Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Mayo dieciocho (18) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2018-00359-01 (459)
Juzgado de primera Instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Yolanda del Rosario Meza Vargas
Demandado:	Colpensiones Nancy Esperanza Avella Narváez
Asunto:	Apelación y consulta sentencia. Se adiciona y modifica.
No. De Acta:	178

ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado por la parte demandada contra la sentencia emitida el 13 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto dentro del proceso ordinario laboral de la referencia. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Yolanda del Rosario Meza Vargas, llamó a juicio a Colpensiones para que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, causada a su favor, a partir del 1º de noviembre de 2008 por el fallecimiento de su compañero permanente Jairo Enrique Rojas Hidalgo; y consecuencialmente se condene a la citada entidad y a la señora Nancy Avella a pagar indexado, el retroactivo pensional congelado desde dicha data, hasta que se dicte sentencia, y las costas del proceso; además que se condene a Colpensiones a pagar intereses moratorios sobre las mesadas pensionales.

2. Hechos.

Funda las anteriores pretensiones en que convivio con el causante en forma ininterrumpida desde enero de 2002 hasta el día de su muerte, 1º de noviembre de 2008. Que dentro de esta relación marital procrearon una hija, nacida el 23 de octubre de 2007.

Indica que su compañero le puso en conocimiento que estuvo casado con Nancy Avella, de quien se había separado de cuerpos desde 1999; empero, a sabiendas del hogar conformado entre el fallecido y ella, además la existencia de la hija, reclamó la pensión, ocultando esta información a la entidad, siendo concedida por Resolución No. 002187 del 25 de junio de 2009. Que se enteró que ella y sus hijos estaban recibiendo la pensión, cuando se acercó a Colpensiones a verificar la posibilidad de obtener pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente.

Cuenta que mediante sentencia del 16 de diciembre de 2010 el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Pasto declaró la Unión Marital de Hecho entre ella y el *de cujus* entre enero de 2002 y noviembre 1º de 2008.

Informa mediante Resolución-radicado No. 215-8888559 de enero 27 de 2016 Colpensiones reconoció pensión de sobrevivientes a favor de su hija Sara Valentina Rojas, hija del difunto.

Sostiene que el 19 de febrero de 2016 radicó petición de pensión de sobrevivientes ante Colpensiones, siéndole negada bajo la egida que ya había sido reconocida a Nancy Avella y aduciendo la prescripción del derecho, enterándose en esa fecha de nuevos beneficiarios.

Anota que es madre cabeza de familia, que desde el fallecimiento de su compañero no volvió a tener ninguna relación marital.

3. Contestación de la demanda.

La convocada Colpensiones, al contestar la demanda, admitió unos hechos, dijo no constarle otros y se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que la demandante debe probar la convivencia con el causante durante término no menor a 5 años, dado que es clara la controversia que existe con la ex esposa del causante. Formuló las excepciones perentorias de prescripción, imposibilidad de condena en costas, imposibilidad de condena al pago de intereses moratorios y las que de oficio se encuentren probadas.

La demandada Nancy Esperanza Avella Narváez, en ejercicio del derecho de defensa, se opuso a las pretensiones de la actora, frente a los hechos aceptó total y parcialmente algunos, negó y adujo no constarle otros. Propuso como excepciones las de prescripción de las mesadas pensionales y mala fe de la demandante.

A su turno, el Ministerio Público, se pronunció aduciendo que no le constan los hechos, que frente a las pretensiones se atiene a lo que resulte probado en el proceso. Propuso la excepción de prescripción.

4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 13 de mayo de 2021, en la que, declaró que la demandante en su condición de compañera permanente del señor Jairo Enrique Rojas

Hidalgo (q.e.p.d.) tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en un monto igual al 19% del valor de la pensión que está percibiendo la señora Nancy Esperanza Avella Narváez, quien a partir del mes de mayo debe percibir el 31% de la misma prestación. Habilitó a la pasiva a descontar el porcentaje correspondiente a seguridad social en salud tanto de la demandante como de la demandada. En consecuencia, condenó a la entidad demandada a pagar a partir del 5 de septiembre de 2015 hasta el mes de abril de 2021 debidamente indexado un retroactivo pensional por valor $ 13.021.185,24 y a partir de mayo obtener pensión en los términos antes anotados. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, no probados las demás excepciones formulado a por Colpensiones y la de mala fe propuesta por la demandada Nancy Avella. Condenó en costas a la entidad convocada a juicio.

Dentro de las razones vertidas para arribar a esta decisión, apoyada en la normatividad que gobierna el caso puesto en discusión por la demandante y tras confrontar y valorar integralmente el caudal probatorio, en lo esencial, resaltó que la demandada Esperanza Avella ya tiene reconocida la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del señor Jairo Enrique Rojas Hidalgo (q.e.p.d.); y, concluyó que la demandante acreditó que cumplió con el requisito de convivencia dentro de los cinco años anteriores al deceso del mismo y, estableció que cumple con los requisitos para acceder a la reclamada pensión de sobrevivientes, determinando en tal virtud, el porcentaje de la pensión correspondiente al tiempo de convivencia de ella con el fallecido, y este con la esposa; además el de la hija procreada dentro de la unión marital de hecho y, previo a calcular el retroactivo pensional abordó el estudio de la excepción de prescripción, encontrándola con vocación parcial de prosperidad.

5. La apelación.

Específicamente, Colpensiones diciente de la condena por retroactivo pensional y las costas del proceso. Frente a la primera, inicia su fundamentación precisando que en la demanda se solicitó que se reconozca desde la sentencia en adelante; pide tener en

cuenta el conflicto que se presentó entre la demandante y la persona a quien de buena fe, ya le reconoció el derecho pensional; que la actora no reclamó este derecho, cuando lo hizo a favor de su hija; advierte que la jurisprudencia[1] tiene indicado que cuando con posterioridad al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, se presentan nuevos beneficiarios, quien está recibiendo el derecho queda obligado a satisfacer la cuotas, quedando en consecuencia liberado; sostiene que la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 540 de 2021 radicado 85841 del 17 de febrero del año 2021, señaló que tratándose de pensiones de sobrevivientes cuando a la misma haya sido reconocida a otro beneficiario, el retroactivo será cancelado a partir de la ejecutoria de la sentencia. Que por lo anterior, no es posible el reconocimiento de retroactivo alguno, dado que ello generaría un doble pago.

Sobre la condena en costas, se opone a la misma, argumentando que conforme la sentencia apelada, la redistribución de la pensión obedeció al conflicto existente entre la señora compañera permanente y la cónyuge, controversia que fue resuelta por decisión judicial.

6. Trámite de segunda instancia

Alegatos de conclusión

Surtido el término legal de traslado para que los apoderados judiciales de las partes presenten sus alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020, hicieron uso de este derecho, las partes y el señor Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, exponiendo lo siguiente:

La demandante.

Enfatiza que el reconocimiento pensional debe ser de manera vitalicia, no solo porque a la fecha tiene más de 30 años, además, por la hija en común con el causante. Sostiene que se ha probado plenamente que convivió con aquel de manera

[1] CSJ. Fallo del 12 de marzo de 1999, radicado 11326

ininterrumpida, compartiendo el mismo techo, lecho y mesa, desde el mes de enero de 2002 hasta noviembre de 2008, que la causa de terminación del vínculo sentimental fue únicamente su fallecimiento; que este hecho, hace tránsito a cosa juzgada pues la autoridad judicial competente en asuntos de derecho de familia así lo ha reconocido, por tanto, no puede ser desconocido por el juez laboral, la acreditación de la convivencia por un tiempo superior al requerido en la norma para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Aduce que la tesis aducida por la señora NANCY AVELLA, respecto a que nunca existió separación de cuerpos entre ella y el fallecido, se desvirtúa con los medios de prueba aportados al proceso, pues estos prueban que desde el año 1998 los señores JAIRO ROJAS y NANCY AVELLA no vivían juntos. Cuestiona que esta demandada afirme que no conocía a la demandante y a su hija, cuando sus hijos visitaban a esta última todos los domingos desde el año 2002, además que se conocieron presencialmente en 2004, que incluso le colaboró a cobrar un seguro que a su favor había adquirido el señor JAIRO ROJAS.

Colpensiones.

Reproduce los argumentos de la alzada, enfatizando que, sin que implique aceptar que a la demandante le asiste el derecho reclamado, en caso que exista sentencia favorable, no resulta procedente el reconocimiento de retroactivo pensional, pues Colpensiones actúo de buena fe en el pago de las mesadas pensionales reconocidas a quienes acreditaron el requisito para ser beneficiarios de la misma; además sostiene que en este evento no se acreditan los requisitos para que la accionante obtenga el derecho pensional aquí pretendido. Que, en caso de confirmarse la sentencia condenatoria debe revisarse la liquidación realizada por el A-Quo frente al retroactivo pensional, teniendo en cuenta lo decantado por la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral en la sentencia SL1670-2021- Radiación No. 84253 del 27 de abril de 2021. M.P. Dolly Amparo Caguasango Villota, respeto al retroactivo reconocido se autorice a COLPENSIONES a: *"(…) compensar las sumas de dinero con las mesadas que a futuro reciban quienes en un comienzo fueron aceptados como beneficiarios iniciales; (…)".* Seguidamente, retoma la inconformidad frente a la condena en costas, fundada en que la demandante YOLANDA DEL ROSARIO MEZA VARGAS, dentro del trámite

administrativo de solicitud de pensión adelantado ante Colpensiones, no acreditó su condición de beneficiaria de la pensión aquí reclamada.

Ministerio público.

Tras hacer una síntesis del itinerario procesal, disertó jurídicamente sobre el derecho a la pensión de sobrevivientes, para luego, previo análisis de los medios de prueba, conceptuar que los presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes se encuentran plenamente acreditados, razón por la cual le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes a la demandante en forma compartida con la cónyuge, a quien ya le fue reconocido el derecho, en proporción al tiempo de convivencia. En cuanto a la excepción de prescripción, la misma se encuentra correctamente analizada según las fechas indicadas en la sentencia. En lo pertinente al mayor valor pagado en favor de la señora Nancy Esperanza Avella Narváez, indica que Colpensiones queda habilitada para descontar dicho monto de las mesadas futuras que se le reconozcan, dado que los derechos que le asisten a la demandante, Yolanda del Rosario Meza Vargas no pueden verse truncados por el reconocimiento anterior de otros beneficiarios, Sentencia SL1019-2021. Anota que, la Sentencia SL540-2021 a que hace referencia la parte apelante, no es aplicable a este caso, porque se trata de un asunto donde la prestación se había reconocido previamente a los hijos de la demandante, que no es el caso que ahora ocupa la atención del despacho. En relación con la condena en costas establecida en el artículo 365 del CGP, dice que esta norma consagra un criterio objetivo para su imposición, entre otros eventos, a cargo de quien es vencido en juicio independientemente de que su actuar este revestido de buena fe, razón por la cual, dicha condena es acertada. Por lo anterior conceptúa que la sentencia debe confirmarse.

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

Sin limitación alguna se resolverá el grado jurisdiccional de Consulta, el cual se debe surtir en interés de Colpensiones en lo que le resultó adverso.

2. Problema jurídico.

Por vía de consulta y atendiendo los reparos del impugnante, se determinará si:

¿Fue acertada la sentencia de primera instancia de acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante? En caso afirmativo, a partir de cuándo se causa el retroactivo pensional, la base salarial de liquidación y si la liquidación de la condena se ajusta a derecho.

¿Debió exonerarse de condena en costas a la pasiva?

3. Respuesta a estos cuestionamientos.

La Sala, para dar respuesta al primer cuestionamiento, puntualiza que con ocasión del fallecimiento del señor Jairo Enrique Hidalgo ocurrido el 1º de noviembre de 2008, tal como se acredita con el registro de defunción visible a folio 15 del expediente escaneado, la normatividad que gobierna este asunto es la contemplada en el en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en cuanto fue bajo su vigencia que acaeció el deceso, aspectos que fueron aceptados por Colpensiones al contestar la demanda, oportunidad en la que advirtió que dada la controversia existente entre la demandante y la persona a favor de quien ya reconoció la prestación encontrándose gozando de la misma, la primera debe acreditar la convivencia exigida en dicho dispositivo, esto es, haber hecho vida marital con el

causante hasta su muerte y haber convivido con él no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su registro.

Según se desprende de la Resolución GNR 29734 del 27 de enero de 2016, (Ver folio 39 y ss Cd. Escaneado) Colpensiones, mediante acto administrativo 002187 del 25 de junio de 2009, reconoció pensión de sobrevivientes a favor de la señora Nancy Esperanza Avella Narváez, en calidad de cónyuge en porcentaje del 50% y el restante a favor de sus hijos, menores para ese entonces; y que, ulteriormente se presentó a reclamar la prestación la menor Sara Valentina Rojas Meza, representada por su madre, señora Yolanda del Rosario Meza; por lo que, al encontrar cumplidos los requisitos de ley la entidad, accedió en la citada Resolución 29734, a tal pedimento, redistribuyendo y ordenando el pago de la pensión para la menor en porcentaje del 50% y para la señora Avella Narváez, el otro 50%, dado que sus hijos superaron la edad para continuar disfrutando de la pensión.

Ahora, tal como se extracta del itinerario procesal que precede y se verifica con la Resolución GNR – 160653 del 27 de mayo de 2016 (Fls. 5º y ss), a la hoy demandante, Colpensiones negó la pensión de sobrevivientes, motivo por el cual acudió a esta acción judicial para que le sea reconocida en calidad de compañera permanente, pretensión que resultó exitosa en primer instancia, donde además de reconocer el derecho pensional a su favor en porcentaje del 19%, -*dejando el 31% para la persona que ya viene disfrutando de la pensión*, condenó a la entidad a cancelarle retroactivo pensional, a partir del 5 de septiembre de 2015, liquidándolo hasta el mes de abril de 2021, con base en el salario mínimo legal mensual, arrojando la cuantía de $ 13.021.185,24.

Así, para establecer si dicho reconocimiento fue acertado, no entrará la Sala a tocar aspectos relacionados con el reconocimiento pensional del que actualmente goza la hija de la accionante y la cónyuge supérstite del señor Rojas Hidalgo (q.e.p.d.), pues para ello, sin lugar a dudas Colpensiones encontró cumplidos los requisitos de ley; y además, por ser hechos que están por fuera de debate, pues habiendo ratificado la A

quo, con base en los medios probatorios el mérito de ese derecho, la demandante guardó silencio sobre el particular; tampoco se ocupará de analizar los porcentajes que prorrateó la A quo para las enfrentadas en la litis, porque a más que no discreparon del mismo, es una situación que en nada afecta a Colpensiones, entidad a favor de la cual se surte la consulta, pues en últimas, sea cual sea la parte que les corresponda, debe asumir el pago del 50% que es el monto factible de dividir entre ellas y continuar pagando el otro 50% a favor de la menor Sara Valentina Rojas Meza, para el total del 100%.

Fijadas las anteriores coordenadas, se precisa que al tenor de lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y lo dicho por la jurisprudencia especializada[1], la convivencia dentro de los cinco (5) años anteriores al deceso del causante, para la compañera permanente, calidad que en este evento alega la demandante, es un requisito sine qua non para acceder al mismo, en tal virtud, tras confrontar el haz probatorio que milita en el plenario, encuentra la Sala que este presupuesto se encuentra satisfecho, como quiera que, la promotora del proceso con miras a demostrar su calidad de compañera permanente, arrimó al expediente copia de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Pasto (Fls. 19 y ss), en la que esta dependencia judicial, declaró la existencia de una unión marital entre ella y el causante, Jairo Enrique Rojas Hidalgo a partir del mes de enero del año 2002, hasta el 1º de noviembre del año 2008, decisión que está en firme y frente a la cual, este juez plural, no está llamado a indagar, por tratarse de una decisión adoptada como resultado de un proceso judicial, adelantado por el juez natural, que a buen seguro lo tramitó bajo las ritualidad propias para un juicio de esta clase, respetando el debido proceso y el derecho de defensa. Para arribar a tal decisión, *-entre otras cosas-* puntualmente señaló:

"Analizado el material probatorio recaudado aparece que los señores JAIRO ENRIQUE ROJAS HIDALGO y YOLANDA DEL ROSARIO MEZA VARGAS efectivamente

[1] S.L. 1399 del 25 de abril del año 2018, radicación 45779, Ponente Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo

convivieron por varios años como marido y mujer, ese fue el trato que se prodigaron y permitió el nacimiento de una descendiente común, se trató de una comunidad de vida permanente y singular, no se conocieron de otras relaciones simultáneas, compartieron su vida por espacio aproximada de seis años, no fueron simplemente fragmentos de vida, ni su cohabitación fue accidental o meramente circunstancias, sino estable y pública, terminando dicha convivencia con el óbito del compañero permanente, todo lo cual permite la declaratoria judicial de la existencia de una unión marital de hecho"

("...")

En presente caso pertenece a la primera situación aludida, pues de acuerdo con lo informado por la parte demandante y con la prueba testimonial, la convivencia marital inicio en enero de 2002 y se prolongó hasta el 1º de noviembre de 2008, ..."

Es pues, entonces un hecho incuestionable que la demandante fungió como compañera permanente del causante dentro de los extremos señalados en la citada sentencia, de donde es dable colegir que se protagonizó convivencia por más de cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte de aquel, situación que, fue corroborada por la testigo Bertha Estela Ortega, quien fundamentando la ciencia de sus dicho, despeja cualquier asomo de duda sobre la convivencia entre aquella y el causante, pues en una amplia exposición, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, suministró suficientes elementos de juicio aptos para colegir que la misma existió y tuvo su génesis en el año 2002, época para la cual, según afirma, fue el propio Jairo Rojas (q.e.p.d.) quien le contó que llevaba cuatro (4) años separado de su esposa; que compartieron techo, lecho y mesa hasta el 1º de noviembre de 2008 fecha del fallecimiento. Además, da cuenta que dentro de esa relación procrearon una hija a la que llamaban Sarita.

Con base en lo anterior, para este Tribunal, acertó la juzgadora de primer grado, al reconocer el derecho a la pensión de sobrevivientes, a favor de la demandante. De igual manera, no encuentra la Sala reparo frente a la decisión de establecer que la

mesada pensional corresponde al equivalente del **salario mínimo mensual legal vigente,** dado que así lo fijó Colpensiones al reconocer primigeniamente la pensión de sobrevivientes a favor de la cónyuge supérstite; sin asomo de discusión al respecto, además, no aflora ninguna prueba ilustradora que el afiliado fallecido haya efectuado cotizaciones por sumas superiores al salario mínimo.

Como bien lo adujo la A quo, el derecho pensional se causó a partir del 1º de noviembre de 2008, calenda a partir de la cual los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes contaban con un término de tres (3) años para hacer la reclamación, la que, en este evento, tal como se desprende de la Resolución GNR 160653 del 27 de mayo de 2016 (Fls. 50 y ss) se presentó el 19 de febrero de esa anualidad y de contera que interrumpió la prescripción, y aunque los recursos interpuestos que negó la pensión de sobrevivientes fueron definidos el 16 de agosto de 2016, conforme se extrae de la Resolución GNR 238258, la que a su turno revela que fue notificada el 5 de septiembre del mismo año (Fl. 59 Cd. Escaneado), estos actos ulteriores no alteran el hito temporal a partir del cual se afectaron de prescripción las mesadas causadas en favor de la demandante, pues las mismas se remontaron desde el 1º de noviembre de 2008 cuando falleció el causante, a la sazón su compañero permanente. Luego entonces, como la promotora de la acción judicial apenas elevó la reclamación a la que se refiere el artículo40 de la Ley 712 de 2001 el 19 de febrero de 2016, fuerza concluir que para ese entonces habían expirado en grado sumo los tres (3) años establecidos en el artículo 151 del CPTSS. Así, el término de prescripción en este caso concreto de las mesadas pensionales afectadas del fenómeno extintivo son las causas con anterioridad al 18 de febrero de 2013 hacía atrás. Con toda la sentencia atacada se mantendrá incólume, en la medida que en virtud del principio de la no reformatio in pejus, no es dable empeorar la suerte del apelante único, vale decir Colpensiones, motivo por el cual la decisión atacada respecto del retroactivo pensional permanece enhiesta

Ahora, en lo que concierne a la postura de la recurrente Colpensiones, en cuanto, con apoyo de la sentencia SL 540 de 2021 radicado 85841 del 17 de febrero del año 2021, alega que el retroactivo debe reconocerse a partir de la ejecutoria de la sentencia, este motivo de reparo no se atenderá favorablemente, toda vez que, dicho pronunciamiento difiere a los contornos del que ocupa la atención de la Sala. Para apuntalar nuestra tesis, se precisa que esta Colegiatura, acoge el criterio fijado por nuestro órgano de cierre en sentencia SL1019-2021, Radicación No. 86195 de 3 de marzo de 2021, de suyo, ulterior al argüido por Colpensiones, donde fungió como magistrado ponente el Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA, al sostener:

"*En la sentencia de revisión CSJ SL226-2021 esta Sala tuvo la oportunidad de indicar que la existencia de un beneficiario que hubiera percibido un porcentaje mayor desde el inicio, no puede limitar la declaración del derecho «a partir de la fecha de la muerte del causante pensionado, y mucho menos, que sus efectos fiscales se aplacen o trasladen al momento del ajuste definitivo, pues el nuevo beneficiario no puede correr con las consecuencias de ese tipo de estudio o que le imponga una carga adicional, como es, que tenga que perseguir por su cuenta los dineros entregados al beneficiario inicial, porque el Estado cuenta con las herramientas necesarias para sanear las finanzas de las cuales se provee el sistema pensional».*

Así, el retroactivo pensional calculado por el Tribunal, entre el 5 de septiembre de 2015 hasta el 30 de abril de 2021 (fecha hasta la cual se liquidó en primera instancia), con base en el salario mínimo legal mensual vigente, y catorce (14) mesadas, acorde a lo vertido en el parágrafo sexto transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, arroja un total de $ 11.698.415,00, suma que indexada al 30 de abril de 2021, asciende a la suma de $ 12.746.139,00, tal como se puede evidenciar en el cuadro aritmético que se anexa a este proveído.

Denota lo anterior, que la liquidación efectuada en esta instancia, con las mismas bases de la calculada en primera instancia, resulta inferior, por tanto, como quiera que se está surtiendo la consulta a favor de Colpensiones, se modificará el inciso

tercero del ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia, en el sentido de condenarla a pagar el valor de $ 12.746.139, 00.

De otro lado, importa anotar que el juzgado de conocimiento omitió pronunciarse sobre la viabilidad que Colpensiones descuente de las mesadas futuras, el mayor valor pagado a favor de la cónyuge Nancy Esperanza Avella Narváez; por ello, estima la Sala en desarrollo de la consulta, procedente adicionar la sentencia, en tanto, como lo ha sostenido nuestro órgano de cierre jurisdiccional, resulta plenamente justificable que la entidad convoca a juicio acuda a las figuras que se describen en la reseñada jurisprudencia para recuperar las sumas que perdieron su sustento legal "*con las mesadas que a futuro reciban quienes inicialmente fueron aceptados como beneficiarios, o en su defecto, iniciar las acciones de recuperación de esos rubros pagados sin justificación, muy a pesar de que al principio los reclamantes lo hubieran hecho de buena fe o creyendo que los hechos y el momento respaldaban su solicitud"* (CSJ SL226-2021).

En consecuencia dicha adición, se hará en el sentido de prevenir a Colpensiones, para que si a bien tiene, descuente de las mesadas futuras causadas a favor de la señora AVELLA NARVAEZ, en su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor JAIRO ENRIQUE ROJAS HIDALGO, el mayor valor pagado desde el 5 de septiembre de 2015, data a partir de la cual se salvaron de prescribir las mesadas a favor de la demandante o inicie las acciones tendientes a recuperar de los rubros pagados sin justificación.

En cuanto la discrepancia de la recurrente frente a la condena en costas impuesta a su cargo con fundamento en una actuación regida bajo la egida que la redistribución de la pensión en la sentencia apelada, obedeció al conflicto existente entre la señora compañera permanente y la cónyuge, y que dicha controversia fue resuelta por decisión judicial, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por

ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso. En consecuencia, la condena impuesta a la pasiva será confirmada.

4. De las excepciones.

Las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de prescripción que con base en lo indicado delanteramente tenía vocación parcial de prosperidad, las demás, no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite no ocurrió.

En armonía con lo anterior, se adicionará el numeral segundo a la decisión en la forma indicada en este proveído y se confirmará en lo restante, quedando de esta manera atendidos todos los problemas jurídicos planteados.

5. Costas.

Como quiera que el recurso de alzada no tuvo vocación de prosperidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del CGP, se impondrán costas a cargo de la recurrente. Se fijan por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. - ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** a la sentencia proferida el 13 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de grado jurisdiccional de consulta y apelación por la parte pasiva de la Litis, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, así:

***"SEGUNDO**. - **PREVENIR** a **COLPENSIONES**, para que si a bien tiene, descuente de las mesadas futuras causadas a favor de la señora AVELLA NARVAEZ, en su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada por el señor JAIRO ENRIQUE ROJAS HIDALGO, el mayor valor pagado desde el 5 de septiembre de 2015, data a partir de la cual se salvaron de prescribir las mesadas a favor de la demandante o inicie las acciones tendientes a recuperar de los rubros pagados sin justificación"*

SEGUNDO. - MODIFICAR inciso tercero del numeral **SEGUNDO** de la sentencia en mención, en el sentido de establecer que el monto del retroactivo a cargo de Colpensiones corresponde a la suma **$12.746.139, 00**, por lo motivado en precedencia.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta, por lo motivado en precedencia.

CUARTO. - CONFIRMAR LA **SENTENCIA** en todo lo demás.

QUINTO. - COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones. Se fijan por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

SEXTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo;

igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

SEPTIMO. - **REMITIR** el expediente al juzgado de origen.

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Mayo dieciocho (18) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2019-00447-01(467)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Álvaro Javier Vitery Benavides
Demandados:	Porvenir S.A. Colpensiones Protección S.A.
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
No. de Acta:	179

I.ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 21 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

ALVARO JAVIER VITERY ENAVIDES llamó a juicio a las referidas convocados con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de las **AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR**, y que en consecuencia, se **CONDENE** a esta última a trasladar y a **COLPENSIONES** recibir las cotizaciones obligatorias, el bono pensional, sumas adicionales, más los aportes para pensiones con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración con indexación, para que el trabajador pueda tramitar la pensión de vejez en el RPM. Y a pagar las costas del proceso.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 31 de octubre de 1955, cotizó al régimen pensional administrado por CAJANAL- RPM, desde el 11 de enero de 1985 hasta noviembre 14 de 1994. Informa que a través de reuniones programadas por la Jefe de Talento Humano de la Fiscalía, asesores de fondos privados entre ellos de Protección S.A., informaban que podrían pensionarse a los 40 años si hacían aportes voluntarios y que en todo caso recibirán mesadas mayores a las del I.S.S., les hablaron de las ventajas del RAIS, por lo que como obligación laboral, se afilió dicho fondo el 15 de noviembre de 1994, sin ninguna información y análisis de su situación pensional; que el 20 de agosto de 1997 se trasladó a Porvenir S.A., en las mismas circunstancias de desinformación que se trasladó a Protección S.A. Que PORVENIR S.A., el 13 de mayo de 2019, en respuesta a un derecho de petición le indicó que su posible mesada pensional sería de $ 1.663.100, 00, habiendo aportado durando los últimos 10 años con un IBC de $ 10.000.000,00. Que elevó solicitó la nulidad del traslado ante Porvenir y Protección y de traslado y/ afiliación a Colpensiones, y todas fueron negadas

1. Contestaciones de la demanda.

DE PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

Al contestar la demanda frente a los hechos aceptaron y negaron unos y dijeron no constarle y que deben probarse otros; se opusieron a todas las pretensiones, bajo la

egida que la vinculación a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., fueron actos válidos en la medida en que el demandante suscribió solicitudes sucesivas de vinculación a distintas administradoras del RAIS y sus traslados y afiliaciones se hicieron mediante suscripción realizada de manera libre, consciente. Que, para la fecha de solicitud de traslado, proporcionaron toda la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; además que el actor cuenta con diferentes canales a través de los cuales puede analizar la información sobre las disposiciones legales que regulan la pensión de vejez en el RAIS. Formularon excepciones de fondo.

-**<u>DE COLPENSIONES.</u>**

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó el 1, 2, 26 y 27, los demás no le constan; se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen tiene plena validez, porque fue aprobado por el actor; que no existe prueba que permita acreditar que hubo engaño, vicio del consentimiento o falta de información por las Administradoras del RAIS; que no es posible el traslado de régimen en cuanto al solicitarlo el actor ya tenía cumplida la edad para acceder a la pensión. Señala que Colpensiones ha obrado de buena fe en todas sus actuaciones, que no incidió en la decisión de traslado. Formuló excepciones de mérito.

-Del MINISTERIO PÚBLICO.

Expone que los hechos no le constan y se atiene a lo probado en el proceso; en lo que concierne a las pretensiones, luego de hacer alusión a normatividad y jurisprudencia que regula el tema de la ineficacia de traslado, sostiene que la AFP demandada debe acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar de esa manera que el afiliado contara con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y de contera para que éste resultase válido.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 12 de agosto de 2021, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; **ii)** No probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar de la cuenta individual del demandante a la cuenta global de COLPENSIONES todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, si hubiere lugar a ellos, cantidades adicionales de la aseguradora con los frutos, intereses o rendimientos. De igual manera, condenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN S.A., a devolver, proporcionalmente, a COLPENSIONES, el porcentaje de gastos de administración, en que incurrieron respecto de las cotizaciones del actor, durante el tiempo que estuvo afiliado en cada fondo, debidamente indexados; y, que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A, condenó en costas a Protección S.A., a Porvenir S.A.

Apoyado en basta jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y en los medios de prueba acopiados al proceso, arguyó que la parte demandada, omitió el deber que tenía de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado del demandante de CAJANAL hacia el Fondo Privado de Pensiones, que no realizó un estudio individual de las condiciones particulares de aquel, no le brindó una asesoría sobre las consecuencias, no presentó soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, en fin, que no acreditó haber entregado un estudio serio, claro y completo para que el actor hubiese optado por trasladarse al régimen de ahorro individual; y concluyó que procedía la ineficacia del traslado.

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

El apoderado judicial de estas entidades, con el propósito de derruir la sentencia de primer, manifiesta que las pruebas traídas a instancia del demandante no son suficientes para establecer que hubo vicios en el consentimiento en el acto del traslado y para demostrar que no hubo información y por ello que el miso es invalido; que la falta de información no se puede invocar como única razón porque existen otras circunstancias que pueden considerarse frente a la decisión de traslado, como laborales o académicas del demandante quien era un profesional y tenía un cargo importante en la Fiscalía.

Tilda el fallo de contradictorio, porque se afirma que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero contradictoriamente ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros y el porcentaje de administración. Que, al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos. Que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC.

Discrepa de la condena a apagar la suma que llegaré a faltar para que la demandante alcance su derecho a la pensión en el RPM, que la única posibilidad de que faltare dinero para la concreción de la pensión en el régimen de prima media, sólo se configura cuando falte el número de semanas cotizadas requeridas, en este caso mínimo de 1,300 de acuerdo con la ley.

Reprocha la aplicación absoluta del precedente jurisprudencial que trata sobre el traslado de la carga dinámica de la prueba, dado que cada circunstancia, cada proceso, cada demandante tiene una naturaleza y unas circunstancias de hecho y derecho distintas, que esto genera un grave desequilibrio procesal, por cuanto con la sola afirmación del demandante en el sentido que no recibió información, tiene garantizado el éxito de sus pretensiones.

Finalmente se opone a la condena en costas respecto de Protección, fundado en que la relación la relación contractual terminó en el año 1997 cuando él decidió trasladarse a la administradora Porvenir S.A., que, para todos los efectos, las condenas a las que hubiera lugar respecto de esta entidad, están prescritas. Discrepando de esta condena aduce que, frente a Porvenir S.A., y Protección S.A., no solo resultan excesivas, sino improcedentes, toda vez que, estas han obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión frente a las razones por las que no debe aceptarse el traslado; enfatiza que el actor no hizo uso del derecho dentro de los términos establecidos en la ley, indicando que esta situación encuentra sustento en la jurisprudencia constitucional, sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, C-626 de 2010, y SU 062 de 2010, que determinan que aceptar los traslados por fuera de los términos establecidos en la Ley, lesiona la planeación de la distribución y asignación de recursos del sistema pensional, en tanto ello requiere hacer uso de recursos que no se encuentran presupuestados y que corresponden a los ahorrados por los afiliados al sistema durante toda su vida laboral.

Frente al engaño o falta de información o vicios del consentimiento que se atribuyen al RAIS señala que si bien es cierto se encuentra en cabeza de las administradoras, el deber de información, también lo es que en cabeza de los consumidores financieros se encuentra la obligación y el deber de informarse y obtener asesoría; que el silencio frente a sus afiliaciones presumen la aceptación de los efectos legales; además, que la voluntad del actor de querer pertenecer y permanecer en el RAIS se acredita con el traslado entre AFP del RAIS. Cuestiona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, aduciendo que no puede aplicarse en forma genérica y sin ninguna ponderación, pues deben atenderse las particulares de cada caso.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

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

El demandante, con miras a que se confirme la sentencia de primer grado trae a colación un amplio discurso argumentativo apoyado en bastos criterios jurisprudenciales, tendientes a resguardar las razones sobre las cuales el A quo edificó la misma.

Las demandadas, en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones reproducen los argumentos sobre los cuales sustentaron la alzada.

El Ministerio Público, trae a colación criterios jurisprudenciales para después disertar sobre la ineficacia del traslado de régimen, concluye que ni la AFP Protección S.A., ni la AFP Porvenir S.A., asumieron la carga probatoria para demostrar que se cumplió con el deber de información, pues no se arrimó ninguna prueba al plenario que demuestre la gestión realizada, solo se allegó el formulario de afiliación, pero de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el mismo no constituye plena prueba de la asesoría brindada, pues el afiliado debe conocer con exactitud la lógica del sistema; que en ese orden de ideas, si el afiliado desconoce la incidencia del traslado o se presenta una inoportuna o insuficiente asesoría, es un indicativo de que no fue informado suficientemente. Exhorta por la confirmación de la sentencia recurrida.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

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

2. Problemas jurídicos.

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

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

¿Se aplicó indebidamente la inversión de la carga de la prueba?

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

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

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a las demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A.?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Conviene puntualizar que, de la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral consagrado en la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que involucró, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al

momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

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

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

En coherencia con lo que viene discurrido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos en la sentencia SL-373 de 2021 señaló:

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

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

Y en tal dirección, viene defendiendo la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentesalternativas, con sus beneficios e inconvenientes» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019*:* " *La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión*

del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe." "…"

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata con los certificados que obras a folio 44 y 54 del expediente, que el demandante al laborar al servicio de la Rama Judicial y la Procuraduría General de la Nación, cotizó los aportes para pensión ante la CAJANAL, desde el 11 de enero de 1985 hasta el 30 de junio de 1992, por tanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994 se colige que estuvo vinculado al RPM. Además, el artículo 128 de la ley 100, estableció en favor de los servidores públicos la libertad de afiliarse al ISS o continuar en esas cajas, pero en ambos casos bajo el régimen de prima media.[1]

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen efectuado al formulario visible a folio 60 del expediente, se constata que el 15 de noviembre de 1994, suscribió la solicitud de traslado a la AFP Protección S.A., en el que se señaló como administradora anterior CAJANAL; y, del formulario obrante a folio 240 del paginario, se extrae que el 20 de agosto de 1997 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A.

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

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el traslado del fondo público al privado, obedeció *–en lo esencial- a* falta de información y sin ningún análisis sobre su situación pensional.

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habérsele suministrado al accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

En lo concerniente a la crítica que hacen las entidades demandadas frente al tópico de la inversión de la carga de la prueba, estima la Sala que en ningún desacierto incurrió la célula judicial de primer nivel. Es más, este Colegiado con sujeción a lo previsto por la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reafirma que al estar frente a una negación indefinida como ocurre en este evento, en el que el actor afirma que no recibió la asesoría necesaria para decidir sobre el traslado de régimen, la carga de probar lo contrario recae sobre la AFP demandada, sin que este hecho implique ningún desequilibrio procesal como lo alega el censor; es más, lo anterior encuentra respaldo en lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, al establecer perentoriamente que las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión de la A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, acogiendo la inversión de la carga de la prueba con sujeción de los precedentes de la jurisprudencia especializada, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto.

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

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

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

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con

[2] CSJ SL-1688 de 2019.

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

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

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

También importa aclarar, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32

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

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

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

*"**Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital***

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

ahorrado, junto con los rendimientos financieros. *Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los* ***gastos de administración y comisiones*** *con cargo a sus propias utilidades, puesdesde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar alrégimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989- 2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".*

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

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar el actor en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener

a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, siendo razonable que sea él, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, en consecuencia, deviene plausible 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 el pretendiente en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos, por ello se mantendrá incólume

En cuanto la discrepancia de Porvenir S.A. y Protección S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso. En consecuencia, los argumentos expuestos por el vocero judicial de estas entidades, no tienen la virtualidad fracturar la condena en costas irrogada.

De las excepciones formuladas por Colpensiones.

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

Finalmente, las demás excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la

demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no acurrió.

5. Costas

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

IV.DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 21 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **ALVARO JAVIER VITERY BENAVIDES**, el que quedará así:

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

momentos de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Tanto la SOCIEDAD AMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A y PORVENIR S.A., devolverán, proporcionalmente, a COLPENSIONES, el porcentaje de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en que se hubiere incurrido en relación a las cotizaciones del actor, durante el lapso en que aquel se mantuvo en el RAIS, debidamente indexada. En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A****., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia".*

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

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

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

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA — **Magistrada**

JUAN CARLOS MUÑOZ — **Magistrado**