subjetiva del empleador, suficientemente comprobada.

La Ley 1562 de 2012 (Sistema General de Riesgos Laborales) en su artículo 3º nos define accidente de trabajo como todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

La jurisprudencia especializada ha decantado que: "*…no es suficiente demostrar el daño a la integridad o a la salud del trabajador, con ocasión o como consecuencia del trabajo, más la negligencia o culpa del empleador, sino la relación de causa-efecto entre uno y otro elemento, toda vez que «nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él"* [1]

Y reiteradamente ha dicho sobre la culpa suficientemente comprobada del empleador, "*…la misma corresponde acreditarla a la víctima o quien la alega, por lo menos, en grado leve y de cara a los deberes de protección y seguridad que le asisten al empleador respecto de sus trabajadores; no obstante, si la culpa deviene de un actuar omisivo, basta con especificar dicha desidia para que la carga de la prueba se traslade al empleador a fin de que sea este quien acredite su obrar diligente*"[2]

Ahora, con la finalidad de determinar el nexo causal entre el accidente de trabajo y la culpa atribuible al empleador, debe tenerse en cuenta que el artículo 56 del C. S. del T. prevé que: "*De modo general, incumben al empleador obligaciones de protección y seguridad para con los trabajadores…*".

[1] *CSJ SL 14420-2014*
[2] Ver sentencias CSJ SL 1871-2021 y CSJ SL 2594-2021

De vieja data ha dicho la Corte[3] que "…, *la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador"*

En este pronunciamiento el órgano de cierre jurisdiccional, sobre la noción de culpa patronal en la ocurrencia de un accidente de trabajo consideró que la responsabilidad que conlleva la indemnización ordinaria y total de perjuicios tiene una naturaleza subjetiva, que amerita además de la demostración del daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, la prueba del incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad que de modo general le corresponden, pero advierte que el empleador frente a su trabajador tiene unos deberes de protección y seguridad, los que a su vez le demandan tomar las medidas adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que aquél sufra menoscabo de su salud o integridad a causa de los riesgos del trabajo. Cuando ello no ocurre así, esto es, cuando se incumplen culposamente estos deberes que surgen del contrato de trabajo, emerge la responsabilidad del empleador de indemnizar ordinaria y totalmente al trabajador frente a los daños causados.

Cabe anotar, que la carga de demostrar la culpa del empleador en el accidente laboral, le corresponde al trabajador; es decir, "probar el supuesto de hecho de la culpa", causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe

[3] CSJ Sala Laboral sentencia del 3 de mayo de 2006, Radicación 26.126,

emplear diligencia o cuidado ordinario o mediano en la administración de sus negocios; la sola abstención en el cumplimiento de la 'diligencia y cuidado' debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del C.S.T. para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.

Sobre el particular, recientemente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 546 del 17 de febrero de 2021, siguiendo esta línea jurisprudencial, señaló:"….*el referente con el que se mide el grado de diligencia exigido al empleador en perspectiva del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, no es otro que el clasificado en el artículo 63 del Código Civil como culpa leve; es decir, el que se predica de quien,* ***como buen padre de familia****, debe emplear «diligencia o cuidado ordinario o mediano» en la administración de sus negocios*".

A partir de estas pautas legales y jurisprudenciales se advierte que son unívocas en comprometer al empleador a cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales.

Caso concreto.

Descendiendo al asunto que concita la atención de la Sala donde no se discute la ocurrencia del accidente de trabajo, para determinar si en el infortunio existieron factores determinantes para establecer la culpa suficientemente comprobada del empleador frente a las secuelas sufridas por demandante Segundo Eliceo Pantoja, tras confrontar el haz probatorio, en lo que interesa al asunto se encuentra lo siguiente:

- Informe policial del accidente, ilustrando que el accidente de tránsito ocurrió el 26 de octubre de 2017 en el kilómetro 34+250 San José de Hisnas-Via a Popayán, por choque; que era conducido por Luis Hernando Escobar. Hipótesis del accidente "posibles fallas mecánicas por determinar" (fl. 122 Cd. digital unido).

-Escrito de acusación emitido por la Fiscalía General de la Nación en contra de Luis Hernando Escobar, conductor del rodante al momento del accidente, en el que se señala que: *"Los hechos tuvieron ocurrencia el día 26 de octubre de 2017, siendo aproximadamente las 4.30 AM de la mañana, en la vereda Calaguanca Corregimiento de Coconuco Municipio de Puracé, vía Popayán, la Portada Pitalito Huila Kilómetro 34+250 ramo 2.002".* Se indica que el accidente ocurrió producto de la infracción del deber objetivo de cuidado al poner en funcionamiento y con pasajeros un vehículo que no cumplía las condiciones de seguridad, por lo que su conducta fue culposa.

En el archivo 07 individual, contentivo de las pruebas de la contestación de la demandada Cootransmayo, se verifican las probanzas que se detallan a continuación:

-Inspección mensual vehicular –formato 1595 con logo de COOTRANSMAYO- realizada el 2 de octubre de 2017, al vehículo tipo buseta, marca Chevrolet, placa TFO-998, modelo 2014, del que se extracta que se le realizó la inspección. (Fl.25).

-Certificación fechada el 31 de octubre de 2017, expedida por el taller FULL CAR, suscrita por Juan Carlos Gálvez – Jefe de Taller y Charles Darwin Losada Villada, Ingeniero Mecánico, indicativa que el vehículo en dicha revisión, no presentó ninguna irregularidad o falla evidente para su funcionamiento (Fl. 26).

-Contrato de prestación de servicios, suscrito en Puerto Asís (Putumayo), el **2 de febrero de 2017 por un periodo de 12 meses,** entre la Cooperativa Cootransmayo Ltda., y FULL CAR Servicio Automotriz, cuyo objeto es la revisión, inspección y mantenimiento preventivo y correctivo del parque automotor de Cootransmayo Ltda., certificado de Cámara de Comercio de ese establecimiento de comercio, que identifica como actividad comercial "MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN DE VEHICULOS AUTOMOTORES" y carta de presentación de portafolio de servicios (Fls. 54 y ss., 57 y 59)

-Contrato de prestación de servicios, suscrito en Puerto Asís (Putumayo), el **6 de febrero de 2017 por un periodo de 12 meses,** entre la Cooperativa Cootransmayo Ltda., y Wilfredo Marín Perafán, cuyo objeto es la revisión, inspección y mantenimiento preventivo y correctivo del parque automotor de Cootransmayo Ltda.; y, carta de presentación de servicios extendida por este contratista, en la que, entre otras cosas, ofrece la asistencia de un ingeniero mecánico y personal altamente calificado (Fls. 40 y ss., y 44)

-Contrato de prestación de servicios, suscrito en Pasto, el **24 de marzo de 2017 por un periodo de 12 meses**, entre la Cooperativa Cootransmayo Ltda., y Juan Manuel Duarte Santacruz, cuyo objeto es la revisión, inspección y mantenimiento preventivo y correctivo del parque automotor de Cootransmayo Ltda. (Fls. 37 y ss.)

--Contrato de prestación de servicios, suscrito en Puerto Asís (Putumayo), el **1º de julio de 2017 por un periodo de 12 meses,** entre la Cooperativa Cootransmayo Ltda., y INGEMARK, cuyo objeto es la revisión, inspección y mantenimiento preventivo y correctivo del parque automotor de Cootransmayo Ltda. (Fls. 83 y ss.).

-Plan estratégico de seguridad vial de Cootransmayo (Fls. 205 y ss.). En los ítems 8.3.1. y 8.32. Respectivamente, se establece:

"Inspecciones pre-operacionales. *Al iniciar el mes calendario a cada conductor se le hará entrega de un formato de inspección pre-operacional, para que él haga el debido registro de las condiciones del vehículo, además de algunos elementos que deben estar en el vehículo para la movilización. Estas están enfocadas en tener un control diario por el operario que es el único autorizado para movilizar el vehículo, teniendo conocimiento de primera fuente cualquier* anomalía *que este haya sufrido en el momento de operación"*

"Se realizarán inspecciones de mantenimiento, funcionamiento, botiquín, kit de carreteras, documental, además de verificar el estado físico dejando registro en un formato de inspección mensual, el cual debe ser verificado en el momento de que el vehículo entre en operación."

-Programa de mantenimiento de vehículos (Fls. 265 a 286)

Además de estas pruebas documentales, cuenta el proceso con los testimonios de LUIS EDUARDO CERQUERA JURADO, CHARLES DARWIN LOSADA VILLADA, ANGELA JOHANA CASTRO, LUIS HERNANDO ESCOBAR MELO, RICHARD FARIT MORIANO PERES y las declaraciones del demandante y el Representante Legal de la empresa demandada VICTOR MONTEALEGRE MERA.

OSCAR EDUARDO CERQUERA conductor de Cootransmayo, conoce al demandante desde hace más de 15 años por relación de trabajo, manifiesta que le contaron que el accidente probablemente se debió a problema de frenos. (Testigo de oídas)

CHARLES DARWIN LOZADA. Trabaja como Ingeniero mecánico-Coordinador mantenimiento vehicular en Cootransmayo, compañero de trabajo del demandante. Afirma que para la fecha del accidente laboral no trabajaba en esta empresa y que al respecto sabe lo que le comentaron en cuanto se trató de un problema de frenos. Sostiene que la ley solo exige

revisión preventiva con vigencia de dos meses y que al momento del despacho lo se hace inspección visual a los sistemas externos .Asegura que en la revisión preventiva del 2 de octubre de 2017, no se encontró ninguna anomalía por lo que era apto para rodar por dos meses y que si el mantenimiento se realizó en la ciudad de Pasto y de esta ciudad hizo el recorrido hasta Puerto Asís y de aquí, cuando iba por Paletará, le ocurrió este problema, es poco probable que el mantenimiento haya quedado con alguna falla, es posible que por ser la carretera de trocha haya generado que la manguera rose y suceda el daño de frenos; y, en lo atinentes a las campanas, indica que probablemente el uso excesivo del sistema de frenado provocó sobrecalentamiento, que pudo generar agrietamiento de las mismas. Informa que cuando ocurrió el accidente trabajaba en el taller FULLCAR como ingeniero mecánico residente y que la revisión del vehículo accidentado, la hizo el 2 de octubre el ingeniero Juan Carlos Gálvez jefe de taller, encontrando el vehículo en perfectas condiciones, que la hizo el formato 1595 y se le inspeccionó todos los sistemas críticos como frenos, dirección, motor, carrocería y salió sin novedades en ese momento. Señala que en Cootransmayo hay afiliados aproximadamente 340 vehículos, que en atención de la falla percibida, el conductor pudo hacer el transbordo en Pitalito ciudad donde hay agencia de la empresa demandada, haciendo cambio de vehículo.

ANGELA JOHANA CASTRO. Secretaria gerencia de Cootransmayo, compañera de trabajo del demandante desde el 2015. Narra que fue quien adelantó todo el trámite del accidente de trabajo ante la ARL y participó en la investigación evidenciando con el Comité que el accidente ocurrió por una falla mecánica de frenos. Sostiene que la empresa tiene un programa de mantenimiento preventivo y correctivo desde el 2012 y un coordinador de mantenimiento quien controla el vencimiento de los documentos del papeles de vehículos y conductores; que la revisión preventiva se hace bimensual con los talleres autorizados con los que la empresa tiene convenios y que la parte

correctiva la tiene a cargo el propietario del vehículo y está facultado para hacerla en su taller de confianza donde se hacen las reparaciones, pero que esta reparaciones son supervisadas por el coordinador de mantenimiento que tiene la empresa, que valida el mantenimiento que se le reporta con los documentos que debe entregarle el propietario. Enfatiza que la revisión preventiva del vehículo accidentado fue realizada el 2 de octubre de 2017, que el ingeniero no reportó ninguna anomalía por lo que quedó habilitado para operar los dos 2 meses siguientes.

LUIS HERNANDO ESCOBAR. Conductor Cootransmayo transporte público desde 2013. Atestigua que era quien conducía el vehículo al momento del accidente, que iba bien y que al recibirlo después de 15 o 20 minutos , presentó falla de frenos, que estos se quedaron sin aire, que iba por el carril correspondiente pero que al dar una curva el carro le ganó y se fue al abismo. Asegura que su compañero Segundo Eliceo manipuló los frenos, mientras él estaba durmiendo; comenta que una recamara del sistema de frenos estaba amarrada con una manila y que aquel le dijo que se rompió una manguera del freno de pedal, que tenía fuga y que él se bajó y le hizo un arreglo, y suspendió un freno, para lo cual no están autorizados, que tampoco llamó a la dueña ni se reportó a la empresa, ni a él le pregunto nada. Aduce que, al detectar la falla de frenos, lo lógico era trasbordar el viaje, pero no lo hizo porque intentó arreglarlo suspendiendo un freno del lado trasero, o sea que dejó el carro frenando en 3 ruedas. Precisa que está prohibido por la empresa manipular los vehículos cuando presentan fallas, mucho menos el sistema de frenado que es más delicado, salvo pinchadas. Reconoce que también fue falla de su parte de no informar para hacer el transbordo, el cual no hicieron porque ya estaban cerca de Popayán. Da fe que el estado de las campanas del sistema de frenos estaban en buen estado, que se les hizo revisión técnico mecánica justa al inicio de mes como exige el Ministerio de Transporte y asegura que el vehículo

estaba en óptimas condiciones al iniciar el viaje, pero que así se revise antes de ser despachado las campanas se pueden agrietar en el viaje.

RICHARD FARIT MORIANO PEREZ. Pasajero del vehículo accidentado, cuenta que salieron a las 12.30 pm de Puerto Asís; que él iba adelante con el conductor que era Eliceo, quien al sentir falla en el freno, se bajó y que él también se bajó y le alumbró con el celular para que amarrara una manguera que estaba rosando con el cardan, que eran las 8 o 9 de la noche, que eso fue llegando a Brucelas más o menos, que ya estaban cerca a Pitalito a unos 20 kilómetros; que cuando llegaron a este sitio, ya se sabía del daño, sin embargo, recogió unos 5 o 10 pasajeros, luego marcharon y en Paletará tomaron agua de panela, y siguieron pero ya cogió el carro el conductor Luis Hernando, que él iba adelante cuando este mandó el pie al freno pero no le sirvió y ya la curva estaba muy cerca y muy cerrada; que de ahí, solo recuerda que despertó en un potrero.

Interrogatorio de parte de **SEGUNDO ELICEO PANTOJA.** En su exposición manifiesta que salieron de Puerto Asís, llegando a Brucelas se le reventó el freno de parqueo que le llaman de seguridad, que este freno de seguridad se dispara cuando se revienta la manguera y que él lo suspendió para continuar el viaje, que Farit le colaboró alumbrándole con el celular y lo demás lo hizo él, que cuando entregó el carro al otro conductor le dijo que vaya suave porque el freno iba mal y le contó que había suspendido una manguera. Acepta que sabía que podía causarse el accidente. Confiesa que la suspensión del freno la hizo él y no pidió permiso para manipular los frenos ni le informó a la empresa y sostiene que la empresa no podía hacer nada respecto al daño porque no se le comunicó nada, que no estaban en posibilidad de evitar que él manipule los frenos. Sostiene que el accidente se pudo evitar transbordando el viaje, pero él no lo solicitó, por tanto, no sabe si la empresa se negaría a ayudarlo. Dice que llevaba tres años y medio manejando el mismo carro, que estaba bien, nunca había tenido daños, que el 2 de octubre de 2017

llevaron el carro a mantenimiento. Que el día del viaje ellos revisaron el carro, más no la empresa, porque lo hacen cada mes y a la hora de salida no hubo nada de revisión. Que en Pasto se le había hecho revisar frenos por unos mecánicos que ellos lo llevan porque la empresa no tiene mecánicos que revisan los carros, que ahorita si tienen pero que los revisan cada mes, que no hay quien revise carros a diario. Que la revisión mensual, puede salir bien, pero en cualquier momento se puede dañar. Enfatiza que a la hora de salida el carro estaba bien de todo, campanas y mangueras. Seguidamente afirma que el accidente no es culpa de la dueña, ni de la empresa del accidente, porque a la hora de salida el carro estaba funcionando bien y además no tuvieron información del daño, que los demanda porque por ahora no puede trabajar y eso (*sic)* le servirá de sustento. Luego afirma que sus ingresos no se vieron afectados porque la empresa le siguió pagando hasta que se pensionó. Finalmente expresa que dos días antes del viaje el carro se revisó en Pasto se bajaron las llantas y se le hizo mantenimiento de frenos en el taller CASTILLO, que dependiendo en la ciudad donde estén, llevan el carro donde el maestro que lo quieran llevar porque la revisión está a cargo de los choferes, y señala que para la fecha del accidente no había ingeniero para revisar la salida que había ingeniero, pero es el que revisa cada mes.

Interrogatorio de Parte. **VICTOR ALFONSO MONTEALEGRE** Gerente Cootransmayo Ltda., escuchó que el accidente se generó porque se le fueron los frenos al carro, que el conductor Eliceo los manipuló. Narra que para la fecha del accidente la empresa no contaba con un taller específico para efectos de verificar las condiciones óptimas de automotores, de modo que cada propietario llevaba su carro a mantenimiento, que ahora es diferente ya que la empresa cuenta con talleres e ingenieros mecánicos. Sostiene que en el taller FULLCAR, que tiene contratado la empresa, le hace la revisión tecnomecánica a todos los vehículos bimensualmente como lo exige el Ministerio de Transporte, que la hacía el ingeniero Charles Lozada y que en

este caso al vehículo accidentado se le hizo el 2 de octubre de 2017 y que la revisión diaria la puede hacer el dueño del carro en cualquier taller.

Demandada MARIA IRMA ARBOLEDA propietaria vehículo, sostiene que el mantenimiento correctivo siempre los hace en el Taller Castillo que es de su confianza, que todos los asociados de la empresa llevan sus carros ahí, incluso, los de otras empresas como Transipiales. Que pocos días antes del accidente le hizo mantenimiento; además que donde los despachan revisan que estén en buenas condiciones, que si no es así, está segura que no lo despachan. Sostiene que siendo obligación del conductor avisar a la agencia más cercana para que los transborden no lo hizo, supo que manipuló los frenos llegando a Brucelas a 15 o 20 minutos de Pitalito - Huila y allí hay agencia de Cootransmayo, donde pudo hacer transbordo y evitar toda la tragedia, pero siguió con el recorrido con el carro averiado.

Analizado en conjunto y de manera crítica los anteriores medios de prueba, para esta Colegiatura, los planteamientos y conclusiones a las que arribó el juzgado de conocimiento resultan desatinados, ello implica la revocatoria de las condenas impartidas para en su lugar absolver a la convocada, integrada pluralmente, de todos los cargos. Las razones que impelen al Colegiado a asumir tal determinación se consignan enseguida.

No desconoce la Sala las obligaciones contempladas en la Resolución 315 de 2013 del Ministerio de Transporte, en tanto en sus artículos 1º y 2º establece que de la revisión técnico mecánica y el mantenimiento preventivo de los vehículos son responsables directamente las empresas de transporte a través del Centro de Diagnóstico Automotor Autorizado que seleccione para el efecto, con cargo al propietario; y que, las intervenciones correctivas que sea necesario realizar al vehículo podrán ser contratadas por el propietario, pero el vehículo no podrá ser despachado sin la validación satisfactoria por parte de la empresa de las reparaciones realizadas, tampoco que en el artículo 3º modificado por el artículo 1º de la Resolución 378 de 2013, se precisa que *"El*

mantenimiento preventivo constituye la serie de intervenciones y reparaciones realizadas al vehículo con la finalidad de anticipar fallas o desperfectos; no podrá entenderse por mantenimiento preventivo las actividades de revisión o inspección. El mantenimiento correctivo es aquel que se ejecuta en cualquier momento al vehículo y ante la evidencia de una falla en cualquiera de sus componentes."; Y que este mantenimiento deberá garantizarse por la empresa como mínimo cada dos (2) meses**;** y en el numeral 4°**,** regula el protocolo de alistamientos**,** así:

"Sin perjuicio del mantenimiento preventivo y correctivo realizado al vehículo, todas las empresas de transporte terrestre de pasajeros, las empresas de transporte de carga y las empresas de transporte mixto, realizarán el alistamiento diario de cada vehículo, dentro del período comprendido entre el último despacho del día y el primero del día siguiente, donde se verificarán como mínimo los siguientes aspectos:

– Fugas del motor, tensión correas, tapas, niveles de aceite de motor, transmisión, dirección, frenos, nivel agua limpiabrisas, aditivos de radiador, filtros húmedos y secos.

– Baterías: niveles de electrólito, ajustes de bordes y sulfatación.

– Llantas: desgaste, presión de aire.

– Equipo de carretera.

– Botiquín.

***PARÁGRAFO.** El alistamiento lo realizará la empresa con personal diferente de sus conductores, pero con la participación del conductor del vehículo a ser despachado. Del proceso de alistamiento y de las personas que participaron en el mismo, así como de su relación con la empresa, se dejará constancia en la*

planilla de viaje ocasional, planilla de despacho o extracto de contrato, según el caso.

En igual sentido el Tribunal, al escudriñar la jurisprudencia reciente emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, especialmente las sentencias SL-1565-2020, SL 4956-2021 y SL 456-2022, extracta que la línea jurisprudencia allí inmersa propugna que ante la contingencia de conducta imprudente del trabajador la misma no neutraliza la falta de diligencia del empleador para eximirse de la indemnización plena de perjuicios. En efecto, la alta Corporación al interior del último pronunciamiento reseñado, indicó: "*…cualquier comportamiento descuidado o imprudente del trabajador no anula la falta de diligencia de aquél, pues a lo sumo, de haber acaecido aquellas, podría desatar una concurrencia de culpas que, en todo caso, no lo exonera del pago de la indemnización plena de perjuicios, toda vez que al tenor de concurrencia la normativa y de la jurisprudencia del trabajo, no se admite su compensación".*

Aquí y ahora, resulta trascendental recabar en los tópicos que rodearon el accidente de trabajo, que a la sazón se subsume en un accidente de tránsito, como quiera que el trabajador fungía como conductor de un bus de servicio intermunicipal afiliado a la empresa Cootransmayo, cuya propietaria era la señora María Irma Arboleda, en la medida que los contornos del nefasto acontecimiento apuntan que el mismo se gestó en el comportamiento que asumió el señor Segundo Eliceo Pantoja España, de modo que de aceptar sin beneficio de inventario que la parte demandada fue negligente al divorciarse del alistamiento del vehículo, el acervo probatorio examinado en su conjunto ilustra claramente que ese descuido del empleador para nada edificó la causa eficiente en el despliegue del accidente de trabajo, descartándose de contera la concurrencia de culpas.

El interrogatorio absuelto por el señor Pantoja España sepulta cualquier dubitación, en el sentido que el accidente se pudo evitar transbordando el viaje al arribar al Municipio de Pitalito (Huila), sin embargo, no lo hizo a pesar que era consciente del daño que había detectado en el sistema de frenos del rodante en cuanto dejó sentado en su versión que se había reventado el freno de seguridad. Es más, sin ambages indicó que sabía que podía causarse el accidente y lo que es peor, confiesa que la suspensión del freno la hizo él, sin estar autorizado y tampoco se lo hizo saber a la empresa, matizando que esta última estaba en incapacidad de tomar correctivos precisamente porque desconocía la contingencia. Y el pretexto que entrega el señor Pantoja para soslayar, comunicar a la empleadora el percance, esto es, poner en duda que la empresa lo auxiliaría, no es de recibo para el Tribunal, por el contrario, esa conducta impropia quebranta frontalmente la obligación especial del trabajador contemplada en el numeral 5º del artículo 58 del CST, al puntualizar "*Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios".*

De otra arista, la declaración del actor, guarda correspondencia con lo expuesto por el conductor acompañante Luis Hernando Escobar, quien además de coincidir en lo ya resaltado por la Sala con el cuestionario absuelto por el convocante, también confluye con él, en que obviaron el trasbordo en el municipio de Pitalito, destacando que el bus se encontraba en perfecto estado de funcionamiento al momento de ser despachado, que está prohibido por la empresa manipular los vehículos cuando presentan fallas, menos en tratándose de los frenos por ser más delicado.

En lo que concierne al testimonio de Richard Farid Moriano Pérez, de gran importancia por estar en contacto directo con los hechos, dada su condición de pasajero del vehículo de transporte intermunicipal y con absoluta independencia frente a los contendientes, ilustró que el bus partió a las 12:30

del día de Puerto Asís – Putumayo, y estando en la parte delantera con el conductor Segundo Eliceo, después de un largo recorrido, cuando oscilaban las 9:00 de la noche percibieron falla en el freno, motivo por el cual bajó con el chofer auxiliándolo con la luz de su celular. Destaca el testigo que el accionante amarró una manguera que estaba rosando, relievando que para ese entonces, estaban cerca al municipio de Pitalito. Que, al llegar ahí, se conocía perfectamente el daño, no obstante, enfatiza el deponente que el señor Segundo Eliceo, lo que decidió al arribar a esa población fue recoger aproximadamente a 10 pasajeros y se marcharon hasta un paraje denominado Paletará, donde ingirieron agua de panela y entonces asumió la conducción del carro el señor Luis Hernando Escobar. El examen de este testimonio, pone sobre la palestra el desdén que el señor Pantoja España le confirió a la anómala situación del vehículo, en un elemento tan sensible, cual es, el sistema de frenos, tanto que antes de ponerse en contacto con los funcionarios de la empresa para dar cuenta del daño que sabía tenían los frenos y solicitar al paso transbordo de los pasajeros en otro vehículo, optó por aglutinar más personal al interior del automotor, denotando ello un desprecio por sus obligaciones laborales en los términos ya explicados, colocando en riesgo de contera más vidas humanas.

Por lo demás de la declaración del promotor del proceso, en unión con las declaraciones de Charles Darwin Lozada y Ángela Johana Castro, se deslinda que el automotor subsumido en el siniestro era sometido de manera periódica a revisiones correctivas y preventivas. Los declarantes señalan que para el 2 de octubre de 2017 había sido sometido a revisión, y además previa autorización de la empresa podía acudir a auxilio mecánico especializado para la rehabilitación de rodante si fuese menester. El señor Pantoja, además, ilustra que dos días antes del accidente, en la ciudad de Pasto el carro había sido sometido a mantenimiento y revisión de frenos. Mientras que la prueba

documental que cursa en el plenario, esto es, el formato 1595, coadyuva la revisión en aquella data[4], vale decir, que habiendo ocurrido el accidente el 25 de ese mes y año, no habían trascurrido los dos meses que exige la normatividad que regula esta actividad.

En suma, no existen motivos atendibles para irrogar condena al amparo del artículo 216 del CST, a la parte demandada, en la medida que no se estructura en cabeza del empleador el elemento subjetivo exigido en este dispositivo, en consecuencia, como delanteramente se avisó, deviene la revocatoria de las condenas impuestas en la sentencia apelada, consignadas en el ordinal tercero de la misma.

Consecuencialmente, se abre paso la prosperidad de las excepciones de cobro de lo no debido por carencia de nexo causal – ausencia de responsabilidad patronal- ausencia de culpa suficiente comprobada del empleador, existencia de una causal eximente de responsabilidad, inexistencia de prueba que conlleve la acreditación de la culpa suficiente comprobada como presupuesto para endilgar responsabilidad, propuestas por la parte demandada Cootransmayo y la de inexistencia de nexo causal entre la actuación u omisión del empleador y el daño ocasionado a los demandantes, inexistencia de culpa suficiente comprobada en cabeza del empleador, propuesta por la demandada María Irma Arboleda Rodríguez. Luego entonces, se derruye el ordinal cuarto de la sentencia impugnada.

4. Costas

Dada la prosperidad de la alzada de la pasiva, no se generan costas a su cargo en esta instancia. En la medida que la apelación de la parte demandante no

[4] Archivo 7 anexo pruebas de la contestación empresa demandada

encontró éxito en esta instancia, deviene condena en costa a su cargo, con arreglo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP. Se fijan las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

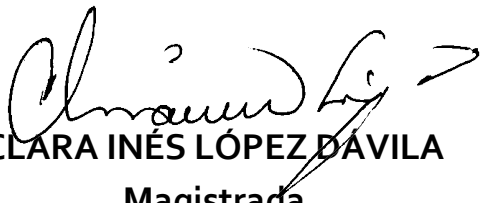
PRIMERO: REVOCAR los ordinales segundo, tercero y cuarto de la parte resolutiva de la sentencia dictada el 7 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, para en su lugar absolver a la parte demandada Cootransmayo Ltda. y María Irma Arboleda Rodríguez, de las condenas pecuniarias impuestas en primera instancia, declarando probadas las excepciones discriminadas al final de la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada; mientras que las mismas se irrogan al extremo activo de la litis. Se fijan las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

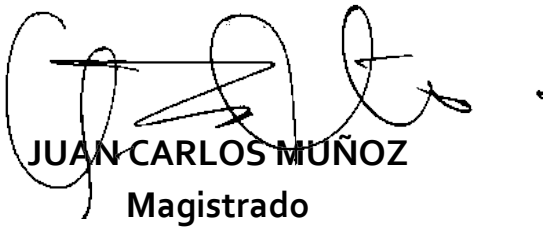
TERCERO: NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inserción de la providencia en el

mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS. Devolver el proceso al juzgado de origen.

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Mayo diez (10) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2018-00365-02 (454)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Enna Cristina Herrera Luna
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones. - Colfondos S.A. (Vinculado)
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia
No. Acta:	157

I.ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 25 de febrero de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Procura la demandante que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la **AFP PORVENIR S.A.,** y que en consecuencia, se **CONDENE** a **COLPENSIONES** a acogerla como afiliada al RPM y a recibir de **PORVENIR S.A**. todas y cada una de las cotizaciones realizadas para pensiones a su nombre y a favor del RAIS, desde el 1º de julio de 1994 hasta la fecha que se realice su retorno definitivo al RPM con la capitalización, indexación pertinente e intereses de mora, el bono pensional recibido del RPM, con indexación e intereses de mora; a reconocerle y pagarle la pensión de vejez a favor de conformidad con el régimen pensional más favorable. Adicionalmente pide condena en costas a cargo de las demandadas.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones indicando que nació el 21 de febrero de 1964. Que prestó sus servicios y realizó cotizaciones en el RPM, en la forma que relaciona en el hecho 3º de la demanda. Que la AFP Colfondos S.A., el 1º de junio de 1994, sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual. Que, de igual forma, el 1º de julio de 2000 fue trasladada a Porvenir S.A. Que ha solicitado ante las demandadas el traslado de régimen siendo negado.

2. Contestaciones de la demanda.

- <u>DE PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (Vinculada)</u>

Al contestar la demanda se opusieron a todas las pretensiones, bajo la egida que el traslado fue el resultado de una decisión libre y voluntaria de la actora, con pleno conocimiento y consentimiento, suscribió el formulario después de haber recibido toda la información. Formularon como excepciones: Porvenir S.A., las de: buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar,

inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica; y, Colfondos S.A., además de las anteriores la de inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa.

-DE COLPENSIONES.

Respondió el escrito introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado al RAIS de la actora fue libre y voluntario, sin ninguna obligación que asumir al no participar de tal decisión. Frente a los hechos aceptó uno y dijo no constarle otros. Formuló como excepciones las de prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

-Del MINISTERIO PÚBLICO.

Expone que los hechos no le constan y se atiene a lo probado en el proceso; en lo que concierne a las pretensiones, luego de hacer alusión a normatividad y jurisprudencia que regula el tema de la ineficacia de traslado, sostiene que la AFP demandada debe asumir la carga de probar la efectividad de la garantía del derecho a la información de que es titular la demandante.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 25 de febrero de 2021, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante Colfondos S.A.; **ii)** No probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar los valores percibidos a nombre de la demandante, a título de cotizaciones, bonos pensionales, si hubiere lugar a ellos, cantidades adicionales de la aseguradora con los frutos, intereses o rendimientos, debidamente indexados, y que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá

ser asumida por PORVENIR S.A. a favor de Colpensiones S.A. la que deberá recibir las sumas de dinero por los anteriores conceptos. De igual manera, condenó a esta entidad y a COLFONDOS S.A., a devolver, proporcionalmente, a COLPENSIONES, el porcentaje de gastos de administración, en que incurrieron respecto de las cotizaciones de la actora, durante el tiempo en ella estuvo en los fondos privados, debidamente indexados. Finalmente condenó en costas a Colfondos y Porvenir S.A.

Se apoyó en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde se ha dejado sentado que el traslado resulta ineficaz cuando las AFP no cumplen con el deber de información sobre las incidencias, ventajas, desventajas que puede conllevar el cambio de régimen de ahorro individual con solidaridad y que este no se encuentra satisfecho con la sola suscripción del formulario, concluyendo que en este evento el actor no recibió información adecuada, suficiente y cierta para su traslado por parte de los Fondos privados.

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las demandadas PORVENIR S.A. COLFONDOS y COLPENSIONES., sustentando sus inconformidades en forma oportuna así:

- PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

El apoderado judicial de estas entidades, con el propósito de derruir la sentencia de primer, manifiesta que el fallo es contradictorio en cuanto al declarar ineficaz el traslado al RAIS, se entiende que el acto no produjo ningún efecto; sin embargo, se ordena hacer una devolución no al demandante, sino a un tercero que es Colpensiones, de los rendimientos financieros, los bonos pensionales, las cotizaciones y el porcentaje de administración cobrado por la AFP, estos, a cargo de Porvenir y Colfondos. Refiere que en este caso con base en el artículo 1746 del CC debe acudirse a la figura de las restituciones mutuas. Que en caso de quedar en firme la decisión, no se las condene a devolver el porcentaje de administración. Discrepa de la orden que de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A., porque el porcentaje de

aportes con base en el IBC es el mismo en cualquiera de los regímenes. Cuestiona el acogimiento de la jurisprudencia en lo referente al traslado de la carga de la prueba, aduciendo que genera desproporción procesal.

Por último, discrepa de la condena en costas alegando que excede el límite previsto en el acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que la entidad siempre ha actuado de buena fe y con apego a la Constitución y la ley.

- COLPENSIONES

Expone las razones por las cuales no aceptó el traslado de la accionante al RPM, destacando que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sustenta la limitante del traslado en la necesidad de evitar la descapitalización del RPM y garantizar la sostenibilidad financiera. Que la falta de información alegada por la actora no está acreditada. Cuestiona la aplicación de inversión de la carga de la prueba, aduciendo que el artículo 167 del CGP no puede aplicarse genéricamente.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Bajo el espectro del Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre de la misma anualidad se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, Colpensiones, Porvenir S.A. y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

Las demandadas en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones reproducen los argumentos de defensa y del recurso interpuesto. En consecuencia, en gracia de brevedad nos remitimos al contenido de sus alegaciones que reposa en el expediente.

El Ministerio Público manifiesta que no son válidos los argumentos esgrimidos por Colpensiones, la AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., al

sustentar sus apelaciones, pues de acuerdo con las subreglas reseñadas, la jurisprudencia traída a colación en la sentencia de primera instancia, no solo es procedente declarar la ineficacia del traslado, sino que frente a los efectos ha dicho la Corte que efectivamente el fondo privado está en la obligación de devolver todos los rendimientos financieros incluyendo los gastos de administración e incluso asumir el posible deterioro a que haya lugar. Sobre la condena en costas se remite al artículo 365 del CGP, señalando que este artículo consagra un criterio objetivo para su imposición, entre otros eventos, a cargo de quien es vencido en juicio independientemente que su actuar este revestido de buena fe, razón por la cual, la condena en costas en contra de la AFP Porvenir S.A. es acertada.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia en los recursos.

También se atenderá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela del 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237.

2. Problemas jurídicos.

En virtud de los planteamientos esgrimidos por los recurrentes y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Es ajustado a derecho disponer que como efecto jurídico de la ineficacia del traslado al RPM se ordene el traslado al RPM y el envío por concepto de rendimientos financieros y gastos de administración?

¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a la demandada Porvenir S.A.?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

La forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral consagrado en la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que involucró, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que su inobservancia engendra la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definida una amplia línea jurisprudencial, a través de la cual ha insistido en que el traslado de régimen pensional debe estar precedido de la existencia de un franco consentimiento informado de la parte interesada para que sea válido, toda vez que es un deber profesional de las administradoras de fondos de pensiones brindar toda la información

requerida para que el afiliado tome una decisión con conocimiento sobre sus implicaciones. Bajo esta línea de pensamiento, en su más reciente pronunciamiento vertido en la sentencia SL- 668 del 8 de marzo de 2022, reprodujo aparte de la sentencia SL 373 de 2021 que señaló: *"En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

En perspectiva del derrotero acabado de citar, las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Cabe mencionar que en la en la sentencia CSJ SL1688-2019, citada en el reseñado precedente la alta Corporación, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 1748 de 2014, sobre lo cual se concluyó que, este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia se incrementó, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del

traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019*:* "
La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe."
"…"

4. Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia fustigada está henchida de razón, en cuanto concluyó que las AFPs convocadas al juicio, no cumplieron con la carga de probar que suministraron a la promotora del proceso una información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, las características de cada régimen, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata con el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones[1], que la demandante estuvo afiliada al RPM y conforme los formularios de afiliación, visibles a folios 142 y 285 del expediente digital, en correlación con el certificado de Asofondos que obra a folio 143, queda demostrado el traslado del RPM al RAIS, primigeniamente en junio 21 de 1994 de Colpensiones a Colfondos S.A., ulteriormente de este último a la AFP Horizontes, el 7 de febrero de 2000; y, el 1º de enero de 2014 en virtud a la cesión por fusión quedó afiliado en Porvenir S.A.

Fundada en los dispositivos legales reseñados y rindiendo culto a los postulados de la jurisprudencia especializada cuyos apartes compartimos, precisa la Sala, que si bien en los formularios de afiliación que el demandante suscribió al resolver trasladarse a Colfondos y luego a

[1] Folios 93 y ss. expediente unido

Horizontes hoy Porvenir, tiene inserto un formato que refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Es más, la sola suscripción del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad *per se,* no constituye prueba idónea para acreditar que a la actora se le ofreció, una ilustración, 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, o que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el plenario prueba alguna que lo acredite. Sirve en respaldo de lo anterior, lo dicho en la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, en la que la Corte expuso: *"(…) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (…)""*

Por consiguiente, al no haberse demostrado la debida asesoría y el suministro de información, tanto de los alcances positivos como negativos del traslado, tales, beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario mermas, o la pérdida del régimen de transición por ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

Es de advertir que **la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones,** toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento 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. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No.78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No.

61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues la demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión de la A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, abriéndose paso la confirmación de la sentencia frente a este aspecto; sin embargo, teniendo en cuenta que entre Colfondos S.A. y Porvenir S.A., operó un segundo traslado entre estas AFP del RAIS y el cognoscente guardó silencio al respecto, deviene la modificación del numeral primero, en el sentido de declarar también la ineficacia del traslado entre estos dos fondos privados.

Atendiendo que Colfondos y Porvenir S.A. en su discurso argumentativo cuestionan la decisión del A quo, de ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, desde ya dirá la Sala que en ningún dislate incurrió al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada[2], la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que conlleva a desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

La declaratoria de ineficacia trae aparejada, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Por lo tanto, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, vale decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula en igual porcentaje en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20

[2] CSJ SL-1688 de 2019.

de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. A su turno, los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones que consagra el RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores y de los **rendimientos financieros**; aportes de los cuales, una parte se **capitalizará** en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado.

La razón para que se estime que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado se encuentra conformada por el capital ahorrado y sus rendimientos, es porque las administradoras de fondos privados de pensiones son los únicos que están autorizados a usar el dinero de los aportes para hacer inversiones en diferente activos y títulos valores, luego entonces, es claro que al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, sea éste el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución de lo existente en la cuenta, se entiendan incluidos los rendimientos; en caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado, máxime, cuando tratándose de administradora de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstas realizan, se efectúa a título de administración, que no comporta en sí, derecho alguno de propiedad sobre los dineros que le son entregados a título de cotizaciones, ni mucho menos, sobre los rendimientos que aquellas llegaren a producir.

En este punto, es importante recordar que al tenor de lo previsto en el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de la adición realizada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a las entidades que los administran, lo que es indicativo de que bajo ningún punto de vista es admisible, so pretexto de la buena fe o un bien desempeñó en la administración, que los recursos, entre los que se encuentran los rendimientos financieros en el RAIS, dejen de pertenecer al sistema, para pasar a incorporarse al patrimonio de la entidad administradora.

Importa aclarar al recurrente del RAIS, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, una de las características del RPM es la existencia de rendimientos que, junto con los aportes de los afiliados, son los que constituyen el fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes adquieren la calidad de pensionados. Rendimientos que es claro que por calcularse sobre todos los recursos que constituyen el fondo común, generan también una rentabilidad, que es la que trata de compensarse al ordenársele a la AFP que traslade al RPM, los rendimientos financieros que produjo el capital del afiliado, para de esa manera preservar el equilibrio financiero del régimen público que se vio privado de las cotizaciones del afiliado indebidamente trasladado.

En lo atinente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, ello no es razón para estimar que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados[3].

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejo en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración, al decir:

"***Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros****. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las*

[3] Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

entidades del régimende ahorro individual con solidaridad a devolver los ***gastos de administración y comisiones*** *con cargo a sus propias utilidades, puesdesde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989- 2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".*

Refulgiendo acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por Porvenir S.A. y Colfondos S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros y proporcionalmente al tiempo en que la promotora del juicio estuvo afiliada en cada AFP, los gastos de administración indexados, además de ello, la Sala ordenará a la demandada PORVENIR S.A., devolver el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía mínima, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, "*los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen*" como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se adicionará y modificará la sentencia frente a la orden de devolver dichos conceptos, dejando en claro que, la indexación procede únicamente respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar la demandante en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último de la accionante es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea ella quien deba correr con los

efectos negativos de la ineficacia del traslado.

Ahora, tiene plena validez la exigencia de reconocer alguna diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar la demandada PORVENIR S.A. y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si la demandante hubiese permanecido en él, por cuanto al existir omisión en sus deberes de información y debida asesoría procedió la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado (art. 963 Código Civil y sentencia 31989 de 2008), sin que la convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto, en tal razón en ningún desatino incurrió el cognoscente al disponer que dichas diferencias, de existir sean a cargo de Porvenir S.A.

En cuanto la discrepancia de Porvenir S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo con fundamento en la existencia de buena fe y acatamiento a la Constitución y la ley, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso. En consecuencia, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional privado será confirmada.

Frente a la excepción de prescripción formulada por Colpensiones entidad a favor de la cual se surte la consulta, se precisa lo siguiente.

La línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado de negar este medio exceptivo.

En cuanto a las demás excepciones de mérito propuestas por esta entidad tampoco alcanzan la prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º 4° del artículo 365 del C.G.P., dada la no prosperidad de la apelación de las demandadas, serán a cargo de las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones; y se fijaran como agencias en derecho a cargo de cada una, la suma equivalente a dos (2) salario mínimos legales mensuales vigentes. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral primero de la sentencia, el que para todos los efectos legales quedará así*: "DECLARAR la ineficacia del traslado de ENNA CRISTINA HERRERA LUNA, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 30.726.051 expedida en Pasto, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad verificado ante la COMPAÑÍA COLOMBIANA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A., COLFONDOS S.A.; así como el traslado realizado a Horizontes Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A.*

MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 25 de febrero de 2021, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A.,

COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última, dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió ENNA CRISTINA HERRERA LUNA, el que quedará así:

***"SEGUNDO: CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar de la cuenta individual de la demandante **ENNA CRISTINA HERRERA LUNA**, a la cuenta global administrada por la **ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**- en el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hay lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos que se hubieren causado, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, estos dos últimos en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la accionante permaneció afiliada a ella, y al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.*

*En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia".*

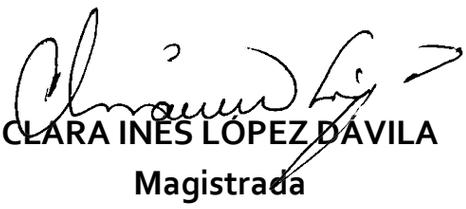
SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

TERCERO.- CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas COLFONDOS, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a cargo de cada una, el equivalente a dos 2 smlmv. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un

(1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS. Devolver el proceso al juzgado de origen.

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INES LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado