

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2018-00016- 01(437)

En San Juan de Pasto, a los once (11) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022) siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **NANCY ISABEL RIASCOS MENESES** contra la **IPS INDIGENA JULIAN CARLOSAMA**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

El suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado, por ello obrando de conformidad con las previsiones del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

NANCY ISABEL RIASCOS MENESES, a través de apoderada judicial, instauró demanda ordinaria Laboral en contra de la **IPS INDIGENA JULIAN CARLOSAMA**, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare la existencia de un contrato de trabajo desde 8 de agosto de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2014. Como consecuencia de ello se condene a la **IPS INDÍGENA JULIÁN CARLOSAMA**, a reconocerle y pagarle las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás derechos laborales consignados en el libelo introductor junto con las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que el 8 de agosto de 2009 suscribió “*un contrato de trabajo*” con la entidad demandada, para desempeñarse como técnico en salud oral, pactándose como remuneración el S.M.L.M.V. Que desempeñó sus labores de manera personal atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por este. Que el 31 de diciembre de 2014, se dio por terminado el contrato de trabajo por vencimiento del término, desconociendo que la actora se encontraba en estado de embarazo. Que la demandada le adeuda las cesantías, intereses a la cesantía, primas de servicios e indemnización moratoria. Que citó al

representante legal de la entidad accionada ante el Ministerio de Trabajo el 4 de diciembre de 2017; sin embargo, este no compareció.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Civil del Circuito de Túquerres mediante auto calendado del 10 de mayo de 2018 admitió la demanda y ordenó su notificación a la parte accionada, actuación que se surtió en legal forma (Fl.68). Además, concedió amparo de pobreza a la demandante.

Trabada la Litis, la **IPS INDIGENA JULIAN CARLOSAMA**, a través de apoderado judicial dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas por la demandante, pues indicó que esta última suscribió varios contratos de prestación de servicios de manera interrumpida en el periodo comprendido entre 8 de agosto de 2019 al 31 de diciembre de 2014, contratos que fueron remunerados con honorarios, por lo tanto, no adeuda acreencias de tipo laboral. En su defensa propuso la excepción previa la de “FALTA DE JURISDICCIÓN” y como de fondo las de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DE LA IPS INDIGENA JULIAN CARLOSAMA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA”, “PRESCRIPCIÓN” y la “INNOMINADA” (Fls. 121-128).

En la audiencia obligatoria de que trata el artículo 77 del estatuto adjetivo laboral, que tuvo lugar el 3 de junio de 2021, se declaró fracasada la conciliación ante la falta de ánimo de la parte demandante, así mismo, se fijó el litigio y se realizó el correspondiente decreto de pruebas, fijando fecha y hora para celebrar audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 188-191).

El Juzgado Civil del Circuito de Túquerres el 16 de septiembre de 2021, llevó a cabo la audiencia antes referida y una vez recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada y en consecuencia negó la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte actora en su contra (Fls. 192-194).

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

En síntesis, la apoderada de la actora solicitó se tenga en cuenta para interrumpir la prescripción el acta expedida por la Inspectoría del Trabajo el 4 de diciembre de 2017, en la cual se hizo constar que el representante legal de la convocada a juicio no asistió, pues destacó que el hecho de que este no haya comparecido no es óbice para que no se tenga como válida la citación y así interrumpir la prescripción, ya que se encontraba enterado de dicha diligencia. Por otro lado, manifestó que debe valorarse la condición de indígena de la actora, teniendo en cuenta que de acuerdo a sus usos y costumbres en muchas ocasiones los integrantes de esas comunidades no realizan reclamaciones por el temor de ser juzgados. Así mismo indicó que la demandante realizó una reclamación verbal a su empleador situación que la Juez A Quo no tuvo en cuenta. Finalmente, manifestó que la decisión de la primera instancia vulnera los derechos fundamentales de la actora.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso interpuesto fue admitido por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos; sin embargo, no se presentaron, pues solo intervino el Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, quien presentó alegatos en los siguientes términos

Manifestó que, el juzgado de conocimiento en sentencia de primera instancia declaró probada la excepción de mérito denominada prescripción extintiva de los derechos laborales propuesta por la parte demandada, y que de haberse reconocido la existencia de un contrato de trabajo entre las partes se debe tener en cuenta que la relación laboral concluye el 31 de diciembre de 2014 y, la demanda se presentó el 16 de marzo de 2018. Adujo, que la convocatoria a audiencia de conciliación a la parte demandada se hizo ante la inspección de trabajo de la Ciudad de Pasto el 02 de noviembre de 2017 solicitando reconocimiento y pago de derechos laborales y se fijó el día 07 de diciembre de la misma calenda como fecha para su realización, sin que la convocada IPS INDIGENA JULIÁN CARLOSAMA, asistiera, por lo que fracasó. Advirtió que entre el 02 de noviembre de 2017 y el 07 de diciembre del mismo año transcurrieron un mes y cinco días, periodo que suspende el término prescriptivo, por cuanto la conciliación suspende, pero no interrumpe la prescripción, tal como lo dispone el artículo 21 del decreto 2511 de 1998. En consecuencia, concluyó que si a la diferencia de tres años, dos meses y dieciséis días existente entre el 31 de diciembre de 2014 y el 16 de marzo de 2018 le restamos un mes y cinco días de suspensión del periodo prescriptivo por la convocatoria a conciliación resulta un término de tres años, un mes y once días desde que finalizó el último contrato hasta la presentación de la demanda, por lo tanto, existe prescripción, lo que conduce a que se confirme la decisión de la primera instancia.

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala entra a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora, le corresponde a esta Sala de Decisión definir si la constancia No 04106 expedida por la Inspectora del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, el 4 de diciembre de 2017, interrumpió la prescripción de los derechos laborales reclamados por la demandante, en caso afirmativo estudiar la procedencia de las acreencias laborales e indemnizaciones; sin embargo, previo a ello la Sala determinará si entre las partes existió un contrato de trabajo, para posteriormente estudiar la excepción de prescripción formulada por la parte demanda, como quiera que si bien la Juez A Quo declaró prescritos los derechos reclamados con la demanda no declaró el derecho, yerro que debe ser subsanado en esta instancia.

SOLUCIÓN A PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Parte la Sala por señalar, que la Juez A quo de conformidad con lo argüido en la demanda y la prueba recopilada en el trascurso del proceso concluyó en la parte considerativa de la sentencia que pese a que existió divergencia en las posiciones de las partes respecto a la naturaleza del vínculo que las unió, coincidieron en que existió una prestación de servicios por parte de la demandante en favor de la demandada desde el año 2009 hasta el 31 de diciembre de 2014; no obstante, y debido a que no declaró el derecho si declaró probada la excepción de prescripción, en tanto, desde la última fecha referida hasta la data en que se presentó la demanda año 2018, transcurrieron más de 3 años, advirtiendo que la citación de la demandada a la inspección del trabajo no interrumpió la prescripción ya que el representante legal de la misma no asistió a dicha diligencia, situación que es irregular, pues para estudiar la prosperidad de la excepción referida, la Juez A Quo debía concluir la existencia de un contrato de trabajo y posteriormente y en aras de verificar la procedencia de las acreencias laborales reclamadas examinar la prescripción. En consecuencia, la Sala primero abordará la existencia del contrato de trabajo.

EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO

Esta Corporación, en forma por demás prolija ha venido sosteniendo que quien judicialmente procure la declaración de derechos en su favor, se encuentra en la imperativa obligación de acreditar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, ya que en virtud del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 del C. G. del P., aplicable por analogía al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., es deber de quien acciona el aparato judicial, allegar al proceso todos los medios acreditativos que respalden sus súplicas, siendo aplicable para tal efecto el contenido del artículo 54 del C.S. del T. que establece que *"La existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios"*.

Para resolver el asunto, necesario es acudir al artículo 23 del CST, norma que menciona los elementos esenciales del contrato de trabajo a saber: La actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia de este respecto del empleador que le da la facultad de impartir órdenes e instrucciones y el salario. También al artículo 24 ibídem, por cuanto *"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*.

Ahora, en forma pacífica nuestro Tribunal de cierre, ha señalado que opera esta presunción legal a favor del demandante, cuando prueba la prestación personal del servicio, caso en el cual, surge a cargo del convocado a juicio, la obligación de demostrar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación de trabajo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.¹

¹ C.S.J., Sala Casación Laboral, sentencia 39377 del 29 de junio de 2011. *"En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo."*

PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIO

En cuanto a este elemento contractual esencial, en el sub lite la IPS JULIAN CARLOSAMA, al dar contestación a la demanda, si bien negó la existencia de una relación laboral con la demandante, aceptó que prestó servicios en el área de odontología a través de contratos de prestación de servicios, situación respecto de la cual también dieron cuentas las testigos LEYDY CATALINA GUERRERO BRAVO y ANYELY ORDOÑEZ, por lo que a juicio de la Sala se encuentra acreditada la prestación personal del servicio por parte de la demandante en favor de la demandada.

CONTINUADA SUBORDINACIÓN, DEPENDENCIA, EXTREMOS TEMPORALES y SALARIO

Al respecto conviene precisar que la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, constituye el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, pues dicha potestad se concreta en el sometimiento del trabajador a las órdenes o imposiciones de su empleador.

De otro lado, el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor encomendada por el contratante.

Así las cosas, cuando se alega el principio de la realidad sobre las formas con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo, corresponde en cada caso, sin desconocer los principios del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Definido lo anterior y demostrada como se encuentra la prestación del servicio de la parte activa del contradictorio a favor de la IPS demandada, le correspondía desvirtuar a esta última la presunción prevista en el artículo 24 del CST, pues conviene precisar que la accionada alegó la existencia de vínculos contractuales de prestación de servicio dentro de los cuales no existió subordinación ni dependencia.

Al respecto, la testigo **LEIDI CATALINA GUERRERO BRAVO** citada por la parte demandante, aseguró que la conoce hace 10 años porque compartieron actividades escolares y luego laboraron para la IPS JULIAN CARLOSAMA, precisando la testigo que laboró para la última entidad referida desde febrero hasta el 31 de diciembre de 2011, y que igual que la actora fue vinculada mediante la modalidad de prestación de servicio. Informó que, debían registrar su hora de entrada y de salida y en muchas ocasiones su jornada laboral se extendía. Aseguró que, cuando la testigo se vinculó con la IPS demandada la accionante ya se encontraba laborando. Manifestó que, la demandante se desempeñaba como auxiliar en salud oral y debía acatar las órdenes de los odontólogos de momento, y que para ausentarse de sus labores debía solicitar permiso inicialmente ante el odontólogo y al jefe de personal el Sr. Vicente Mora. Adujo que, tanto ella como la testigo debían cumplir con el horario determinado, que oscilaba entre las 7: 30 a.m. hasta las 11:30 a.m. y de 1:00 p.m. a 4 o 5 p.m., pues la demandante no estaba en la posibilidad de atender a los pacientes en el horario que quisiera. Indicó

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

que además eran objeto de llamados de atención en caso de llegar tarde. Finalmente, expuso la testigo que su contratación fue en principio a través de una CTA y luego directamente con la IPS, pero que siempre los pagos los realizó la demandada.

Por su parte la testigo **ANYELI ORDONEZ**, citada por la convocada a juicio y quien se encuentra vinculada con esa institución, aseguró que la actora prestó servicios para esa entidad como auxiliar de consultorio odontológico desde el año 2009, precisando que en el año 2011 la contratación se hizo a través de una CTA. Informó que, en los meses de enero por lo general no se hacían contrataciones y que estas se hacían a partir de febrero. Expuso que, la demandante no cumplió un horario; sin embargo, advirtió que se debía cumplir con una agenda de pacientes. Aseguró que, desconoce si para el cumplimiento de sus funciones la actora recibía órdenes. Manifestó que, el horario que maneja la entidad demandada es de 7:30 a.m. a 11:30 a.m. y de 1:30 p.m. a 5: 30 p.m. pero que los contratistas no cumplen ese horario. Finalmente, comentó que el instrumental que usaba la actora, así como la papelería era de propiedad de la IPS demandada.

Del análisis en conjunto y crítico de la prueba la Sala concluye que el elemento esencial de subordinación no fue desvirtuado por la entidad demandada, ello por cuanto, si bien se afirma que la actora era independiente y gozaba de autonomía en sus actividades, la Sala lo que advierte es que la demandante prestó servicios como auxiliar de odontología, funciones propias del giro ordinario de la IPS demandada, actividades que en manera alguna se podría pensar desarrollaba de manera autónoma e independiente, y como lo pretende hacer ver la testigo ANGELI ORDOÑEZ, sin el cumplimiento de un horario de trabajo, ya que de la planillas traídas por la propia IPS demandada visibles a folios 132 a 133 se registra que la demandante laboraba “*Tiempo Completo*” lo cual le resta credibilidad a su dicho.

Así mismo de lo expuesto por la testigo **LEIDI CATALINA GUERRERO BRAVO**, se evidencia que la actora estaba sujeta al cumplimiento de un horario y debía acatar las órdenes impartida por parte de los odontólogos o por el jefe de personal, circunstancias todas estas que no son propias de un contrato de prestación de servicios, por el contrario se demostró que la demandante no actuaba con autonomía ni independencia, para cumplir con el objeto contractual, pues desarrolló sus funciones bajo continuada subordinación de la entidad demandada, entidad que le impuso órdenes y horarios para ejecutar su trabajo configurándose así un contrato realidad según las voces del artículo 53 de la C.P., por lo que factible es concluir que la vinculación que unió a las partes en este proceso fue gobernada por un solo contrato de trabajo a término indefinido, que se desarrolló desde el **8 de agosto de 2009** hasta el 31 de **diciembre de 2014**, extremos que se extraen de la confesión realizada por el apoderado judicial de la demandada visible al folio 123, de las certificación que obra a folio 130 y del record laboral del folio 131, estos dos últimos documentos aportados por la demandada, pues si bien se expone que desde enero o febrero de 2010 a agosto de 2011 la demandante fue contratada mediante una CTA, esta fungió como simple intermediaria.

Así mismo, conviene advertir que si bien entre el 31 de diciembre de 2013 y el 1º de febrero de 2014 existió una interrupción la misma no superó los 30 días, por lo tanto, la misma se considera aparente como lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL981-2019, aspecto

que no es óbice para que no se declare un solo contrato razón por la cual se modificará la sentencia de primera instancia en lo pertinente.

DE LA EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN

Declarada la existencia de un contrato de trabajo sería del caso estudiar la procedencia de las acreencias laborales reclamadas, tales como, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones; no obstante, previo a ello, la Sala estudiará si en el caso operó la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

Sobre la prescripción el artículo 151 del CTPSS establece que *“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”*.

En igual sentido el artículo 488 del CST, dispone que *“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”* y el artículo 489 de la misma codificación dispone que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”*.

Sobre los requisitos que debe cumplir el simple reclamo escrito del trabajador para que interrumpa la prescripción, nuestro órgano de cierre en sentencia SL4373 de 2019, estableció que en el mismo se deben determinar *“con precisión los derechos reclamados; luego, lo importante de dicha solicitud es que el derecho se encuentre «debidamente determinado» para que se dé por cumplida la institución de la interrupción en los términos normativos, es decir, que por una sola vez se quiebre el conteo de los tres años a partir del momento en que se hizo exigible la obligación. Esta individualización de los derechos nace de la necesidad de que haya claridad respecto a la posible controversia que pueda surgir entre las partes, para que el eventual debate judicial se desarrolle sobre los aspectos puntuales de la reclamación y no respecto de acreencias no pedidas previamente al empleador.”*.

El mismo precedente referido en lo referente a que si son válidas las reclamaciones que se hagan a través del Ministerio del Trabajo señaló que:

“esta Corporación ha señalado que son admisibles para cortar el término prescriptivo, incluso, indicó que son válidas las que se desarrollen ante cualquier autoridad que esté facultada para solucionar conflictos de trabajo, siempre y cuando se le entere al empleador en forma clara y precisa cuáles son los derechos que reclama quien fuera su subordinado. Al respecto se traen apartes de la sentencia CSJ SL, 18 jun. 2008, rad. 33273, los que en lo pertinente señalan:

De otro lado, es cierto que de acuerdo con las voces de los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el simple

reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador sobre un derecho debidamente determinado interrumpe la prescripción por un lapso igual al inicialmente señalado. La exigencia sobre la individualización del derecho tiene su razón de ser en la necesidad de que la eventual contienda judicial se desarrolle sobre los conceptos claramente especificados en la reclamación y no sobre otros que no estén detallados o cuya ambigüedad le reste eficacia a los efectos que con su presentación al empleador se pretenden.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia ha admitido la validez de las reclamaciones efectuadas ante los Inspectores del Trabajo o ante cualquier autoridad que pueda dar solución a conflictos laborales, cuando en la correspondiente diligencia está el empleador remiso en cuyo desarrollo se entera de cuáles son los derechos que su ex-trabajador le está solicitando su satisfacción, siempre y cuando tales derechos también aparezcan debidamente individualizados, pues en realidad si el simple reclamo escrito del asalariado recibido por su empleador tiene la fuerza para interrumpir la prescripción, no se ve la razón para que una reclamación ante funcionario público y en presencia del empleador no la tenga también para los propósitos de anular el término prescriptivo que venía corriendo para que empiece la contabilización de otro igual por el lapso inicialmente señalado.

Con las advertencias de que dan cuenta los párrafos precedentes, analiza la Corte la certificación expedida por la Inspección de Trabajo del Grupo Empleo y Seguridad Social del Atlántico el 28 de noviembre de 2001, el cual registra la siguiente anotación a título de constancia:

“Que a este despacho se presentó la señora MARÍA DEL SOCORRO SALAZAR VALDÉS, identificada con cédula de ciudadanía No. 27.498.036 de Tumaco (Nariño) en calidad de querellante, a quien a su solicitud éste despacho citó a la CORPORACIÓN EDUCATIVA SINDICARIBE para atender reclamación laboral de la parte querellante quien solicita pago de indemnización por despido, reliquidación de las prestaciones sociales, reliquidación de salarios por desmejora salarial. Este despacho citó al querellante (sic) por dos veces consecutivas, la primera fue 19 de Noviembre/01 y la segunda para el día 28 de Noviembre /01 a las 8:30 a.m., que siendo la hora y día señalado para la audiencia, la parte querellante (sic) no se presentó, ni envió excusa alguna que justificara su no asistencia...”

El texto del documento en referencia, expedido por funcionario público en ejercicio de sus funciones, evidencia únicamente que a esa oficina se presentó la señora María del Socorro Salazar Valdés a reclamar de la Corporación Educativa Sindicaribe la indemnización por despido injusto, la reliquidación de las prestaciones sociales y la reliquidación de salarios por desmejora salarial, habiendo sido citada la querellada (aunque equivocadamente se menciona a la querellante) en dos oportunidades sin haber comparecido a ninguna de ellas. Pero no aparece que en las citaciones que la Inspección hizo a la corporación educativa, las cuales, dicho sea de paso, no obran en el expediente, se hubiera incluido dentro de las mismas los derechos laborales pretendidos por la ex-trabajadora, lo que equivale a decir que no hay acreditación procesal alguna que de fe de que la ex-empleadora se hubiera enterado de la reclamación de los conceptos laborales pretendidos por quien le prestó servicios.

En esas condiciones, no puede afirmarse válidamente que la demandante hubiera interrumpido el término de prescripción, pues para llegar a esa conclusión era necesario demostrar que su empleadora tuvo conocimiento de cuáles eran los derechos laborales a los cuales aspiraba, situación que no es posible deducir del acta levantada ante el funcionario del trabajo en la ciudad de Barranquilla ni tampoco de la inasistencia de la querellada a las audiencias para las cuales fue citada. [...].

De lo anterior, se concluye que para que se entienda válidamente interrumpido el término de prescripción, es necesario acreditar que el empleador tuvo conocimiento de los derechos reclamados.

En el presente caso como se dijo anteriormente existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 8 de agosto de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2014, lo que significa que la parte actora contaba con tres años para interponer la demanda, esto es, hasta el 30 de diciembre de 2017; sin embargo, del documento visible al folio 2 se evidencia que se presentó el 16 de marzo de 2018, esto

es, por fuera de los tres años que prevén los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST.

Ahora bien, para establecer si el documento expedido por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social de Pasto, que reposa a folio 20, interrumpió la prescripción de las acreencias laborales, es pertinente advertir que revisada la certificación referida se registra lo siguiente:

*“Que el (la) (el) señor (A) **NANCY ISABEL RIASCOS MENESES** identificado (A) con cc No 1087413764 de Tuquerres (N) en calidad de parte CONVOCANTE compareció (eron) a la audiencia de conciliación que fue programada por la Oficina de Atención al Ciudadano y Tramites de esta Dirección Territorial y que fue repartida a este despacho, para realizarse el día de **hoy 4 de diciembre de 2017 a las 9:00 am** con el (la) señor (A) (ES) **REPRESENTANTE LEGAL IPS JULIAN CARLOSAMA**, en calidad (ES) de parte (s) CONVOCADA (S) y quien (es) no asistió (eron) a la misma.*

*El despacho deja constancia que en la solicitud de audiencia de conciliación figura como convocante la señora **Nancy Isabel Riascos Meneses**, pero en la boleta de citación para audiencia de conciliación que fue girada por la Oficina de Atención al Ciudadano y Tramites de esta Dirección Territorial, aparece que la convocante es la señora **Francy Riascos Meneses**, por lo que hay un error en dicho documento.*

Adicionalmente, en el texto en referencia como objeto de la audiencia se registra el:

*“**Reconocimiento y pago de los siguientes derechos laborales a favor del (la) señora (A) NANY (SIC) ISABEL RIASCOS MENESES**, en calidad de PARTE CONVOCANTE Cesantía, intereses a las cesantía prima de servicios vacaciones indemnización por despido injusto, indemnización moratoria por el no pago oportuno de los derechos laborales, recargos dominicales auxilio de transporte y horas extras por haber laborado mediante contrato de trabajo escrito en el periodo laboral 15 de agosto de 2009 al 30 de diciembre de 2014, devengando como remuneración mensual el salario mínimo en un horario de trabajo de 8:00 am a 12m y de 2 p.m a 6:00 pm y desempeñándose como enfermera. Lo anterior de conformidad con la (s) solicitud (se) de citación para audiencia de conciliación realizada por la parte convocante de la audiencia (s) y por medio de la cual la oficina de Atención al Ciudadano y tramites de esta Dirección Territorial de Trabajo a través del funcionario (a) WILLIAM EDUARDO ARTEAGA PATIÑO, giró la boleta de citación del 2 de noviembre de 2017, repartiendo este asunto al despacho a mi cargo”.*

Así las cosas, si bien el anterior documento da cuenta de la asistencia a la Inspección del Trabajo por parte de la demandante para declarar de la IPS JULIAN CARLOSAMA, diferentes acreencias de índole laboral, también lo es que, el mismo resulta ambiguo y confuso, pues se indica que en la boleta de citación para audiencia de conciliación que fue girada por la Oficina de Atención al Ciudadano y Tramites de esa Dirección Territorial, aparece que la convocante es la señora **Francy Riascos Meneses**, corrigiendo entonces que la convocante es la señora **Nancy Isabel Riascos**.

Adicionalmente, con la demanda no se aportó la citación que la Inspección remitió a la convocada a juicio, la cual debía contener los derechos laborales respecto de los cuales la demandante pretendía su reconocimiento, lo que según el precedente antes citado, equivale a decir que no hay acreditación procesal alguna de que fe de que el empleador se hubiera enterado de la reclamación de los conceptos laborales pretendidos por quien le prestó servicios, lo que conduce a concluir que no es posible afirmar que la demandante hubiera interrumpido el término de prescripción, ya que se insiste la actora tenía la carga de la prueba de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., de demostrar que la entidad demandada tuvo conocimiento de cuáles eran los derechos laborales que pretendía, aspecto que no se puede deducir de la constancia expedida por la Inspectora del Trabajo,

tampoco de la inasistencia de la convocada a juicio a la audiencia para la cual fue citada, ni de la respuesta dada al hecho 10º de la demanda por parte de la IPS demandada, referente a que el 4 diciembre de 2017, la demandante citó e hizo comparecer al Representante Legal de la demandada, ante el Ministerio de Trabajo, celebrada el 4 de diciembre de 2017, supuesto factico frente al cual la convocada a juicio contestó que *“ES CIERTO: Con la salvedad que para que aquel entonces se atravesaba por una situación muy complicada para todo el Resguardo Indígena de Túquerres, por razones judiciales que no permitieron la asistencia de aquel Representante Legal”*, afirmación de la cual no se puede extraer confesión alguna respecto del reclamo realizado por la demandante.

En conclusión, la demandante no acreditó que interrumpió en debida forma la prescripción, por ende, la misma operó en los términos de los artículos 151 del CPTSS y del CST, pero por las razones expuestas en esta providencia que difieren de las consignadas por la Juez A Quo.

COSTAS

Sin lugar a condenar en costas de segunda instancia a cargo de la parte actora, en tanto, le fue concedido amparo de pobreza.

CONCLUSIÓN

De conformidad con lo anterior resulta procedente modificar la sentencia proferida por el Juzgado Civil de Tuquerres, el 16 de septiembre de 2021, en el sentido de declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 8 de agosto de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2014, y consecuentemente declarar probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias laborales reclamadas en esta demanda por la SRA. NANCY ISABEL RIASCOS MENESES, respecto de la IPS JULIAN CARLOSAMA. En lo restante la sentencia será confirmada.

III. 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 los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Tuquerres, en audiencia pública llevada a cabo el 16 de septiembre de 2021, objeto de apelación por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído los cuales quedaran así:

“PRIMERO: DECLARAR que entre **NANCY ISABEL RIASCOS MENESES** y la **IPS INDÍGENA JULIAN CARLOSAMA**, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 8 de agosto de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2014, por las razones expuestas en esta providencia.

“SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN** propuesta por la demandada respecto de las acreencias laborales reclamadas por la parte actora y derivadas del contrato de trabajo vigente entre el 8 de agosto de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2014, conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Pasto, en audiencia pública llevada a cabo el 16 de septiembre de 2021, objeto de apelación por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia por contar la demandante con amparo de pobreza.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 170. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

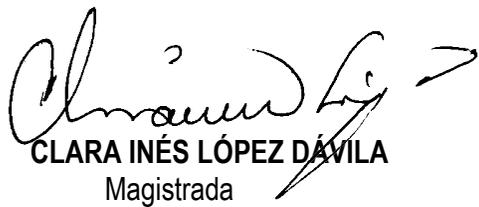
No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2019-00013-01 (503)

En San Juan de Pasto, a los once (11) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA y LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **CRISTINA CONCEPCIÓN NARVAÉZ CARRASCO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

El suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado, por ello obrando de conformidad con las previsiones del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

CRISTINA CONCEPCIÓN NARVAÉZ CARRASCO, a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, administrado por la última entidad referida y producido el 27 de agosto de 1999. En consecuencia, solicitó se condene a COLPENSIONES a reincorporarla como afiliada al RPM, y se ordene a PORVENIR S.A. a efectuar el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros a COLPENSIONES, en los términos dispuestos por el artículo 17 del Decreto 692 de 1994. Así mismo, solicitó se condene a la demandada COLPENSIONES a reconocerle una pensión de vejez y, a PORVENIR S.A. a pagarle los perjuicios materiales causados junto con las costas procesales que también deberá cancelar COLPENSIONES.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 18 de agosto de 1961 y se afilió al ISS el 26 de octubre de 1987. Que se encuentra vinculada laboralmente en calidad de docente en la Institución Comunidad San Francisco Javier, desde septiembre de 1996. Que PORVENIR S.A., sin brindar asesoría idónea

en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual. Que PORVENIR S.A., el 27 de agosto de 2018, realizó simulación de su pensión arrojando como resultado una mesada de \$781.242 mientras que, en el RPM, sería de \$1.688.076. Que solicitó ante COLPENSIONES el regreso al régimen de prima media con prestación definida, petición que fue negada mediante oficio del 1º de octubre de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el que admitió la demanda mediante auto del 28 de enero de 2019 (fl.56), en el que se ordenó la notificación de las demandadas actuaciones que se surtieron en legal forma.

Trabada la Litis, las entidades demandadas por conducto de sus apoderados judiciales contestaron la demanda en similares términos, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el traslado al RAIS por parte de la actora provino de una decisión libre, voluntaria, consciente y debidamente informada.

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “PRESCRIPCIÓN”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” entre otras. (Fls.71-78)

PORVENIR S.A. En su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “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 EL DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA” y la “INOMINADA o GENERICA” (Fls. 113-159).

Por su parte, la Procuradora 12 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen. (Fls.62-65).

El Juzgado de Conocimiento el 13 de abril de 2021, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S.S. acto en el que declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas por las partes, señalando fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 211-212).

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 16 de julio de 2021 llevó a cabo la audiencia antes referida, acto procesal en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y estando clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad verificado ante PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener sino hubiera realizado el mencionado traslado dejando sin efecto jurídico alguno. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a favor de COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con inclusión de la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos y utilidades. Además, indicó que PORVENIR S.A. devolverá el porcentaje de gastos de administración generados durante la vinculación al RAIS, debidamente indexado, y en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y los transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la accionada. Condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. los conceptos descritos. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandas. ABSOLVIÓ a PORVENIR S.A. de cualquier otra clase de peticiones y condenó en costas a las demandadas. (Fls.259-260).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juez A Quo, al considerar que el fallo es contradictorio, en tanto, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se generan como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo cual no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, argumentando que en caso tal en que se mantenga la decisión de declarar la ineficacia del traslado se debe acudir a la figura de las restituciones mutuas. Indicó que, la carga dinámica de la que se exige en este tipo de asuntos afecta el derecho de defensa de la demandada. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe y con apego a las normas, pues además resultan excesivas.

COLPENSIONES

La apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que la negativa de esa entidad de negar el traslado de la demandante encuentra sustento en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003. Advirtió, que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., pues además resaltó que a la demandante le asistía el deber de solicitar información. Resaltó que, se debe tener en cuenta el salvamento de voto de la sentencia SL 1452 de 2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Advirtió que autorizar el

traslado de la actora al RPM, implica prohiar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional. Finalmente se opuso a la condena en costas impuesta en su contra.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el proveído estudiado adverso a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento de tutela de 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237, razón por la cual esta Corporación en cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., lo admitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Así mismo, los recursos de apelación fueron admitidos por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

La parte actora, solicito se confirme la decisión adoptada por el Juez A Quo, debido a que atiende los principios constitucionales y legales que rigen el sistema de seguridad social en pensiones, y acoge las reglas jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que su representada no recibió una asesoría idónea, pues la escogencia el régimen pensional no estuvo precedida de una información suficiente que le permitiera elegir cual era más favorable.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES manifestó que la demandante no acreditó la falta de información que atribuye a la A.F.P., por lo tanto, el traslado por ella realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando se probó que la actora se afilió a varias administradoras del R.A.I.S. y no presentó solicitud de retracto en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, PORVENIR S.A. reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, referentes a la improcedencia de la ineficacia del traslado, la imposibilidad de ordenar la devolución del porcentaje de administración, los rendimientos financieros y que se revoque la condena en costas.

Por su parte, el Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que la A.F.P. PORVENIR S.A. incumplió con la carga de la prueba sobre el deber de información que le correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías.

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala entra a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso esa entidad y PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a decretar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ante el RAIS, administrado por la demandada PORVENIR S.A. Igualmente, determinar si esa entidad debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo la totalidad de las cotizaciones, sus rendimientos, así como los gastos de administración y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Así mismo, establecer si a PORVENIR S.A. le corresponde asumir las diferencias que existan entre lo aportado al R.P.M y lo trasladado al R.A.I.S con sus propios recursos y si la condena en costas impuesta a las demandadas resulta ajustada a derecho.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales en lo pertinente, pues estableció que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.¹, argumentos ratificados

¹ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

entre otras en la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

La primera desarrollándose con la creación de las AFP, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir entre los dos regímenes en forma “libre y voluntaria”, al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en sus pronunciamientos en indicar que para que el afiliado pueda escoger debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos genera la decisión de trasladarse; por ello, es necesario que las administradoras de fondos de pensiones, proporcionen información suficiente, clara y veraz de las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues solo cuando se cumplen estos presupuestos se puede afirmar que la decisión fue libre y espontánea, ello en concordancia con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, que regula lo relacionado con la información a los usuarios, so pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

La segunda etapa la sentencia antes citada la resume con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, que consagran el deber de asesoría y buen consejo, pues el literal c) del artículo 3 de la ley referida estableció la obligación de proporcionar a los usuarios del sistema financiero, información cierta, suficiente y oportuna, respecto de sus derechos y obligaciones; así mismo el artículo 2 del Decreto 2241 de 2010, dispone que los principios contenidos en el Decreto 1328 de 2009, deben ser aplicados al Sistema General de Pensiones, especialmente con la debida diligencia, transparencia, información cierta, suficiente, y oportuna, así como el manejo adecuado de conflicto de intereses, en busca de que prevalezca el interés general de los consumidores.

En este nuevo ciclo indica la Corte se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues se le impone el deber de brindar asesoría y buen consejo, último de los cuales comporta el estudio de los antecedentes del afiliado sus datos relevantes y expectativas pensionales, todo esto para que se de un estudio objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que le merezca al representante de la administradora.

Finalmente, y en la tercera etapa sostiene la Corte que con la expedición de la Ley 1748 de 2014, y también de conformidad con lo establecido en el artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No 016 de 2016, se impuso a las entidades pensionales la obligación de brindar a los usuarios la información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como también suministrar un buen consejo, lo que se denominó el deber de doble asesoría.

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

Igualmente, se determinó que les corresponde a las administradoras de fondos de pensiones la carga probatoria respecto de la información que brindan al potencial afiliado al momento del traslado, correspondiéndoles demostrar que han cumplido a cabalidad con dicho deber. Es entonces que en estos casos se invierte la carga de la prueba y está en cabeza del respectivo fondo pensional demostrar que cumplió con su deber de información al momento de su traslado.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó el Juez A quo, al definir que hoy PORVENIR S.A. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 1999, no cumplió con el deber de información, puesto que del material probatorio se observa que con anterioridad estuvo en el RPMD, administrado por el extinto ISS. En consecuencia, contrario a lo que afirman los apoderados de las demandadas le correspondía a PORVENIR S.A., armar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, esto es, para el año 1999 la actora recibió por parte de esa entidad, independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada a la demandante.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se indiquen los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto, no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares de la demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, PORVENIR S.A. no demostró en el sub lite que hubiera presentado a la accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir la actora en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues de la Solicitud de Vinculación que data del 27 de agosto de 1999 (fl.160), no se puede concluir que la demandada cumplió con las obligaciones que le competía tales como: ilustrar, informar y documentar al afiliado, ya que recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de la declaración rendidas por la testigo MIRIAM DEL SOCORRO LAGOS HIDALDO, quien fue compañera de trabajo de la actora en el Colegio San Francisco Javier y, manifestó que en dicha institución se llevaban a cabo reuniones a las 7:00, espacio que fue aprovechado para que los asesores de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.,

invitaran a los trabajadores, entre ellos, a la demandada a trasladarse a esos fondos; no obstante aseguró que estos no les explicaron las consecuencias del traslado, solo se limitaron a exponer las ventajas como una pensión a menor edad y en mayor monto.

Ahora bien, como se dijo anteriormente, sobre el formulario de afiliación de la actora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del mismo no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por ende, no le asiste razón a los recurrentes cuando afirman que PORVENIR S.A cumplió con las obligaciones que le incumbían, pues esa entidad no aportó mayores elementos que permitan así concluirlo; aspecto que además le correspondía probar por carga dinámica de la prueba, situación probatoria que no es irregular como lo sostiene la apoderada de esa entidad, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer la demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional de la promotora de la litis y que pudo evitarse si hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, por lo que se concluye el mismo no cumplió con el deber de información debida y transparente.

Ahora bien, conviene recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1452 de 2019 que ya fue referida y entre otras las sentencias SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019, definieron que la figura a aplicar en el caso que nos ocupa no es la de nulidad de traslado, sino que lo pertinente, es declarar su ineficacia; al respecto, expresamente la Corte señala: *“la reacción del ordenamiento jurídico – artículos 271 y 272 ley 100 de 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 de cambio del régimen pensional, por trasgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales...”*

Los conceptos de ineficacia y nulidad fueron explicados ampliamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-345 de 2017, precisando que el concepto de ineficacia en un sentido amplio comprende fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSONES, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado; ineficacia que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por ello, se adicionará la decisión de la primera instancia el sentido de declarar la ineficacia

del traslado realizado por la demandante a PORVENIR S.A. el 27 de agosto de 1999, con efectividad a partir del 1º de octubre del mismo año, como se lee del documento del folio 162, conclusión que no implica como lo asegura la apoderada de COLPENSIONES una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió del fondo administrador del RAIS, este debe también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni a la demandante y como esta última se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma el apoderado de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por la demandante hubiera recibido, las cotizaciones a pensión, rendimientos y utilidades obtenidos durante toda su permanencia en el RAIS, tal y como lo ha establecido nuestro órgano de cierre en materia laboral en pronunciamiento radicado bajo el número 31989 de 8 de septiembre de 2008, *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”*.

De igual forma, también se le ordenará devolver a la demandada PORVENIR S.A. el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, 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 SL5514 de 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 el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en el anterior sentido ordenando indexación de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima, así como 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 nulidad 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 actora es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea la demandante quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, por lo tanto también resulta acertada la decisión de la Juez A Quo, que estableció que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido la actora en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos, por ello se mantendrá incólume.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Solicitó la apoderada de PORVENIR S.A. se revoque la condena en costas en razón a que su representada actuó de buena fe.

En cuanto a la condena en costas el Código General de Proceso, acogió el sistema objetivo para su imposición, razón por la cual el artículo 365 en su numeral 1º, establece que ha de condenarse en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, que para el caso que nos ocupa lo fue PORVENIR S.A., por ello la condena que irrogó la primera instancia al respecto resulta acertada.

Ahora bien, con relación al reproche que realiza el recurrente sobre el monto que fijó el Juez A Quo por concepto de costas, advierte la Sala que dicho aspecto deberá controvertirlo en la oportunidad procesal pertinente de conformidad con el artículo 366 numeral 5º del C.G del P., esto es mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

En cuanto a las costas a cargo de COLPENSIONES las mismas se revocarán, pues como lo asegura el apoderado de esa entidad, no tuvo injerencia en el traslado de la actora, y además en sede administrativa tampoco tenía la facultad de acceder a la declaratoria de ineficacia, pues nótese que esa decisión surge como consecuencia de un proceso declarativo en el que se analizaron los presupuestos para su procedencia, por ello, dicha condena será revocada.

EXCEPCIONES.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepciones de fondo las de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR” e “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la nulidad y/o ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN, la misma se declarará no probada en tanto el derecho a la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible, por ello la ineficacia del acto jurídico de traslado

puede alegarse en cualquier momento u oportunidad, tal y como lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1689-2019 Radicación No 65791, del 8 de mayo de 2019.

Con relación a la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, propuesta por COLPENSIONES, se declarará probada únicamente respecto de las costas de primera instancia, por lo tanto, se modificará el numeral tercero y quinto en lo pertinente.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por esa entidad y por el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala adicionar el numeral primero y segundo de la sentencia por las razones anotadas, y se modificaran los numerales tercero y quinto conforme se indicó. Se confirmará la decisión en lo restante.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es la suma total de \$2.000.000, para cada una, la cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem

III. 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: **ADICIONAR** los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** y **MODIFICAR** los numerales **TERCERO** y **QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 16 de julio de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto jurídico de traslado realizado por la demandante CRISTINA CONCEPCIÓN NARVAÉZ CARRASCO, de notas civiles identificadas en el proceso, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., realizado el 28 de agosto de 1999 con efectividad a partir del 1º de octubre de mismo año.

DECLARAR que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo”.

“SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. como entidad a la que se encuentra afiliada la demandante a trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidos, además de las cuotas de administración, 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 actora 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 de sus propios recursos por PORVENIR S.A., a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados”.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de fondo propuesta por COLPENSIONES denominada “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” únicamente respecto de las costas de primera instancia y no probadas excepciones restantes propuestas por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A.”.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. señalando como agencias en Derecho el equivalente a la suma de \$5.451.156. Liquidense.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 16 de julio de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$2.000.000, para cada una, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

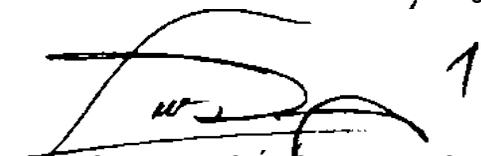
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 164. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

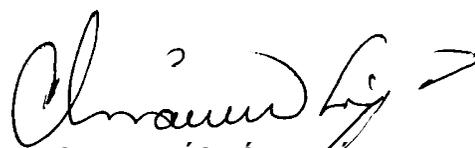
No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2019-00292-01 (501)

En San Juan de Pasto, a los once (11) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **AURA INÉS MERA RODRÍGUEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

El suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado, por ello obrando de conformidad con las previsiones del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

AURA INÉS MERA RODRÍGUEZ, a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, administrado por la última entidad referida producido el 1º de noviembre de 1995. En consecuencia, se condene a **COLPENSIONES** a acoger a la demandante como afiliada al RPM, y a recibir de **PORVENIR S.A.** la totalidad de las cotizaciones realizadas por esta, bono pensional, junto con la capitalización, indexación e intereses de mora. Así mismo, solicitó se condene a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la demandante, y se condene a las demandadas a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales causados a la actora junto con las costas procesales.

De manera subsidiaria solicitó se declare ilegal el traslado de la demandante por no cumplir con el requisito de permanencia mínimo de 3 años para poder trasladarse de régimen, estipulado en el artículo 13 literal e de la ley 100 de 1993.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **19 de junio de 1957**. Que realizó cotizaciones a la Caja de Previsión Municipio de Pasto, desde el 26 de agosto de 1994 hasta el 31 de enero de 1995; al ISS desde el 1 de febrero hasta el 31 de octubre de 1995 y a PORVENIR S.A. desde el 1º de noviembre de 1995 hasta el 31 de octubre de 2018. Que PORVENIR S.A., sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del 1º de noviembre de 1995. Que PORVENIR S.A., el 5 de diciembre de 2018, realizó simulación de su pensión arrojando como resultado una mesada de \$781.242. Que de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tendría la certeza de alcanzar su pensión en un monto mínimo del 55% del IBC. Que el 1º de febrero de 2019, presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, pero no fue resuelta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el que admitió la demanda mediante auto del 25 de julio de 2019 (fl.51), en el que se ordenó la notificación de las demandadas actuaciones que se surtieron en legal forma.

Trabada la Litis, las entidades demandadas por conducto de sus apoderados judiciales contestaron la demanda en similares términos, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el traslado al RAIS por parte de la actora provino de una decisión libre, voluntaria, consciente y debidamente informada.

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “PRESCRIPCIÓN”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” entre otras. (Fls.70-74)

PORVENIR S.A. En su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “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 EL DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA” y la “INOMINADA o GENERICA” (Fls. 116-167).

Por su parte, la Procuradora 12 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen. (Fls.62-65).

El Juzgado de Conocimiento el 12 de abril de 2021, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S.S. acto en el que declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas por las partes, señalando fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 307-308).

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 15 de julio de 2021 llevó a cabo la audiencia antes referida, acto procesal en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y estando clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad verificado ante PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener sino hubiera realizado el mencionado traslado dejando sin efecto jurídico alguno. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a favor de COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con inclusión de la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos y utilidades. Además, indicó que PORVENIR S.A. devolverá el porcentaje de gastos de administración generados durante la vinculación al RAIS, debidamente indexado, y en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y los transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la accionada. Condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. los conceptos descritos. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandas. ABSOLVIÓ a PORVENIR S.A. de la indemnización de perjuicios morales y materiales y condenó en costas a las demandadas. (Fls.315-316)

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el Juez A Quo, al considerar que el traslado de la actora resulta válido en la medida en que se le brindó la información respectiva para la época del mismo. Manifestó, que existieron varias circunstancias que rodearon el traslado de la actora, no solo la falta de información. Indicó que, la carga de la prueba que se requiere en este tipo de asuntos afecta el derecho de defensa de la demandada, en tanto, se exige una información que para el momento del traslado de la demandante no existía. Adicionalmente, cuestionó el valor probatorio que el Juez A Quo le dio a la prueba testimonial. Así mismo, adujo que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se generan como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo cual no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, argumentando que en caso tal en que se mantenga la decisión de declarar la ineficacia del traslado se debe acudir a la figura de las restituciones mutuas. Expuso, que no debe condenarse a la demandada a asumir las posibles diferencias con ocasión del traslado por cuanto el aporte de

cotización en ambos regímenes es el mismo. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe y con apego a las normas, pues además resultan excesivas.

COLPENSIONES

La apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que la negativa de esa entidad de negar el traslado de la demandante encuentra sustento en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003. Advirtió, que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., pues además resaltó que a la demandante le asistía el deber de solicitar información. Resaltó que, se debe tener en cuenta el salvamento de voto de la sentencia SL 1452 de 2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Advirtió que autorizar el traslado de la actora al RPM, implica prohijar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional. Finalmente se opuso a la condena en costas impuesta en su contra.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el proveído estudiado adverso a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento de tutela de 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237, razón por la cual esta Corporación en cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., lo admitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Así mismo, los recursos de apelación fueron admitidos por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

La parte actora, solicitó se confirme la decisión adoptada por el Juez A Quo, debido a que atiende los principios constitucionales y legales que rigen el sistema de seguridad social en pensiones, y acoge las reglas jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que su representada no recibió una asesoría idónea, pues la escogencia del régimen pensional no estuvo precedida de una información suficiente que le permitiera elegir cual era más favorable.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES manifestó que la demandante no acreditó la falta de información que atribuye a la A.F.P., por lo tanto, el traslado por ella realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando se probó que la actora se afilió a varias administradoras del R.A.I.S. y no presentó solicitud de retracto en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, PORVENIR S.A. reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, referentes a la improcedencia de la ineficacia del traslado, la imposibilidad de ordenar la devolución del porcentaje de administración, los rendimientos financieros y que se revoque la condena en costas.

Por su parte, el Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que la A.F.P. PORVENIR S.A. incumplió con la carga de la prueba sobre el deber de información que le correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías.

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala entra a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso esa entidad y PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a decretar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ante el RAIS, administrado por la demandada PORVENIR S.A. Igualmente, determinar si esa entidad debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo la totalidad de las cotizaciones, sus rendimientos, así como los gastos de administración y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Así mismo, establecer si a PORVENIR S.A. le corresponde asumir las diferencias que existan entre lo aportado al R.P.M y lo trasladado al R.A.I.S con sus propios recursos y si la condena en costas impuesta a las demandadas resulta ajustada a derecho.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales en lo pertinente, pues estableció que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos

las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.¹, argumentos ratificados entre otras en la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

La primera desarrollándose con la creación de las AFP, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir entre los dos regímenes en forma “libre y voluntaria”, al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en sus pronunciamientos en indicar que para que el afiliado pueda escoger debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos genera la decisión de trasladarse; por ello, es necesario que las administradoras de fondos de pensiones, proporcionen información suficiente, clara y veraz de las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues solo cuando se cumplen estos presupuestos se puede afirmar que la decisión fue libre y espontánea, ello en concordancia con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, que regula lo relacionado con la información a los usuarios, so pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

La segunda etapa la sentencia antes citada la resume con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, que consagran el deber de asesoría y buen consejo, pues el literal c) del artículo 3 de la ley referida estableció la obligación de proporcionar a los usuarios del sistema financiero, información cierta, suficiente y oportuna, respecto de sus derechos y obligaciones; así mismo el artículo 2 del Decreto 2241 de 2010, dispone que los principios contenidos en el Decreto 1328 de 2009, deben ser aplicados al Sistema General de Pensiones, especialmente con la debida diligencia, transparencia, información cierta, suficiente, y oportuna, así como el manejo adecuado de conflicto de intereses, en busca de que prevalezca el interés general de los consumidores.

¹ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

En este nuevo ciclo indica la Corte se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues se le impone el deber de brindar asesoría y buen consejo, último de los cuales comporta el estudio de los antecedentes del afiliado sus datos relevantes y expectativas pensionales, todo esto para que se de un estudio objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que le merezca al representante de la administradora.

Finalmente, y en la tercera etapa sostiene la Corte que con la expedición de la Ley 1748 de 2014, y también de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No 016 de 2016, se impuso a las entidades pensionales la obligación de brindar a los usuarios la información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como también suministrar un buen consejo, lo que se denominó el deber de doble asesoría.

Igualmente, se determinó que les corresponde a las administradoras de fondos de pensiones la carga probatoria respecto de la información que brindan al potencial afiliado al momento del traslado, correspondiéndoles demostrar que han cumplido a cabalidad con dicho deber. Es entonces que en estos casos se invierte la carga de la prueba y está en cabeza del respectivo fondo pensional demostrar que cumplió con su deber de información al momento de su traslado.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó el Juez A quo, al definir que hoy PORVENIR S.A. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 1995, no cumplió con el deber de información, puesto que del material probatorio se observa que con anterioridad estuvo en el RPMD, inicialmente en la Caja de Previsión Municipal y luego en extinto el ISS. En consecuencia, contrario a lo que afirman los apoderados de las demandadas le correspondía a PORVENIR S.A., arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, esto es, para el año 1995 la actora recibió por parte de esa entidad, independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada a la demandante.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se indiquen los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares de la demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, PORVENIR S.A. no demostró en el sub lite que hubiera presentado a la accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir la actora en

el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues de la Solicitud de Vinculación que data del 3 de octubre de 1995 (fl.168), no se puede concluir que la demandada cumplió con las obligaciones que le competía tales como: ilustrar, informar y documentar al afiliado, ya que recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de las declaraciones rendidas por los testigos CARLOS HUMBERTO ROSERO TIMANÁ y PATRICIA URDANIBIA ALVIZ, compañeros de trabajo de la demandante en la Secretaría de Tránsito Municipal de Pasto, pues la última de las testigos expuso que se hizo una reunión para que los asesores de los fondos explicaran las consecuencias del traslado; sin embargo comenta que esto aseguraron que los beneficios y los porcentajes eran los mismos que en el extinto ISS. De igual manera el testigo CARLOS HUMBERTO ROSERO TIMANÁ, manifestó que lo asesores de los fondos no les explicaron las incidencias del traslado.

Ahora bien, como se dijo anteriormente, sobre el formulario de afiliación de la actora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del mismo no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por ende, no le asiste razón a los recurrentes cuando afirman que PORVENIR S.A cumplió con las obligaciones que le incumbían, pues esa entidad no aportó mayores elementos que permitan así concluirlo; aspecto que además le correspondía probar por carga dinámica de la prueba, situación probatoria que no es irregular como lo sostiene el apoderado de esa entidad, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer la demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional de la promotora de la litis y que pudo evitarse si hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, por lo que se concluye el mismo no cumplió con el deber de información debida y transparente.

Ahora bien, conviene recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1452 de 2019 que ya fue referida y entre otras las sentencias SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019, definieron que la figura a aplicar en el caso que nos ocupa no es la de nulidad de traslado, sino que lo pertinente, es declarar su ineficacia; al respecto, expresamente la Corte señala: *“la reacción del ordenamiento jurídico – artículos 271 y 272 ley 100 de 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 de cambio del régimen pensional, por trasgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales...”*

Los conceptos de ineficacia y nulidad fueron explicados ampliamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-345 de 2017, precisando que el concepto de ineficacia en un sentido amplio comprende fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado; ineficacia que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por ello se adicionará la decisión de la primera instancia el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante a PORVENIR S.A. el 3 de octubre de 1995, con efectividad a partir del 1º de noviembre del mismo año, como se lee del documento del folio 169, conclusión que no implica como lo asegura la apoderada de COLPENSIONES una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió del fondo administrador del RAIS, este debe también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni a la demandante y como esta última se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma el apoderado de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por la demandante hubiera recibido, las cotizaciones a pensión, rendimientos y utilidades obtenidos durante toda su permanencia en el RAIS, tal y como lo ha establecido nuestro órgano de cierre en materia laboral en pronunciamiento radicado bajo el número 31989 de 8 de septiembre de 2008, *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”*.

De igual forma, también se le ordenará devolver a la demandada PORVENIR S.A. el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, 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 SL5514 de 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 el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en el anterior sentido ordenando además la indexación 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 nulidad 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 actora es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea la demandante quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, por lo tanto también resulta acertada la decisión de la Juez A Quo, que estableció que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido la actora en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos, por ello se mantendrá incólume.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Solicitó el apoderado de PORVENIR S.A. se revoque la condena en costas en razón a que su representada actuó de buena fe.

En cuanto a la condena en costas el Código General de Proceso, acogió el sistema objetivo para su imposición, razón por la cual el artículo 365 en su numeral 1º, establece que ha de condenarse en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, que para el caso que nos ocupa lo fue PORVENIR S.A., por ello la condena que irrogó la primera instancia al respecto resulta acertada.

Ahora bien, con relación al reproche que realiza el recurrente sobre el monto que fijó el Juez A Quo por concepto de costas, advierte la Sala que dicho aspecto deberá controvertirlo en la oportunidad procesal pertinente de conformidad con el artículo 366 numeral 5º del C.G del P., esto es mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

En cuanto a las costas a cargo de COLPENSIONES las mismas se revocarán, pues como lo asegura el apoderado de esa entidad, no tuvo injerencia en el traslado de la actora, y además en sede administrativa tampoco tenía la facultad de acceder a la declaratoria de ineficacia, pues nótese que esa decisión surge como consecuencia de un proceso declarativo en el que se analizaron los presupuestos para su procedencia, por ello, dicha condena será revocada.

EXCEPCIONES.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepciones de fondo las de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR” e “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la nulidad y/o ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN, la misma se declarará no probada en tanto el derecho a la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible, por ello la ineficacia del acto jurídico de traslado puede alegarse en cualquier momento u oportunidad, tal y como lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1689-2019 Radicación No 65791, del 8 de mayo de 2019.

Con relación a la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, propuesta por COLPENSIONES, se declarará probada únicamente respecto de las costas de primera instancia, por lo tanto, se modificará el numeral tercero y quinto en lo pertinente.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por esa entidad y por el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala adicionar el numeral primero y segundo de la sentencia por las razones anotadas, y se modificaran los numerales tercero y quinto conforme se indicó. Se confirmará la decisión en lo restante.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es la suma total de \$2.000.000, para cada una, la cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem

III. 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: **ADICIONAR** los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** y **MODIFICAR** los numerales **TERCERO** y **QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 15 de julio de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

*“**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del acto jurídico de traslado realizado por la demandante **AURA INÉS MERA RODRÍGUEZ**, de notas civiles identificadas en el proceso, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **PORVENIR S.A.**, realizado el 3 de octubre de 1995 con efectividad a partir del 1º de noviembre de mismo año.*

***DECLARAR** que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** y por lo mismo siempre permaneció en el **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo”.*

*“**SEGUNDO: CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** como entidad a la que se encuentra afiliada la demandante a trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de **COLPENSIONES** la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, además de las cuotas de administración, 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 actora 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 de sus propios recursos por **PORVENIR S.A.**, a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados”.*

***TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de fondo propuesta por **COLPENSIONES** denominada “**IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS**” únicamente respecto de las costas de primera instancia y no probadas excepciones restantes propuestas por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**”.*

***QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada **PORVENIR S.A.** señalando como agencias en Derecho el equivalente a la suma de \$5.451.156. Liquidense.*

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 15 de julio de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$2.000.000, para cada una, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 162. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado


CLARA INÉS LÓPEZ DAVILA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2019-00328-01 (509)

En San Juan de Pasto, a los once (11) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **Dr. JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **MAGISTRADO PONENTE, CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA y LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **FERNANDO GARCÍA ORTEGA** contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

El suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado, por ello, obrando de conformidad con las previsiones del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

FERNANDO GARCÍA ORTEGA, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.** En consecuencia, se ordene al fondo privado demandado devolver a **COLPENSIONES**, las cotizaciones obligatorias y voluntarias, el bono pensional, sumas adicionales, más los aportes para pensiones que recaudó con todos sus frutos e intereses y la correspondiente indexación. Así mismo se ordene a **COLPENSIONES** recibir los anteriores conceptos, y se condene a las demandadas en costas

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **14 de abril de 1957**. Que inició su vida laboral como servidor público vinculado a la **POLICIA NACIONAL**, cotizando al Régimen Especial de Seguridad Social, desde el 1º de enero de 1986 hasta octubre de 1997. Que por otra parte, cotizó al extinto **ISS**, desde septiembre de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1996, un total de 72 semanas. Que cuando laborada para la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAMPESINA COMCAJA**, en el año 1996, **PORVENIR S.A.**, promovió su traslado a ese fondo

sin brindarle la información necesaria. Que PORVENIR S.A. mediante oficio del 4 de marzo de 2019, al realizar la proyección de su mesada pensional le ofrece una suma de \$828.116, siendo que sus IBC, fueron superiores al salario mínimo. Que las demandadas le han negado el traslado de régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendado 16 de septiembre de 2019 (Fl. 149), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

Trabada la Litis, las entidades demandadas por conducto de sus apoderados judiciales contestaron la demanda en similares términos, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el traslado al RAIS por parte del actor provino de una decisión libre, voluntaria, consciente y debidamente informada.

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO”, “BUENA FE” y “PRESCRIPCIÓN” (Fls. 168-176).

PORVENIR S.A. en su defensa propusieron las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA y la “INOMINADAD” (Fls. 211-263).

Por su parte, la Procuradora 12 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen. (Fls 160-163).

El Juzgado de Conocimiento el 14 de abril de 2021, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S.S. acto en el que declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas por las partes, señalando fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls.493-494).

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 22 de julio de 2021 llevó a cabo la audiencia antes referida, acto procesal en el que agotado el trámite propio del procedimiento

ordinario laboral de instancia y estando clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad verificado ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener sino hubiera realizado el mencionado traslado dejándolo sin efecto jurídico alguno. Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar de la cuenta individual del demandante, a COLPENSIONES, todos los valores que hayan sido depositado por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales, si hubiere lugar a ellos, cantidades adicionales de la aseguradora con los frutos o intereses, rendimientos y utilidades, además del porcentaje de administración en que se hubiera incurrido durante la afiliación, debidamente indexados. Indicó que en el evento de existir diferencia entre lo aportado en el RPM y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A., transferencia económica que se producirá a la ejecutoria de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos señalados. Declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y condenó en costas a las demandadas (Fls.545-546).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que el fallo resulta ser contradictorio ya que si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se generan como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo cual no es posible debido a que esos frutos se obtenidos por quien administró el bien, argumentando que en caso tal en que se mantenga la decisión de declarar la ineficacia del traslado se debe acudir a la figura de las restituciones mutuas, pues de lo contrario se estaría frente a un enriquecimiento sin justa causa por parte del demandante. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe y con apego a las normas, pues además resultan excesivas.

COLPENSIONES

La apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que la negativa de esa entidad de negar el traslado del demandante encuentra sustento en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003. Además, advirtió que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., pues además resaltó que al demandante le asistía el deber de solicitar información. Mencionó que, se debe tener en

cuenta el salvamento de voto de la sentencia SL 1452 de 2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, manifestó que autorizar el traslado del actor al RPM, implica prohijar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional. Finalmente, se opuso a la condena en costas impuesta en su contra.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el proveído estudiado adverso a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento de tutela de 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237, razón por la cual esta Corporación en cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., lo admitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Así mismo, los recursos de apelación fueron admitidos por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

La parte actora, solicitó se confirme la decisión adoptada por el Juez A Quo, debido a que atiende los principios constitucionales y legales que rigen el sistema de seguridad social en pensiones, y acoge las reglas jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que su representada no recibió una asesoría idónea, pues la escogencia del régimen pensional no estuvo precedida de una información suficiente que le permitiera elegir cual era más favorable.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES manifestó que la demandante no acreditó la falta de información que atribuye a la A.F.P., por lo tanto, el traslado por ella realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando se probó que el actor se afilió a varias administradoras del R.A.I.S. y no presentó solicitud de retracto en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, PORVENIR S.A. reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, referentes a la improcedencia de la ineficacia del traslado, la imposibilidad de ordenar la devolución del porcentaje de administración, los rendimientos financieros y que se revoque la condena en costas.

Por su parte, el Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que la A.F.P. PORVENIR S.A. incumplió con la carga de la prueba sobre el deber de información que le correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de

la Corte Suprema de Justicia, por ende, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías.

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala entra a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso esa entidad y PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a decretar la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por el demandante ante el RAIS, administrado por la demandada PORVENIR S.A. y si como efecto de la ineficacia el actor puede regresar al RPM. Igualmente determinar si esa entidad debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo la totalidad de las cotizaciones, sus rendimientos, así como los gastos de administración y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Así mismo, establecer si la condena en costas impuesta a las demandadas resulta ajustada a derecho.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales en lo pertinente, pues estableció que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.¹, argumentos ratificados entre otras en

¹ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

La primera desarrollándose con la creación de las AFP, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir entre los dos regímenes en forma “libre y voluntaria”, al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en sus pronunciamientos en indicar que para que el afiliado pueda escoger debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos genera la decisión de trasladarse; por ello, es necesario que las administradoras de fondos de pensiones, proporcionen información suficiente, clara y veraz de las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues solo cuando se cumplen estos presupuestos se puede afirmar que la decisión fue libre y espontánea, ello en concordancia con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, que regula lo relacionado con la información a los usuarios, so pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

La segunda etapa la sentencia antes citada la resume con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, que consagran el deber de asesoría y buen consejo, pues el literal c) del artículo 3 de la ley referida estableció la obligación de proporcionar a los usuarios del sistema financiero, información cierta, suficiente y oportuna, respecto de sus derechos y obligaciones; así mismo el artículo 2 del Decreto 2241 de 2010, dispone que los principios contenidos en el Decreto 1328 de 2009, deben ser aplicados al Sistema General de Pensiones, especialmente con la debida diligencia, transparencia, información cierta, suficiente, y oportuna, así como el manejo adecuado de conflicto de intereses, en busca de que prevalezca el interés general de los consumidores.

En este nuevo ciclo indica la Corte se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues se le impone el deber de brindar asesoría y buen consejo, último de los cuales

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. “Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

comporta el estudio de los antecedentes del afiliado sus datos relevantes y expectativas pensionales, todo esto para que se de un estudio objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que le merezca al representante de la administradora.

Finalmente, y en la tercera etapa sostiene la Corte que con la expedición de la Ley 1748 de 2014, y también de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No 016 de 2016, se impuso a las entidades pensionales la obligación de brindar a los usuarios la información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como también suministrar un buen consejo, lo que se denominó el deber de doble asesoría.

Igualmente, se determinó que les corresponde a las administradoras de fondos de pensiones la carga probatoria respecto de la información que brindan al potencial afiliado al momento del traslado, correspondiéndoles demostrar que han cumplido a cabalidad con dicho deber. Es entonces que en estos casos se invierte la carga de la prueba y está en cabeza del respectivo fondo pensional demostrar que cumplió con su deber de información al momento de su traslado.

CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó el Juez A quo, al definir que PORVENIR S.A. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual el demandante se trasladó en el año 1998, ni tampoco cuando se trasladó a COLPATRIA ni HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, esta últimas hoy PORVENIR S.A., cumplieron con el deber de información. pues contrario a lo que afirman los apoderados de las demandadas le correspondía a PORVENIR S.A., armar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, esto es, para el año 1996 el actor recibió por parte de esa entidad, independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada al demandante.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se indiquen los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares del demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, PORVENIR S.A. no demostró en el sub lite que hubiera presentado al accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir el actor en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues

de la Solicitudes de Vinculación que obran a folios 264 a 268, no se puede concluir que la demandada cumplió con las obligaciones que le competía tales como: ilustrar, informar y documentar al afiliado, ya que recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Adicionalmente, sobre el formulario de afiliación del actor, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del mismo no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por ende, no le asiste razón a los recurrentes cuando afirman que PORVENIR S.A cumplió con las obligaciones que le incumbían, pues esa entidad no aportó mayores elementos que permitan así concluirlo; aspecto que además le correspondía probar por carga dinámica de la prueba, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer el demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional del promotor de la litis y que pudo evitarse si hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, por lo que se concluye el mismo no cumplió con el deber de información debida y transparente.

Ahora bien, conviene recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1452 de 2019 que ya fue referida y entre otras las sentencias SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019, definieron que la figura a aplicar en el caso que nos ocupa no es la de nulidad de traslado, sino que lo pertinente, es declarar su ineficacia; al respecto, expresamente la Corte señala: *“la reacción del ordenamiento jurídico – artículos 271 y 272 ley 100 de 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 de cambio del régimen pensional, por trasgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales...”*

Los conceptos de ineficacia y nulidad fueron explicados ampliamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-345 de 2017, precisando que el concepto de ineficacia en un sentido amplio comprende fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, pues si bien en el asunto bajo estudio el actor cotizó al ISS hasta cierta data y

también al Régimen Pensional Exceptuado de la Policía Nacional, también lo es que, como la afiliación al régimen es una sola, y teniendo en cuenta que el actor se afilió al extinto ISS entidad administradora del RPM, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado hoy por COLPENSIONES, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, por virtud de la ineficacia declarada, misma que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por ello se adicionará la decisión de la primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante a PORVENIR S.A. el 4 de diciembre de 1996 conforme el documento que obra a folio 270, así como los demás traslados efectuados a COLPATRIA y HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, conclusión que no implica como lo asegura la apoderada de COLPENSIONES una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió del fondo administrador del RAIS, este debe también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni al demandante y como este último se encuentra vinculado a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma la apoderada de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por el demandante hubiera recibido, las cotizaciones a pensión, rendimientos y utilidades obtenidos durante toda su permanencia en el RAIS, tal y como lo ha establecido nuestro órgano de cierre en materia laboral en pronunciamiento radicado bajo el número 31989 de 8 de septiembre de 2008, *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”*.

De igual forma, también se le ordenará devolver a la demandada PORVENIR S.A., el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el 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 SL5514 de 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 el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en el anterior sentido ordenando además la indexación 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 el demandante en el petitum de la acción, la nulidad 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 actora es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea el demandante quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, por lo tanto también resulta acertada la decisión de la Juez A Quo, que estableció que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido la actor en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos, por ello se mantendrá incólume.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Solicitó la apoderada de PORVENIR S.A. se revoque la condena en costas en razón a que su representada actuó de buena fe.

En cuanto a la condena en costas el Código General de Proceso, acogió el sistema objetivo para su imposición, razón por la cual el artículo 365 en su numeral 1º, establece que ha de condenarse en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, que para el caso que nos ocupa lo fue PORVENIR S.A., por ello la condena que irrogó la primera instancia al respecto resulta acertada.

En cuanto a las costas a cargo de COLPENSIONES las mismas se revocarán, pues como lo asegura la apoderada de esa entidad, no tuvo injerencia en el traslado del actor, y además en sede administrativa tampoco tenía la facultad de acceder a la declaratoria de ineficacia, pues nótese que esa decisión surge como consecuencia de un proceso declarativo en el que se analizaron los presupuestos para su procedencia, por ello, dicha condena será revocada.

EXCEPCIONES.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepciones de fondo las de “BUENA FE DEL

DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR” e “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la nulidad y/o ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN, la misma se declarará no probada en tanto el derecho a la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible, por ello la ineficacia del acto jurídico de traslado puede alegarse en cualquier momento u oportunidad, tal y como lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1689-2019 Radicación No 65791, del 8 de mayo de 2019.

Con relación a la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENACIÓN EN COSTAS”, propuesta por COLPENSIONES, se declarará probada únicamente respecto de las costas de primera instancia, por lo tanto, se modificará el numeral tercero y cuarto en lo pertinente.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por esa entidad y por el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala adicionar el numeral primero y segundo de la sentencia por las razones anotadas, y se modificaran los numerales tercero y cuarto conforme se indicó. Se confirmará la decisión en lo restante.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es la suma total de \$2.000.000, para cada una, la cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem

III. 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: **ADICIONAR** los numerales **PRIMERO y SEGUNDO** y **MODIFICAR** los numerales **TERCERO y CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 22 de julio de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los cuales quedarán así:

*“**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del acto jurídico de traslado realizado por el demandante, **FERNANDO GARCÍA ORTEGA**, de notas civiles identificadas en el proceso, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **PORVENIR S.A.**, el 4 de diciembre de 1996 así como los demás traslados efectuados a **COLPATRIA** y **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS** hoy **PORVENIR S.A.**, y por lo mismo declarar que siempre permaneció en el **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo”.*

*“**SEGUNDO: CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** como entidad a la que se encuentra afiliado el demandante a trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de **COLPENSIONES** la totalidad de lo ahorrado por el actor por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidos, además de las cuotas de administración, 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 el actor 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 de sus propios recursos por **PORVENIR S.A.**, a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados”.*

***TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de fondo propuesta por **COLPENSIONES** denominada **“IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”** únicamente respecto de las costas de primera instancia y no probadas excepciones restantes propuestas por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**”.*

***CUARTO: CONDENAR** en costas a la demandada **PORVENIR S.A.** señalando como agencias en Derecho el equivalente a la suma de \$5.451.156. Líquidense.*

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 22 de julio de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$2.000.000, para cada una, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 169. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente


LUJE EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado


CLARA INÉS LÓPEZ DAVILA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2019-00417-01 (473)

En San Juan de Pasto, a los once (11) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **MARIA EUGENIA ROSERO ESTUPIÑAN** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

El suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado, por ello obrando de conformidad con las previsiones del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

MARIA EUGENIA ROSERO ESTUPIÑAN, a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, administrado por la última entidad referida producido el 1º de julio de 1996. En consecuencia, se condene a **COLPENSIONES** a acoger a la demandante como afiliada al RPM y a recibir de **PORVENIR S.A.** la totalidad de las cotizaciones realizadas por esta, bono pensional, junto con la capitalización, indexación e intereses de mora. Así mismo, solicitó se condene a las demandadas a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales causados a la actora junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **3 de julio de 1965**. Que realizó cotizaciones al ISS desde el 9 de agosto de 1988 hasta el 18 de septiembre de 1989, a **CAJANAL** desde el 25 de octubre de 1989 hasta el 30 de junio de 1996 y a **Horizonte Pensiones y Cesantías** hoy **PORVENIR S.A.** desde el 1º de julio de 1996 hasta el 30 de abril de 2019. Que **Horizonte Pensiones y Cesantías** hoy

PORVENIR S.A., sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del 1º de julio de 1996. Que PORVENIR S.A., el 14 de junio de 2019, realizó simulación de su pensión arrojando como resultado una mesada de \$828.116, siendo que su IBC es de \$3.559.963. Que de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tendría la certeza de alcanzar su pensión en un monto mínimo del 55% del IBC. Que el 25 de julio de 2019, presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, pero no fue resuelta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el que admitió la demanda mediante auto del 24 de octubre de 2019 (fl.64), en el que se ordenó la notificación de las demandadas actuaciones que se surtieron en legal forma.

Trabada la Litis, las entidades demandadas por conducto de sus apoderados judiciales contestaron la demanda en similares términos, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el traslado al RAIS por parte de la actora provino de una decisión libre, voluntaria, consciente y debidamente informada.

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “PRESCRIPCIÓN”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” entre otras. (Fls.84-93)

PORVENIR S.A. En su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “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 EL DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA” y la “INOMINADA o GENERICA” (Fls. 128-177).

Por su parte, la Procuradora 12 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen. (Fls.75-78).

El Juzgado de Conocimiento el 3 de marzo de 2021, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S.S. acto en el que declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas por las partes, señalando fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 275-276).

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 4 de junio de 2021 llevó a cabo la audiencia antes referida, acto procesal en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad verificado ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener sino hubiera realizado el mencionado traslado dejando sin efecto jurídico alguno. Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar de la cuenta individual de la demandante a COLPENSIONES, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales, si hubiere lugar a ellos, cantidades adicionales de la aseguradora con los frutos, intereses o rendimientos, utilidades. Igualmente, indicó que PORVENIR S.A. devolverá el porcentaje de administración previsto en los artículos 13 literal q) y 20 de la Ley 100 de 1993, en que se hubiere incurrido con relación a las cotizaciones de la actora durante el lapso en que aquella se mantuvo en el RAIS, debidamente indexado, y 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 la accionada PORVENIR S.A. Indicó, que la transferencia económica se producirá a la ejecutoria de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos señalados. Declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y condenó en costas a las demandadas (Fls. 286-287).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que el traslado de la actora resulta válido en la medida en que se le brindó la información respectiva para la época del mismo. Manifestó, que existieron varias circunstancias que rodearon el traslado de la actora, no solo la falta de información. Indicó que, la carga de la prueba que se requiere en este tipo de asuntos afecta el derecho de defensa de la demandada, en tanto, se exige una información que para el momento del traslado de la demandante no existía. Adicionalmente, cuestionó el valor probatorio que la Juez A Quo le dio a la prueba testimonial. Así mismo, adujo que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se generan como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo cual no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, argumentando que en caso tal en que se mantenga la decisión de declarar la ineficacia del traslado se debe acudir a la figura de las restituciones mutuas. Expuso, que no debe condenarse a la demandada a asumir las posibles diferencias con ocasión del traslado por cuanto el aporte de cotización en ambos regímenes es el mismo. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe y con apego a las normas, pues además resultan excesivas.

COLPENSIONES

La apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que la negativa de esa entidad de negar el traslado de la demandante encuentra sustento en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003. Advirtió, que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., pues además resaltó que a la demandante le asistía el deber de solicitar información. Resaltó que, se debe tener en cuenta el salvamento de voto de la sentencia SL 1452 de 2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Advirtió que autorizar el traslado de la actora al RPM, implica prohijar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional. Finalmente se opuso a la condena en costas impuesta en su contra.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el proveído estudiado adverso a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento de tutela de 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237, razón por la cual esta Corporación en cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., lo admitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Así mismo, los recursos de apelación fueron admitidos por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

La parte actora, solicitó se confirme la decisión adoptada por el Juez A Quo, debido a que atiende los principios constitucionales y legales que rigen el sistema de seguridad social en pensiones, y acoge las reglas jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que su representada no recibió una asesoría idónea, pues la escogencia del régimen pensional no estuvo precedida de una información suficiente que le permitiera elegir cual era más favorable.

Por su parte, la demandada COLPENSIONES manifestó que la demandante no acreditó la falta de información que atribuye a la A.F.P., por lo tanto, el traslado por ella realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando se probó que la actora se afilió a varias administradoras del R.A.I.S. y no presentó solicitud de retracto en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, PORVENIR S.A. reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, referentes a la improcedencia de la ineficacia del traslado, la imposibilidad de ordenar la devolución del porcentaje de administración, los rendimientos financieros y que se revoque la condena en costas.

Por su parte, el Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que la A.F.P. PORVENIR S.A. incumplió con la carga de la prueba sobre el deber de información que le correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, PORVENIR S.A. debe transferir a COLPENSIONES los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías. En consecuencia, solicitó se confirme la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado.

Surtido el trámite en segunda instancia, al no observar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala entra a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso esa entidad y PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a decretar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ante el RAIS, administrado por la demandada PORVENIR S.A. Igualmente determinar si esa entidad debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo la totalidad de las cotizaciones, sus rendimientos, así como los gastos de administración y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Así mismo, establecer si a PORVENIR S.A. le corresponde asumir las diferencias que existan entre lo aportado al R.P.M y lo trasladado al R.A.I.S con sus propios recursos y si la condena en costas impuesta a las demandadas resulta ajustada a derecho.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales en lo pertinente, pues estableció que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más

avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.¹, argumentos ratificados entre otras en la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

La primera desarrollándose con la creación de las AFP, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir entre los dos regímenes en forma “libre y voluntaria”, al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en sus pronunciamientos en indicar que para que el afiliado pueda escoger debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos genera la decisión de trasladarse; por ello, es necesario que las administradoras de fondos de pensiones, proporcionen información suficiente, clara y veraz de las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues solo cuando se cumplen estos presupuestos se puede afirmar que la decisión fue libre y espontánea, ello en concordancia con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, que regula lo relacionado con la información a los usuarios, so pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

La segunda etapa la sentencia antes citada la resume con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, que consagran el deber de asesoría y buen consejo, pues el literal c) del artículo 3 de la ley referida estableció la obligación de proporcionar a los usuarios del sistema financiero, información cierta, suficiente y oportuna, respecto de sus derechos y obligaciones; así mismo el artículo 2 del Decreto 2241 de 2010, dispone que los principios contenidos en el Decreto 1328 de 2009, deben ser aplicados al Sistema General de Pensiones, especialmente con la debida diligencia, transparencia, información cierta, suficiente, y oportuna, así como el manejo adecuado de conflicto de intereses, en busca de que prevalezca el interés general de los consumidores.

En este nuevo ciclo indica la Corte se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues se le impone el deber de brindar asesoría y buen consejo, último de los cuales comporta

¹ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

el estudio de los antecedentes del afiliado sus datos relevantes y expectativas pensionales, todo esto para que se de un estudio objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que le merezca al representante de la administradora.

Finalmente, y en la tercera etapa sostiene la Corte que con la expedición de la Ley 1748 de 2014, y también de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No 016 de 2016, se impuso a las entidades pensionales la obligación de brindar a los usuarios la información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como también suministrar un buen consejo, lo que se denominó el deber de doble asesoría.

Igualmente, se determinó que les corresponde a las administradoras de fondos de pensiones la carga probatoria respecto de la información que brindan al potencial afiliado al momento del traslado, correspondiéndoles demostrar que han cumplido a cabalidad con dicho deber. Es entonces que en estos casos se invierte la carga de la prueba y está en cabeza del respectivo fondo pensional demostrar que cumplió con su deber de información al momento de su traslado.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó el Juez A quo, al definir que HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 1996, no cumplió con el deber de información, puesto que del material probatorio se observa que con anterioridad estuvo en el RPMD, inicialmente en el ISS y luego en CAJANAL. En consecuencia, contrario a lo que afirman los apoderados de las demandadas le correspondía a PORVENIR S.A., arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, esto es, para el año 1996 la actora recibió por parte de esa entidad, independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada a la demandante.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se indiquen los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares de la demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, PORVENIR S.A. no demostró en el sub lite que hubiera presentado a la accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir la actora en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues de la Solicitud de Vinculación que data del 14 de junio de 1996 (fl.178), no se puede concluir que la demandada cumplió con las

obligaciones que le competía tales como: ilustrar, informar y documentar al afiliado, ya que recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de las declaraciones rendidas por las testigos GILMA ELIZABETH DORADO CORAL y NELLY MARIELA TOVAR, compañeras de trabajo de la demandante en el Hospital Civil de Ipiales ESE, quienes manifestaron que en el año 1997 fueron trasladadas de manera masiva al fondo privado de pensión, pues explicaron que de recursos humanos solo se les informó que debían firmar el formulario, pues ambas testigos coincidieron en afirmar que ningún asesor les explicó las incidencias del traslado, así mismo la testigo Nelly Mariela Tovar, agregó que tiempo después de haberse trasladado y dada las inquietudes de los trabajadores con respecto a la afiliación a los fondos privados, comentó que en una reunión esto últimos atendieron sus inquietudes, y les comentaron que no se preocuparan que su pensión iba a hacer del 100% de su salario y que habían muchas ventajas, pero nunca se les habló de las desventajas del mismo

Ahora bien, como se dijo anteriormente, sobre el formulario de afiliación de la actora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del mismo no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por ende, no le asiste razón a los recurrentes cuando afirman que PORVENIR S.A cumplió con las obligaciones que le incumbían, pues esa entidad no aportó mayores elementos que permitan así concluirlo; aspecto que además les correspondía probar por carga dinámica de la prueba, situación probatoria que no es irregular como lo sostiene el apoderado de esa entidad, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer la demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional de la promotora de la litis y que pudo evitarse si hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, por lo que se concluye el mismo no cumplió con el deber de información debida y transparente.

Ahora bien, conviene recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1452 de 2019 que ya fue referida y entre otras las sentencias SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019, definieron que la figura a aplicar en el caso que nos ocupa no es la de nulidad de traslado, sino que lo pertinente, es declarar su ineficacia; al respecto, expresamente la Corte señala: *“la reacción del ordenamiento jurídico – artículos 271 y 272 ley 100 de 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 de cambio del régimen pensional, por trasgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales...”*

Los conceptos de ineficacia y nulidad fueron explicados ampliamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-345 de 2017, precisando que el concepto de ineficacia en un sentido amplio comprende fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado; ineficacia que también opera para quienes se encontraban afiliados a las cajas de previsión, como en el caso que nos ocupa, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por ello se adicionará la decisión de la primera instancia el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante a PORVENIR S.A. el 14 de junio de 1996, con efectividad a partir del 1º de agosto del mismo año, como se lee del documento del folio 180, conclusión que no implica como lo asegura la apoderada de COLPENSIONES una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió del fondo administrador del RAIS, este debe también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni a la demandante y como esta última se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma el apoderado de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por la demandante hubiera recibido, las cotizaciones a pensión, rendimientos y utilidades obtenidos durante toda su permanencia en el RAIS, tal y como lo ha establecido nuestro órgano de cierre en materia laboral en pronunciamiento radicado bajo el número 31989 de 8 de septiembre de 2008, *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”*.

De igual forma, también se le ordenará devolver a la demandada PROTECCIÓN S.A., el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, 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 SL5514 de 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 el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en el anterior sentido ordenando además la indexación 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 nulidad 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 actora es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea la demandante quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, por lo tanto también resulta acertada la decisión de la Juez A Quo, que estableció que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido la actora en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos, por ello se mantendrá incólume.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Solicitó el apoderado de PORVENIR S.A. se revoque la condena en costas en razón a que su representada actuó de buena fe.

En cuanto a la condena en costas el Código General de Proceso, acogió el sistema objetivo para su imposición, razón por la cual el artículo 365 en su numeral 1º, establece que ha de condenarse en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, que para el caso que nos ocupa lo fue PORVENIR S.A., por ello la condena que irrogó la primera instancia al respecto resulta acertada.

Ahora bien, con relación al reproche que realiza el recurrente sobre el monto que fijó el Juez A Quo por concepto de costas, advierte la Sala que dicho aspecto deberá controvertirlo en la oportunidad procesal pertinente de conformidad con el artículo 366 numeral 5º del C.G del P., esto es mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

En cuanto a las costas a cargo de COLPENSIONES las mismas se revocarán, pues como lo asegura el apoderado de esa entidad, no tuvo injerencia en el traslado de la actora, y además en sede administrativa tampoco tenía la facultad de acceder a la declaratoria de ineficacia, pues nótese que esa decisión surge como consecuencia de un proceso declarativo en el que se analizaron los presupuestos para su procedencia, por ello, dicha condena será revocada.

EXCEPCIONES.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepciones de fondo las de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR” e “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la nulidad y/o ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN, la misma se declarará no probada en tanto el derecho a la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible, por ello la ineficacia del acto jurídico de traslado puede alegarse en cualquier momento u oportunidad, tal y como lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1689-2019 Radicación No 65791, del 8 de mayo de 2019.

Con relación a la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, propuesta por COLPENSIONES, se declarará probada únicamente respecto de las costas de primera instancia, por lo tanto, se modificará el numeral tercero y quinto en lo pertinente.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por esa entidad y por el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala adicionar el numeral primero y segundo de la sentencia por las razones anotadas, y se modificaran los numerales tercero y cuarto conforme se indicó. Se confirmará la decisión en lo restante.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia a favor de la parte demandante y en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es la suma total

de \$2.000.000, para cada una, la cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. 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: **ADICIONAR** los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** y **MODIFICAR** los numerales **TERCERO** y **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 4 de junio de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los cuales quedarán así:

*“**PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del acto jurídico de traslado realizado por la demandante **MARIA EUGENIA ROSERO ESTUPIÑAN**, de notas civiles identificadas en el proceso, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de **PORVENIR S.A.**, realizado el 14 de junio de 1996 con efectividad a partir del 1º de agosto de mismo año.*

***DECLARAR** que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** y por lo mismo siempre permaneció en el **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo”.*

*“**SEGUNDO: CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** como entidad a la que se encuentra afiliada la demandante a trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de **COLPENSIONES** la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidos, además de las cuotas de administración, 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 actora 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 de sus propios recursos por **PORVENIR S.A.**, transferencia económica que se producirá a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados”.*

***TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de fondo propuesta por **COLPENSIONES** denominada **“IMPOSIBILIDAD DE CONDENACION EN COSTAS”** únicamente respecto de las costas de primera instancia y no probadas las excepciones restantes propuestas por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**”.*

***CUARTO: CONDENAR** en costas a la demandada **PORVENIR S.A.** señalando como agencias en Derecho el equivalente a la suma de \$5.451.156. Liquidense.*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 4 de junio de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, la suma de \$2.000.000, para cada una, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 163. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente


LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada