Ordinario Laboral No. 523563105001 2017-00230-01 (403)
JOHANA XIMENA TRUJILLO CADENA vs MUNICIPIO DE IPIALES
APELACIÓN

SECRETARIA. San Juan de Pasto, diez (10) de junio de 2022. En la fecha doy cuenta a la señora Magistrada Ponente **DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA,** que en el presente asunto se hace necesario fijar fecha y hora para que se lleve a cabo la decisión de forma escrita que en derecho corresponda. Sírvase proveer.

KAREN LUCIA CASTRO ORTEGA
Secretaria Sala Laboral

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL

San Juan de Pasto, diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022).

Teniendo en cuenta el informe secretarial que antecede, se dispone señalar la hora judicial de las tres y treinta de la tarde (03:30 p.m.) del día viernes diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022) para que tenga lugar la decisión de forma escrita que en derecho corresponda dentro del proceso de la referencia**.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
MAGISTRADA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO – SALA LABORAL

HOY 13 DE JUNIO DE 2022

NOTIFICO LA ANTERIOR DECISIÓN POR ESTADOS ELECTRÓNICOS

KAREN LUCIA CASTRO ORTEGA
SECRETARIA

Ordinario Laboral No. 520013105003 2018-00389-01 (450)
CARLOS EFRAÍN CHAMORRO vs COLPENSIONES
APELACIÓN Y CONSULTA

SECRETARIA. San Juan de Pasto, diez (10) de junio de 2022. En la fecha doy cuenta a la señora Magistrada Ponente **DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA,** que en el presente asunto se hace necesario fijar fecha y hora para que se lleve a cabo la decisión de forma escrita que en derecho corresponda. Sírvase proveer.

KAREN LUCÍA CASTRO ORTEGA
Secretaria Sala Laboral

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL

San Juan de Pasto, diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022).

Teniendo en cuenta el informe secretarial que antecede, se dispone señalar la hora judicial de las tres y treinta de la tarde (03:30 p.m.) del día viernes diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022) para que tenga lugar la decisión de forma escrita que en derecho corresponda dentro del proceso de la referencia**.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
MAGISTRADA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO – SALA LABORAL

HOY 13 DE JUNIO DE 2022

NOTIFICO LA ANTERIOR DECISIÓN POR ESTADOS ELECTRÓNICOS

KAREN LUCIA CASTRO ORTEGA
SECRETARIA

Ordinario Laboral No. 520013105002 2019-00246-01 (516)
PATRICIA LUCÍA JIMÉNEZ MAHECHA vs COLPENSIONES Y OTRO
APELACIÓN Y CONSULTA

SECRETARIA. San Juan de Pasto, diez (10) de junio de 2022. En la fecha doy cuenta a la señora Magistrada Ponente **DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA,** que en el presente asunto se hace necesario fijar fecha y hora para que se lleve a cabo la decisión de forma escrita que en derecho corresponda. Sírvase proveer.

KAREN LUCÍA CASTRO ORTEGA
Secretaria Sala Laboral

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL

San Juan de Pasto, diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022).

Teniendo en cuenta el informe secretarial que antecede, se dispone señalar la hora judicial de las tres y treinta de la tarde (03:30 p.m.) del día viernes diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022) para que tenga lugar la decisión de forma escrita que en derecho corresponda dentro del proceso de la referencia**.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
MAGISTRADA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO – SALA LABORAL

HOY 13 DE JUNIO DE 2022

NOTIFICO LA ANTERIOR DECISIÓN POR ESTADOS ELECTRÓNICOS

KAREN LUCIA CASTRO ORTEGA
SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:
Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003-2018-00093-01 (333)
ACTA No. 215.

San Juan de Pasto, diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas del Decreto No. 806 de junio 4 de 2020 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **FLORIBERTO JUVENCIO ENRÍQUEZ CUASALUSÁN** en contra de la **SOCIEDAD NUEVO HORIZONTE S.A.S Y OTROS.**

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor que se declare, por esta vía ordinaria laboral, la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la Sociedad Nuevo Horizonte S.A.S., la Sociedad GMI Construcciones S.A.S. y el Sr. Segundo Belisario Botina Yépez, desde el 20 de julio de 2011 al 23 de febrero de 2016, fecha en la cual terminó por decisión unilateral y sin justa causa de los empleadores. Como consecuencia de tales declaraciones solicita condenar solidariamente a los demandados al pago de las acreencias laborales enlistadas en el escrito introductor, debidamente indexadas, además de los derechos que resulten de aplicar la facultad ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que las demandadas vincularon al Sr. Segundo Belisario Botina Yépez como maestro constructor, quien a su vez contrató al actor para que preste sus servicios en diferentes condominios de propiedad de las sociedades, inicialmente como albañil y luego como trazador; que en el desarrollo de sus funciones realizaba labores bajo una continua subordinación y dependencia, cumpliendo órdenes y horario de trabajo, de lunes a sábado de 7 am a 5 pm, incluyendo los días festivos;

que el 17 de febrero de 2014, sufrió un accidente en su lugar de trabajo, que para ese entonces era el Condominio "La Ovejera" en la ciudad de Ipiales, el cual le generó una aflicción en la columna vertebral, siendo atendido en el Hospital Civil y cancelado por este servicio $714.000, por no encontrarse afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud y aun así siguió trabajando hasta el 23 de febrero de 2016, cuando fue despedido por parte del Sr. Botina Yépez. Agrega que a su temprana edad ha sufrido profunda tristeza y gran aflicción moral, encontrándose damnificado moral y económicamente; que siempre devengó un salario inferior al mínimo legal mensual vigente, por lo que se le adeuda el reajuste del salario y las acreencias laborales reclamadas en el escrito inicial.

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El presente asunto correspondió en reparto al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, despacho que mediante providencia de 5 de marzo de 2018 (fl. 131) se declaró impedido, razón por la cual el asunto fue remitido al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, mismo que lo admitió a través de auto de 16 de abril de 2018 (fl. 140), ordenando notificar y correr traslado de la demanda al Sr. SEGUNDO BELISARIO BOTINA YÉPEZ, así como emplazar a GMI CONSTRUCCIONES S.A.S. y designarle *Curador Ad Litem*.

La convocada a juicio NUEVO HORIZONTE S.A.S., a través de apoderado judicial y dentro de la oportunidad legal, contestó el escrito genitor oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones elevadas por activa, admitiendo que existe documento de afiliación del actor al Sistema de Seguridad Social desde el 2 de febrero al 15 de noviembre de 2013; no obstante, niega que para las datas que se alega en la demanda se haya contratado los servicios personales del demandante, pues el único empleador fue el Sr. Botina Yépez, quien lo contrató y posteriormente lo despidió, sin que exista subordinación de su parte. En consecuencia, alega que existe una incorrecta presentación de la demanda, pues debió demandar a las sociedades de manera independiente, según la obra realizada y en calidad de garantes del verdadero empleador mencionado como maestro de obra. Con base en ello formuló varias excepciones de mérito (fls. 100 a 106).

Por su parte, La *Curadora Ad Llitem* de la demandada SOCIEDAD GMI CONSTRUCCIONES S.A.S., no se opone a que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, ateniéndose a las resultas del proceso siempre y

cuando se verifiquen los presupuestos fácticos por los medios probatorios conducentes, pertinentes y eficaces (fls. 147 y 148).

Por último, mediante auto de 19 de julio de 2018, se designó Curador Ad-Litem del Sr. SEGUNDO BELISARIO BOTINA YÉPEZ (fls. 161 y 162), quien contestó la demanda manifestando que no le consta que entre el demandante y los demandados haya existido una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido y menos escrito, por lo que se atiene a lo que resulte probado en el proceso (fls. 165 y 166).

Es preciso advertir que luego de la contestación de la demanda se relevó a la abogada Carmen Alicia Hernández de la representación jurídica de las demandadas GMI CONSTRUCCIONES S.A.S. y del Sr. SEGUNDO BELISARIO BOTINA, para en su lugar designar al abogado Cristian Rubén Pinza, como nuevo Curador Ad-Litem (fls. 179).

I. AUTO INTERLOCUTORIO

En audiencia de que trata el artículo 80 del C. P. del T. y de la S. S., el apoderado judicial de GMI CONSTRUCCIONES S.A.S. interpone incidente de nulidad por falta de competencia por factor territorial y por la causal octava del artículo 133 del Código General del Proceso. La jueza cognoscente, por medio de auto, la rechazó de plano por presentarse de manera extemporánea, argumentando que la oportunidad procesal para formular los incidentes es únicamente la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio.

***Apelación parte demandada GMI CONSTRUCCIONES S.A.S.**

Tal decisión fue impugnada a través de recurso de apelación, al considerar que el incidente no se presentó de manera extemporánea, puesto que la doctrina y la Corte Suprema de Justicia han ampliado la oportunidad para presentar los incidentes de nulidad frente al aspecto de la competencia, por consiguiente, cuando se presenta falta de competencia por factor territorial, después de haberse admitido y contestado la demanda, el operador judicial deberá dejar sin efecto la actuación surtida hasta ese momento y remitir el proceso al juez competente, para el caso en concreto un juez de la ciudad de Ipiales.

Aunado a lo anterior, manifiesta que se debió citar a una tercera persona, la cual pese a que no esclarece de quien se trata, alega que puede verse afectada con

las resultas del proceso, lo que considera ocasiona la nulidad enmarcada en el numeral octavo del artículo 133 del C.G. del P.

La alzada se concedió ante el superior en el efecto devolutivo.

SOLUCIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN

Así las cosas, primigeniamente y antes de adentrarse en el estudio de los anteriores planteamientos, la Sala llama la atención del apelante por pasiva recordándole que, si bien para la sustentación del recurso de apelación no se tiene una regla para su formulación, lo cierto es que al menos debe indicarse lo que con él se pretende; esto es, modificar, adicionar o revocar lo decidido y a su vez, sus alegaciones deben guardar relación con la decisión atacada.

Ahora bien, pese a que ello no se atendió en la presente causa judicial, la Sala abordará el estudio de los puntos materia de reproche, señalando para ello que, en efecto, le asiste razón al alzadista cuando afirma que la solicitud de nulidad planteada debe resolverse, toda vez que la limitación para interponer incidentes prevista en el artículo 37 del C.P.T y de la S.S., erradamente aludida por la juzgadora de primer grado, no se aplica en este tipo de solicitudes. En efecto, es de precisar, que el trámite de las nulidades tiene regulación propia e independiente al de los incidentes y por lo tanto los mismos "*podrán alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella*", de conformidad con lo expresamente señalado en el artículo 134 del C. G. del P. aplicable en materia laboral por analogía del artículo 145 del C. P. del T. y la S. S.

De igual manera, el artículo 135 del C. G. del P. aplicable en materia laboral por analogía del artículo 145 del C. P. del T. y la S. S., impone los requisitos que se deben considerar para alegar cualquier tipo de nulidad, así:

> *"La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.*
>
> *No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina,* ***ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo****, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.*
>
> ***La nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento solo podrá ser alegada por la persona afectada.***

> ***El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación."*** *(Negrilla por la Sala)*

De lo anterior se desprende, que una vez la jueza admitió la demanda y aceptó su competencia territorial, solo podía desprenderse de ella por el reclamo formal de la parte afectada en la oportunidad procesal dispuesta para tal fin, que en este caso correspondía a la proposición de la excepción previa en el escrito de contestación de la demanda, que de haberse formulado, sin duda alguna, se hubiera resuelto en la audiencia del artículo 77 del C.P del T. y la S.S., lo cual no ocurrió, sin que tal circunstancia pueda enmarcarse en una causal de nulidad que pudiera ser objeto de medida de saneamiento, puesto que la nulidad por factor territorial, en caso de presentarse, es prorrogable a voces del artículo 16 del C.G. del P.

Aunado a ello, en lo que concierne a la causal de nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 133 del C. G. del P., la norma es clara en establecer que solo quien se viera afectado por la indebida notificación podrá alegarla, siendo imposible en el presente caso alegarse a nombre de un tercero, independientemente de quien se trate.

Por consiguiente, los argumentos esbozados por el apoderado judicial de la parte demandada no serán acogidos por el Juez Colegiado

De conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 365 del C. G. P. y el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto de 2016, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, dadas las resultas de la alzada se impondrán costas en esta instancia a la demandada GMI CONSTRUCCIONES S.A.S. por el valor de un (1) smlmv; esto es, $ 1.000.000, que serán liquidados por el juzgado de conocimiento en la forma regulada por el art. 366 del C.G.P.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, en SALA DE DECISIÓN LABORAL,**

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el auto proferido el 17 de agosto de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada y a favor de la demandante, fijando las agencias en el equivalente a un (1) smlmv; esto es, $1.000.000, que serán liquidados por el juzgado de conocimiento en la forma regulada por el art. 366 del C.G.P.

II. SENTENCIA

En torno a desatar el recurso de apelación formulado por las sociedades demandadas frente a la sentencia de primera instancia, se tiene que adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en sentencia fechada 17 de agosto de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre el demandante y NUEVO HORIZONTE S.A.S. vigente desde el 20 de marzo al 17 de diciembre de 2013, pero se abstuvo de imponer condena a su cargo por prosperar la excepción de prescripción. Igualmente declaró la existencia de dos contratos de trabajo verbales a término indefinido con la empresa GMI CONSTRUCCIONES S.A.S., el primero desde el 1° de octubre de 2011 al 19 de marzo de 2013 y el segundo desde el 18 de diciembre de 2013 al 30 de junio de 2016. En consecuencia, condenó a esta última al pago de todos los conceptos laborales, indemnizaciones, costas y agencias en derecho en favor del demandante, ordenando el cálculo actuarial, negando las demás pretensiones incoadas y absolviendo a la Sociedad Nuevo Horizonte S.A.S. y al Sr. Segundo Belisario Botina Yépez de toda reclamación.

***Apelación parte demandada GMI CONSTRUCCIONES S.A.S. y NUEVO HORIZONTE S.A.S.**

Por su parte el apoderado judicial de las demandadas GMI CONSTRUCCIONES S.A.S. y NUEVO HORIZONTE S.A.S., formula recurso de apelación en procura de que se revoque la sentencia de primer grado respecto de los siguientes puntos:

1. Considera que se está vulnerando el principio de congruencia, puesto que el verdadero empleador del demandante era el Sr. Segundo Belisario Botina Yépez, maestro de obra, quien según las afirmaciones de los testigos y del mismo actor era quien ejercía subordinación sobre ellos, lo que no guarda

relación con lo decidido por la falladora de primer grado en el numeral sexto de la sentencia.

2. Que en el caso de aceptarse que existe una relación laboral con las dos personas jurídicas, debía determinarse en qué época se prestó el servicio, porque ni el demandante ni los testigos dan razón de quienes eran los dueños de las obras.
3. Señala, que la jueza no tiene en cuenta los documentos que se aportaron con posterioridad a la contestación de la demanda, siendo que con ellos se puede evidenciar el pago de cantidades de dinero al maestro de obra como contratista independiente.
4. Estima que a la jueza de primera instancia se le escapa que el verdadero empleador del demandante fue el maestro de obra y prefiere asumir que por las simples afiliaciones que reposan en el plenario toda la relación laboral estuvo regida por las sociedades, sin considerar que por encima de tales formalidades prima la realidad.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte pasiva de la Litis, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1°. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, según constancia secretarial del 29 de septiembre de 2021, se presentaron alegatos de conclusión por la parte demandante respecto de la apelación de auto y sentencia, solicitando sean confirmadas ambas decisiones. La primera, por haber presentado el incidente de nulidad de manera extemporánea, siendo la oportunidad pertinente la etapa de saneamiento del proceso; y, la segunda, fundamentándose en que fue emitida respetando el principio de congruencia, ya que de las pruebas documentales arrimadas al plenario se puede discernir que las entidades demandadas eran las verdaderas empleadoras del actor y que el maestro de obra solo actuó como un director de las obras realizadas.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se ajusta a derecho la decisión de primera instancia de declarar que entre la demandadas NUEVO HORIZONTES S.A.S. y GMI CONSTRUCCIONES S.A.S. y el convocante a juicio existió una relación laboral; o por el contrario, como lo increpa el alzadista por pasiva, ésta se debió declararse frente al maestro de obra Sr. SEGUNDO BELISARIO BOTINA YÉPEZ, por ser quien impartió órdenes y ejerció el poder subordinante? ii)¿Se acreditan, en debida forma, los extremos temporales de la relación?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

En torno a dirimir la presente causa, primigeniamente advierte la Sala que en virtud de los artículos 51 y 54 del C. S. del T., se prescribe que el juez puede formar libremente su convencimiento a través de cualquier medio probatorio para acreditar los supuestos de hecho que determina un derecho, salvo los que requieran solemnidades específicas.

Esclarecido lo anterior se abordará el estudio de los siguientes temas:

1. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES, REPRESENTANTES Y SIMPLES INTERMEDIARIOS.

La figura del contratista independiente se presenta cuando una persona natural o jurídica se compromete a realizar una o varias obras o a prestar un servicio en favor de otra mediante un contrato civil o comercial, esta modalidad de contratación se encuentra regulada por el artículo 34 del C. S. T., de la siguiente manera:

> *"1°) **Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.** Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores" (Negrilla por la Sala).*

No obstante, si no se acredita que la empresa contratista asumió todos los riesgos y actuó con autonomía técnica y directiva, con capital, personal y como un genuino empresario en la ejecución del contrato celebrado con los trabajadores, será

considerada una simple intermediaria o representante de la verdadera empleadora, quien sería la empresa usuaria. Es por lo que en sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 27 de octubre de 1999, rad. 12187, reiterada en las sentencias CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 30653, CSJ SL868-2013 y SL164-2022, se ha insistido que, conforme al artículo 35 ibidem, los intermediarios no son empleadores sino sus representantes, refiriendo lo siguiente:

> *"[…] en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:*
>
> *"a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.*
>
> *"b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede* ***coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario****, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1° del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario* ***"representante" del empleador"***[1] *(Subrayado por la Sala)*.

Según el C.S.T, en su artículo 32, se consideran representantes del empleador los que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos, capitanes de barco y quienes ejercitan actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador[2].

Cabe anotar que si bien el representante cuenta con calidades jerárquicas dentro de la empresa, solo dirige a los trabajadores y adelanta los trámites y procedimientos gerenciales u operativos que el empleador le confía; es decir, únicamente lo representa más no lo sustituye, siendo la persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones, quien contrata y ejerce las funciones derivadas de tal contrato a nombre propio, como son los desembolsos, las afiliaciones a seguridad social o las desvinculaciones.

[1] Corte Suprema de Justicia. SL164 del 24 de enero de 2022. Radicación N.° 82064. Magistrado Ponente: Carlos Arturo Guarín Jurado.
[2] Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 32.

Finalmente, es menester tener en cuenta, que "*la solidaridad respecto de las obligaciones laborales del empleador solo se predica del intermediario y no del representante.*" [3]

2. DEL CASO EN CONCRETO

Esclarecido lo anterior, la Sala concentra su atención en verificar si efectivamente, en el sub lite, se demostró la existencia de una relación laboral entre el demandante y las sociedades demandadas con la participación de un representante o intermediario, o si, por el contrario, los contratos se celebraron con un contratista independiente.

En primera medida, la falladora de instancia declaró la existencia de un contrato individual de trabajo a término indefinido entre el demandante y la demandada NUEVO HORIZONTE S.A.S., al considerar probados sus elementos constitutivos como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., ante la inasistencia injustificada de su representante legal, Sr. Germán Eugenio Mora Insuasty a la referida audiencia y la omisión en desvirtuar tales presunciones. Igualmente se declaró confesión ficta o presunta, ante la falta de comparecencia a atender interrogatorio solicitado por el promotor de la Litis, por parte del representante legal de las dos sociedades, cuya designación recae en la misma persona; es decir, se tendrá como confeso la prestación personal del servicio, la subordinación, la remuneración percibida y los extremos que enmarcan el vínculo jurídico.

Ahora bien, 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., consagra que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba". De esta manera, es la ley quien pone a las partes en el imperativo de probar determinados hechos en su propio interés, aportando en la oportunidad que corresponda todos los medios de convicción posibles, de tal modo que si no se cumple con ese deber se ubicarán en una situación de desventaja respecto de la sentencia que se espera con arreglo a derecho.

[3] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación N.°30.653 del 17 de febrero de 2009. Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza.

Siendo así, al demandante le correspondía acreditar que entre él y las sociedades demandadas GMI CONSTRUCTORES S.A.S. y NUEVO HORIZONTE S.A.S., existió un contrato de trabajo bajo los postulados normativos de los artículos 22 y 23 del C. S. T., aún cuando conforme al artículo 24 del mismo compendio sustantivo, bastaba que se acredite la prestación personal del servicio a favor de quien se trae a juicio en calidad de empleador para que por ley se presuma su existencia, debiendo probar, además, los extremos temporales del vínculo y su remuneración. A su turno, a las empresas demandadas les correspondía desvirtuar la referida presunción, si su anhelo era alcanzar prosperidad en las excepciones formuladas con la contestación de la demanda.

Lo cierto es que la prestación personal del servicio se advierte probada por la inasistencia del representante legal de las empresas demandadas GMI CONSTRUCTORES S.A.S. y NUEVO HORIZONTE S.A.S. a absolver el interrogatorio de parte, como antes se explicó y frente a esta última empresa, además, por operar la confesión sobre los hechos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 10, 11A, 11C, 13, 14, 15 y 28 del libelo genitor, al igual que los extremos laborales, el salario devengado y el horario de trabajo, que también fueron objeto de confesión ficta, declarada por la A Quo frente a la inasistencia del representante legal de dicha empresa a la audiencia del artículo 77 del C.P.T y de la S.S.

Siendo ello así, la carga de la prueba en este caso se invierte para que sea la parte demandada desvirtúe tales presunciones; no obstante, se observa que en la presente causa tal carga demostrativa no se atendió, por el contrario, con la prueba documental aportada oportunamente por el demandante y por la demandada Nuevo Horizonte S.A.S. se acreditó que quienes realizaban los aportes a seguridad social eran directamente las sociedades traídas a juicio. Puntualmente, a folio 64, reposa el formato de novedades P.O.S. de la Nueva E.P.S., diligenciado el 1° de octubre de 2011, en donde se avizora como empleador a Germán Mora Insuasty – representante legal de la sociedad-; a su vez, en el folio 65, reposa un certificado expedido por la misma entidad promotora de salud, estableciendo como fecha de último periodo cotizado el 1° de abril del 2016 y como de retiro por traslado al régimen subsidiado el 30 de junio del mismo año. En igual sentido, la sociedad Nuevo Horizonte S.A.S., al momento de contestación la demanda, anexa el certificado de aportes al Sistema de Seguridad Social, fungiendo como empleadora cotizante del demandante desde el 20 de marzo al 17 de diciembre de 2013 (fls. 109 a 114).

Y si bien de la declaración de los testigos Javier Orlando Yarpaz, Jhon Fredy Chaguazac Insuasty y Edgar Javier Enríquez, se pudiera colegir que el maestro de obra Sr. Segundo Belisario Botina Yépez fungía como verdadero empleador por ser quien impartía órdenes e instrucciones, pagaba salarios, designaba y trasladaba trabajadores para las distintas obras en calidad de contratista independiente, entre otras actividades subordinantes, lo cierto es que en el marco del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, esta era solo una figura utilizada, indebidamente manejada por las demandadas para ocultar la verdadera relación que se gestó con el promotor del litigio, llevando a error a los trabajadores dedicados a las labores de construcción, quienes llevaron a considerar a su maestro de obra, como su verdadero empleador, cuando en realidad era un simple representante del empleador, con funciones de coordinador de los procedimientos operativos, con calidad jerárquica dentro de la empresa y en muchas ocasiones con apariencia de contratista independiente.

En todo caso, siguiendo las reglas del artículo 53 constitucional, este principio debe imperar por encima de las formas que las partes hubieren escogido, cuando además los representantes no sustituyen a los empleadores en sus responsabilidades laborales y por ello, la demandada G.M.I. CONSTRUCIONES S.A.S. y NUEVO HORIZONTE S.A.S., eran los verdaderos empleadores del promotor de la Litis.

En lo que concierne a los extremos temporales, último punto de reproche por pasiva, es claro que la falladora de primera instancia cimienta su decisión en las documentales antes descritas; esto es, el formulario de novedades P.O.S. de la Nueva E.P.S. del 1° de octubre de 2011 como fecha inicial de la relación con GMI y como fecha final, el 30 de junio de 2016, conforme el certificado expedido por la Nueva E.P.S. Así mismo, concluyó que la relación no fue continua con GMI pues se vio interrumpida por el contrato suscrito con la sociedad Nuevo Horizonte S.A.S. desde el 20 de marzo al 17 de diciembre de 2013, la cual igualmente se comprueba con los aportes realizados al Sistema de Seguridad Social.

Tales datas que marcan el inicio y fin del vínculo laboral, se corroboran con las declaraciones de los testigos quienes, en su condición de compañeros de trabajo del demandante, dan fe de la prestación personal del servicio que se enmarcan, en forma continua, entre el 1° de octubre de 2011 al 30 de junio de 2016, aunque

variando su punto de trabajo de acuerdo a los proyectos de construcción asignados por las demandadas.

Luego, el elemento subordinación no se desnaturalizó de manera alguna en la presente contienda judicial, siendo de cargo de las traídas a juicio quienes no se ocuparon de tal carga demostrativa, lo que de contera confluye en declarar no prosperas las excepciones de mérito formuladas por las demandadas, con las que pretendían desvirtuar los anhelos del actor.

Así las cosas, la decisión que en este sentido adoptó la operadora judicial de primer grado no merece reproche alguno y por ende, en esta instancia será confirmada, en tanto ninguna duda le asiste al Juez Colegiado que las demandadas GMI CONSTRUCCIONES S.A.S. y NUEVO HORIZONTE S.A.S. fungieron como verdaderas empleadoras del Sr. FLORIBERTO JUVENCIO ENRIQUEZ CUASALUSAN, en cuyo vínculo jurídico el Sr. SEGUNDO BELISARIO BOTINA YÉPEZ actuó como un simple representante de las entidades y a quien no le corresponde responder de manera solidaria con su empleador.

Quedan en consecuencia atendidos todos los puntos de inconformidad, advirtiendo que las condenas ni su cuantía fueron objeto de reproche y por ello no serán abordadas en esta instancia.

De esta manera, conforme se desatan los recursos de alzada se impondrán costas en esta instancia a la demandada GMI CONSTRUCCIONES S.A.S., fijando las agencias en derecho en el equivalente a un (1) smlmv; esto es, $1.000.000, que serán liquidados por el juzgado de conocimiento en la forma regulada por el art. 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, SALA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida el 17 de agosto de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por

la parte pasiva de la Litis, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada GMI CONSTRUCCIONES S.A.S. y a favor del demandante, fijando las agencias en el equivalente a un (1) smlmv; esto es, $1.000.000, que serán liquidados por el juzgado de conocimiento en la forma regulada por el art. 366 del C.G.P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo señalado en el Decreto 806 de 2020, insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis. Igualmente se notificará por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación a lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C.P.T. y de la S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)

JUAN CARLOS MUÑOZ
MAGISTRADO

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:
Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105002-2019-00479-01 (522)
ACTA No. 216.

San Juan de Pasto, diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas del Decreto No. 806 de junio 4 de 2020 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **SANDRA CRISTINA ROSERO INSUASTI** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación y afiliación de la Sra. SANDRA CRISTINA ROSERO INSUASTI al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. En consecuencia, solicita condenarlo a 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 a fin de que la trabajadora tramite su pensión de vejez en el RPM. Solicita, además, que la administradora del RAIS devuelva los gastos de administración, debidamente indexados; que se condene a COLPENSIONES a afiliar a la actora y, por ende, recibir del fondo privado todas las sumas antes descritas. Por último, solicita se condene a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a pagar las costas y agencias en derecho, así como el reconocimiento de los derechos extra y ultra petita.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que nació el 16 de abril de 1971, que inició su vida laboral el 1° de febrero de 1995 como empleada de la Corporación Empresa Nariño y Futuro "Contactar" y luego de la Gobernación de Nariño hasta el 31 de julio de 1998, cotizando en el RPM, hoy a cargo de COLPENSIONES, un total de 171,43 semanas. Indica que, desde el 12 de junio de 1998, se trasladó a la AFP-PORVENIR S.A., teniendo en cuenta la información suministrada por sus asesores,

quienes en diferentes reuniones les hablaron de las ventajas del régimen de ahorro individual, advirtiendo que en el futuro ya no habría administradoras de pensiones de carácter público. Adicionalmente se les explicó que podían hacer aportes voluntarios para alcanzar una mayor mesada, pensionarse a cualquier edad, obtener rendimientos mensuales sobre el capital aportado sin que se deduzcan valores, retirar los aportes cuando quisieran y con un monto pensional superior al ofrecido por el Seguro Social; pero omitieron informarle de manera clara, veraz, certera, eficaz y transparente sobre los aspectos negativos o contraproducentes que pudieran afectar su situación pensional.

Añade que, el 21 de mayo de 2019, radicó petición ante PORVENIR S.A. para que se cuantifique provisionalmente su mesada pensional, se le informe sobre el ingreso base de cotización, la modalidad de pensión contratada, la información referente a la redención del bono pensional, entre otros, encontrando que la misma sería inferior al salario mínimo. Por ello les solicitó a las administradoras pensionales demandadas, tanto del RAIS como el RPM, declarar ineficaz su vinculación, pero la respuesta fue negativa.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó en debida forma a los fondos demandados, al igual que al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, siendo contestada en forma oportuna a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas por activa, bajo los siguientes argumentos:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, sostuvo que los hechos que sustentan la presente acción son ajenos a su representada y que, en todo caso, es deber del fondo administrador de pensiones del RAIS, demostrar que cumplió con sus obligaciones para garantizar los derechos de la promotora del litigio. Advierte que el retorno de la actora al RPM se solicitó en forma extemporánea y con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo que denominó "PRESCRIPCIÓN", "COBRO DE LO NO DEBIDO", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "BUENA FE", "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA".

A su turno, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., expone que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria después de brindarle asesoría e información, la que estaba disponible y era obligatoria en ese momento para las administradoras, sin que durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS buscara la posibilidad de regresar al RPM. Con fundamento en lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su

representada que denominó "BUENA DE DEL DEMANDADO", "FALTA DE CAUSA PARA PEDIR", "INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS", "PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN", "COBRO DE LO NO DEBIDO", entre otras.

Finalmente interviene el Ministerio Público, para enfatizar 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 la afiliada contó con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y que éste resulte válido. Añade que el sub examine se debe abordar desde la ineficacia, en estricto sentido, pues así lo precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 33.083 de 2011, reiterada en la SL–1452 de 2019, siendo esa la reacción que ofrece el ordenamiento jurídico. No formula excepciones, pero solicita practicar interrogatorio de parte a la demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 10 de septiembre de 2021, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado el 12 de junio de 1998 por la demandante SANDRA CRISTINA ROSERO INSUASTI. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la accionante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a 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, generados durante toda su permanencia en el RAIS, añadiendo que 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. Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR y a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA PORVENIR S.A.

Inconforme con esta determinación, el apoderado de PORVENIR S.A. solicita al Juez Colegiado revocar la decisión y, en su lugar, absolver a su mandante de las condenas impuestas, incluida la de condena en costas. Sustenta su recurso en que la información

suministrada era la disponible en ese momento, pues no existía norma legal que la exigiera por escrito y que además no se analizaron las circunstancias que en efecto rodearon la situación de la actora, como su condición laboral, la formación académica, sus expectativas, su situación personal y familiar, entre muchas otras.

Ratifica que es perfectamente procedente y así deberá declararse, la prescripción de carácter civil respecto de la acción que dio inicio a este proceso, toda vez que, insiste, el objeto del proceso y la fijación del litigio se circunscribieron a determinar la existencia, validez o ineficacia del acto jurídico de la afiliación, que efectivamente existió y produjo efectos durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada, haciendo aportes y recibiendo rendimientos financieros en la cuenta individual y, desde luego, la administradora haciendo uso del derecho legal de cobro de la cuota de administración por el trabajo desarrollado y la producción de esos beneficios.

Enfatiza en la contradicción que se incurre con la decisión atacada, en tanto si no hay acto jurídico eficaz y la actora nunca salió del RPM, tampoco hay lugar a devolver los rendimientos ni la cuota de administración, pues ellos se generaron gracias a una gestión adecuada, profesional y seria de su representada que indubitablemente se refleja positivamente en la cuenta individual de la accionante y que, a la luz del Código Civil, se trata de mejoras debidamente regladas.

Agrega que no existe diferencia entre los aportes realizados en ambos regímenes, siendo incluso superior en el RAIS, gracias a los rendimientos, pero tal decisión a futuro generará una afectación en la sostenibilidad del sistema a cargo de Colpensiones. Considera, por tanto, que no se debe imponer condena alguna a su poderdante por costas procesales, por cuanto la entidad privada siempre actúo de buena fe y con apego a la ley.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES

La apoderada judicial de la parte demandada COLPENSIONES, por su parte, expone su desacuerdo en procura de que se revoque el fallo de primer orden, con base en iguales argumentos esbozados desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, insistiendo en que la migración del sistema pensional, para el caso bajo estudio, no es posible.

Insiste en que aceptar los traslados por fuera de los términos establecidos por la ley lesiona la planeación, la asignación y distribución de los recursos. Adicionalmente, de conformidad con el acervo probatorio, es posible determinar la voluntad de la

demandante de pertenecer en el RAIS, pues promovió un traslado en los términos del artículo 2º de la ley 797 de 2003, además, no hizo uso a su derecho a migrar o retornar al RPMPD, ni solicitó asesoría alguna frente a sus derechos pensionales.

Finalmente, solicita absolver a su representada de las costas procesales, teniendo en cuenta que administrativamente no les posible a COLPENSIONES aceptar el traslado perseguido, por considerar que el trámite fue eficaz y no se acreditó la falta de información y los vicios del consentimiento.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, por cuanto la decisión adoptada por el fallador de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones del Ministerio Público, de los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y de la demandante, conforme da cuenta la constancia secretarial de 5 de mayo de 2022.

El apoderado judicial de la llamada a juicio PORVENIR S.A., para insistir en la revocatoria del fallo proferido, acudiendo al análisis realizado desde la contestación de la demanda respecto de la ineficacia del traslado, igualmente, reprocha el traslado de la carga dinámica de la prueba, pues genera una desigualdad y desproporción en el equilibrio procesal, y por último, se opone a la condena en costas por considerarlas improcedentes, en razón a que su representada siempre obró de buena fe y con apego a la Constitución y la ley.

Por su parte, COLPENSIONES, manifiesta a través de su agente que se ratifica en las razones de defensa esbozadas con la contestación de la demanda y, como consecuencia de ello, solicita declarar probadas las excepciones, así como exonerarla de las condenas impuestas en primera instancia y segunda instancia, teniendo en cuenta que la condena impuesta se atribuye a la falta de información de la administradora del RAIS, sin que COLPENSIONES haya tenido injerencia alguna.

Interviene, igualmente, el apoderado judicial de la parte demandante quien solicita confirmar la sentencia de primer grado y condenar en costas a la parte apelante, fundamentando que el acto de afiliación se encuentra viciado, por haber faltado PORVENIR S.A. a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, así como los deberes de asesoría y buen consejo, pues dentro del proceso no se acreditó lo contrario y lleva a inferir el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

Por último, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, para pedir que la decisión impartida en primera instancia sea confirmada por encontrarla ajustada a la norma y la jurisprudencia que regula la materia, se modifique en el sentido de que el fondo privado devuelva los gastos de administración, debidamente indexados y se revoque la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, toda vez que la Administradora no participó en el acto jurídico del traslado.

CONSIDERACIONES

Conforme lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i)¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por el operador judicial de primera instancia, quien declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional de la demandante del RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR S.A.? ii) ¿Igualmente se alinea al ordenamiento jurídico, como consecuencia de la ineficacia, el consecuente retorno de la actora al RPM, la devolución de los dineros depositados en su cuenta individual, la distribución de la carga de la prueba, además de los rendimientos financieros? Por último, iii) ¿La condena en costas impuesta a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se adecua a lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

1) INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

En torno a esclarecer el punto toral que ocupa la atención de esta Sala, se anticipa que la postura argumentativa que afianza la decisión de primera instancia será avalada parcialmente en esta instancia, por ajustarse a las orientaciones que trazaron las sentencias de unificación e integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación y Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, desde la sentencia de 22 de septiembre de 2008, radicación 31.989, 31.314 de la misma fecha y replicada con algunas precisiones especiales en las sentencias relevantes SL 12136-2014, SL9519-2015, CSJ SL17595-2017, SL1452-2019, SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL5031-2019 y SL4360-2019, Radicación No. 68852 del 9 de octubre de 2019, con ponencia de la Mg. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, hasta la actualidad en sentencia de instancia SL4811-2020 y SL373-2021, SL4025 y SL4175 de 2021, acogidas como propias por esta Sala de Decisión Laboral.

En ellas se adoctrina, en lo esencial, lo siguiente:

1. El deber de las administradoras del RAIS, desde su creación, era ilustrar a sus potenciales afiliados, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, con información cierta, transparente, precisa y oportuna sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, a fin de que pueda elegir de entre las distintas opciones posibles, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria precedida del respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En otras palabras, era obligación de las administradoras de este régimen desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, artículos 13 literal b), 271 y 272 y con el Decreto 693 de 1993, numeral 1° modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 (disposiciones relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal y aún lo es, incluso con mayor rigor, garantizar que el usuario, antes de tomar esta determinación de traslado, comprenda las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada una de los regímenes pensionales, lo que incluye hacerle conocer la existencia de unos beneficios de transición y su eventual pérdida. En suma, era de su cargo hacerle conocer toda la verdad, evitando sobredimensionar lo bueno,

callar lo malo y parcializar lo neutro, sin que en ningún caso ésta se entienda surtida con el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación.

2. La reacción del ordenamiento jurídico a la omisión de tal obligación es la INEFICACIA, en sentido estricto, o la exclusión de todo efecto del acto de traslado. Dicho de otra manera, cuando un acto se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales, carece de existencia ante el derecho, no tiene vida jurídica o no produce ningún efecto y por tanto, conforme lo dispone el art. 1746 del Código Civil, aplicable por analogía a la ineficacia, "da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (…)".

Es por ello, que el examen del acto de cambio de régimen pensional por transgresión del deber de información debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Así lo determinó en forma expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal expresa: «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto». Igual respaldo normativo encuentra esta institución en los artículos 272 de la norma en cita, 13 del C.S.T. y 53 de la Constitución Política.

3. La consecuencia jurídica siempre es la misma: "declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás" (CSJ SC3201-2018) y por ello, deben los fondos privados de pensiones trasladar al RPM a cargo de Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación o traslado del o la afiliada, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el ya citado artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Tal precepto regula las restituciones mutuas en el régimen de las nulidades y por analogía es aplicable a la ineficacia.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible o cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones

tendientes a resarcir o compensar de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad quedan igualmente obligadas a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, replicada en la sentencia CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, entre otras). Igualmente se obliga a restituir el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia y los recursos destinados al fondo de garantía mínima previstos en los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, 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.

4. Con relación a la carga de la prueba, en asuntos de esta naturaleza les corresponde a las administradoras de pensiones acreditar ante las autoridades administrativas y judiciales que cumplieron con el deber de asesoría e información, pues invertir esta figura procesal contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

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

5. Finalmente, para que opere la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información, no se requiere contar con un expectativa pensional o derecho causado, tampoco ser beneficiario del Régimen de Transición por tratarse de un derecho a la Seguridad Social y, por lo tanto, de carácter intangible, imprescriptibles, irrenunciable e inalienable.

Pues bien, bajo tales premisas, este Cuerpo Colegiado itera que la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional frente a la lógica de los sistemas públicos y privados con sus características, ventajas y desventajas, además de las consecuencias del traslado, en tanto la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

2) CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio, PORVENIR S.A., no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible a la demandante Sra. SANDRA CRISTINA ROSERO INSUASTI, o al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto no aportó ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional le ilustrara con información clara, completa, comprensible y suficiente acerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurara libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, contrario a lo increpado por las alzadistas por pasiva, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a la sociedad administradora demandada, no por capricho del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019). En efecto, se ha inclinado esta carga a la autoridad administrativa que por disposición legal estaba obligada a entregar la información y a documentarla, como un principio de

equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitablemente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta a la demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PORVENIR S.A. incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento. Por una parte, de brindarle a la Sra. SANDRA CRISTINA ROSERO INSUASTI la información que reúna estas características a la medida de quien tiene el conocimiento íntegro del tema, como ya se indicó y por otra, la de asesorarla llegando incluso, si ese hubiere sido el caso, a desanimarla de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por la accionante ante PORVENIR S.A., con efectividad el 12 de junio de 1998, según el formulario de afiliación No. 1053657(fl. 47) y la historia laboral expedida por PORVENIR S.A. (fls. 48 a 54), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD al cual se afilió válidamente el 1° de enero de 1995 (fl. 45) a través del extinto ISS, hoy a cargo de COLPENSIONES en forma exclusiva, con la posibilidad de acceder a los beneficios que el régimen le ofrece.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, como acertadamente lo hizo el operador judicial de primer grado, que PORVENIR S.A. – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-, actual administradora pensional, tiene la obligación de trasladar a la ejecutoria de la presente decisión y sin dilación alguna, con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media, la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual de la actora, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, los bonos pensionales (si hay lugar a ellos) y demás sumas de dinero recaudadas; y a cargo de COLPENSIONES, una vez recibidos estos emolumentos, la obligación de recibirlos realizando las actualizaciones pertinentes en la historia laboral, como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

Igualmente se le ordenará a la demandada PORVENIR S.A., aun cuando el operador de primer grado omitió imponer tal condena, devolver ante COLPENSIONES, debidamente indexados, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los gastos de administración, con sus respectivas comisiones, 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 discriminarse con sus respectivos valores y 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. En este sentido, el numeral segundo de la parte resolutiva de la decisión de primera instancia será adicionado.

Cabe indicar, además, que tiene plena validez la exigencia de reconocer alguna diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar la demandada PORVENIR S.A. y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si la actora hubiese permanecido en él, por cuanto la omisión en sus deberes de información y debida asesoría fundó la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado que ahora concita la atención del Juez Plural (art. 963 Código Civil y sentencia S31989 de 2008), sin que la convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

Con ello se desata sin éxito la inconformidad planteada anticipadamente por el fondo privado, quien considera que al devolver los rendimientos financieros no procede el reintegro de los gastos de administración ni ninguna otra consecuencia económica, porque se insiste, ello es el resultado de una omisión legal que conlleva, indefectiblemente, resultados adversos a sus intereses. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues la demandante cuenta con los propios recursos para socorrer su derecho pensional futuro, mismos que el propio sistema prevé a través de las cotizaciones, bonos pensionales, entre otros.

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social de la demandante, lógico resulta enfatizar en que es deber de PORVENIR S.A., en el caso

bajo estudio, demostrar que cumplió con sus cabales obligaciones como administradora pensional al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse del RPM al RAIS y no después y ésta jamás se puede trasponer en cabeza de la afiliada, ni siquiera tratándose de un profesional con capacidad de determinar las consecuencias de un contrato, porque efectivamente se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados. Así lo advirtió la Sala de Casación Laboral – descongestión- de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3349 del 28 de julio de 2021, con ponencia del Mg. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, cuando expuso: *"La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido..."*.

Lo anterior tampoco 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 mismo compendio y el 281 del C.G.P., pues si bien en el escrito inaugural se prescindió pedir que se declaren todas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen, luego de realizar un análisis armónico, en la forma planteada en la sentencia SL911-2016, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, para este Juez Colegiado el fin último perseguido por la demandante es alcanzar, a futuro, una pensión de vejez acorde con el ingreso base de cotización, no siendo razonable que asuma los efectos negativos de las falencias en el proceso de traslado de régimen pensional. Así las cosas, en esta instancia no queda sino avalar tal conclusión, por encontrarla ajustada a derecho.

3) COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA

Para resolver el recurso de alzada increpado por el apoderado judicial de PORVENIR S.A., quien aduce que las costas resultan excesivas e improcedentes, de manera breve recuerda esta Sala como lo ha hecho en anteriores oportunidades, que conforme al criterio jurisprudencial que acompaña su conceptualización, éstas equivalen a los gastos que es preciso hacer para la declaratoria judicial de un derecho.

En todo caso, el numeral 1° 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 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.

No corre la misma suerte la demandada COLPENSIONES, quien también apeló la condena impuesta en este sentido, pues las costas procesales, de conformidad con la normativa referida, no es una forma de castigar las conductas o renuencias de la convocada a juicio, como lo expuso el juzgado de primer grado, sino que se trata de una condena *ope legis* que deberá asumir quien resulte efectivamente vencido en el proceso, así, en el caso bajo examen, precisa recordar que la razón de que esta contienda judicial se desprenda hacia tal entidad es el resultado del acto jurídico de ineficacia, en el cual la administradora del RPM no participó y por ello, insiste esta Corporación, no hay lugar a imponer condena en su contra por este concepto.

Es por lo que la decisión objeto de revisión será modificada en su numeral CUARTO, para en su lugar absolver a COLPENSIONES de la condena en costas impuestas en primera instancia, dejando incólume la condena en costas a PORVENIR S.A. Ello impone, igualmente, declarar probada la excepción de IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS formulado oportunamente por la demandada COLPENSIONES.

Por esta razón, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional privado será confirmada, sin que resulte dable analizar su monto, pues a voces del artículo 366 del mismo compendio adjetivo, los recursos de reposición y apelación proceden contra el auto que aprueba las costas.

4) EXCEPCIONES

Como antes se explicó, se declarará prospera la excepción de *imposibilidad de condena en costas* a favor de COLPENSIONES, analizada en precedencia y se denegarán las restantes propuestas por el fondo público pensional, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, pues se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub examine no ocurrió; la misma suerte corre la de prescripción, pues según lo ha manifestado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional en sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado es meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible.

Lo anterior impone igualmente la modificación del numeral TERCERO de la decisión objeto de estudio, al igual que el numeral CUARTO y la adición del numeral SEGUNDO, como antes se explicó.

Conforme de desatan los recursos de apelación formulados por las traídas a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de las demandadas y a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, a cargo de PORVENIR S.A y de 1smlmv; esto es, $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES. Condena que será liquidada de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN 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** de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 10 de septiembre de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

> ***"SEGUNDO: CONDENAR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar de la cuenta individual de la demandante SANDRA CRISTINA ROSERO INSUASTI, a la cuenta global administrada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hubiere lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos o rendimientos causado, además de las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por la administradora del RAIS durante el tiempo que la actora permaneció en él, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán 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 la asumirá 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. MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutiva de la sentencia objeto de apelación y consulta, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

*"**TERCERO. DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a excepción de la IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS formulada por COLPENSIONES, la cual alcanza prosperidad".*

TERCERO. MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutiva de la sentencia objeto de apelación y consulta, con base en lo antes expuesto, el cual quedará así:

*"**CUARTO. CONDENAR** en costas de primera instancia a la demandada PORVENIR S.A. señalando como agencias en derecho el equivalente a $5.451.196".*

CUARTO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación por pasiva y revisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de acuerdo con las argumentaciones que anteceden.

QUINTO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, a cargo de PORVENIR S.A y de 1 smlmv, esto es $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone el Decreto No. 806 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)

JUÁN CARLOS MUÑOZ
MAGISTRADO

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:
Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003-2019-00517-01 (519)
ACTA No. 217.

San Juan de Pasto, diez (10) de junio de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas del Decreto No. 806 de junio 4 de 2020 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **MARÍA DEL ROSARIO VITERI MUÑOZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la nulidad del acto de traslado al Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad adelantado por PORVENIR S.A. ante la existencia de vicios de consentimiento. En consecuencia, solicita se ordene a COLPENSIONES afiliar al RPM a la actora y, por ende, recibir del fondo privado la totalidad de los aportes ahorrados durante todo el tiempo de la afiliación, incluidos los bonos pensionales, rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas durante todo el tiempo de su afiliación. Por último, solicita se condene a PORVENIR S.A. a pagar los cálculos, diferencias económicas e indemnizaciones a que haya lugar y las costas procesales.

De manera subsidiaria, solicita se declare que PORVENIR S.A. es responsable por la inducción a error en el traslado de régimen y por el perjuicio económico causado, por lo que debe ser condenado al reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo las mismas condiciones y en cuantía igual o superior a la que hubiese correspondido de haber culminado su tiempo de cotización en el RPM, así como las indemnizaciones, intereses, correcciones monetarias y/o cálculos actuariales a que haya lugar, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que nació el 18 de abril de 1961; que realizó cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social desde el 1° de septiembre de 1993 hasta el 7 de enero de 2001; que su traslado al RAIS fue motivado por los asesores de PORVENIR S.A., quienes arguyeron que en el fondo privado la accionante lograría pensionarse con una mesada equivalente al 110% de sus ingresos al momento del retiro y con menores requisitos de edad y tiempo de cotizaciones de los exigidos en el Régimen de Prima Media, para aquél entonces administrado por el ISS.

Arguye la actora que el fondo omitió el deber de informarle de manera cierta, suficiente y oportuna sobre las ventajas y desventajas, riesgos y consecuencias del traslado de régimen, tampoco realizó los cálculos de liquidación en ambos regímenes con el fin de comprender las condiciones, riesgos y consecuencias de tal decisión y, en general, no recibió ninguna información respecto del trámite realizado.

Añade que el 6 de agosto de 2018, recibió de PORVENIR S.A. una proyección de su mesada pensional con base en su historia laboral de cotizaciones, informándole que alcanzaría a pensionarse solo hasta cuando cumpla 63 años de edad, con una pensión igual al salario mínimo y una tasa de reemplazo sobre el IBL de un 23.35 %, mientras que en el RPM se pensionaría con una pensión por valor de $2.042.600; que el 17 de enero de 2019, formuló solicitud con la finalidad de conseguir el reconocimiento de nulidad de afiliación ante la demandada PORVENIR S.A. pero le fue negada y que, el 1° de febrero de 2019, formuló una petición a COLPENSIONES con igual propósito, obteniendo, igual respuesta.

Afirma, finalmente, que las diferencias de los valores en el cálculo de la mesada pensional en el RPM y el RAIS constituyen un perjuicio económico causado por la inducción a error en que ocurrió la demandada al momento de tramitar su traslado, por lo que debe regresar al estado anterior devolviendo las cotizaciones o mediante indemnización.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó en debida forma a los fondos demandados, al igual que al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, siendo contestada en forma oportuna a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas por activa, bajo los siguientes argumentos:

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., expone que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria después de brindarle asesoría e información, la que estaba disponible y era obligatoria en ese momento para las administradoras, sin que durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS buscara la posibilidad de regresar al RPM. Con fundamento en lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada que denominó "*buena de del demandado*", "*falta de causa para pedir*", "*inexistencia de las obligaciones demandadas*", "*prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación*", "*cobro de lo no debido*", entre otras.

A su turno, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, sostuvo que los hechos que sustentan la presente acción son ajenos a su representada y por tanto se atiene a lo que se encuentre probado. Aduce que, en todo caso, la decisión de trasladarse fue un acto libre y voluntario de la promotora del litigio, cumpliendo los requisitos legales y la normativa que regulaba la temática. Advierte que el retorno de la actora al RPM se solicitó en forma extemporánea y con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo.

De igual manera interviene el Ministerio Público para enfatizar 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 la afiliada contaba con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y que éste resulte válido. Añade que el sub examine se debe abordar desde la ineficacia, en estricto sentido, pues así lo precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 33.083 de 2011, reiterada en la SL–1452 de 2019, siendo esa la reacción que ofrece el ordenamiento jurídico. No formula excepciones, pero solicita practicar interrogatorio de parte a la demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 26 de octubre de 2021, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante MARÍA DEL ROSARIO VITERI MUÑOZ a partir de enero de

2001. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la accionante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM, conservando los beneficios que éste ofrece; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos financieros, indexación, capitalización y porcentaje de gastos de administración generados durante toda su permanencia en el RAIS. Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR y a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA PORVENIR S.A.

Inconforme con esta determinación, el apoderado judicial de PORVENIR S.A. solicita al Juez Colegiado revocar la decisión y, en su lugar, absolver a su mandante de las condenas impuestas, incluida las costas procesales. Sustenta su recurso en que la información suministrada era la disponible en ese momento, pues no existía norma legal que exigiera que la misma constara por escrito, además, no se analizaron las circunstancias que en efecto rodearon la situación de la actora, como su condición laboral, la formación académica, sus expectativas, su situación personal y familiar, entre muchas otras.

Refiere que la jurisprudencia traída al proceso por la jueza, en relación con la carga de la prueba, genera desigualdad que afecta el derecho de defensa al dejar en cabeza del demandante la decisión final. Enfatiza en la contradicción que se incurre con la decisión atacada, en tanto si no hay acto jurídico eficaz y la actora nunca salió del RPM, tampoco hay lugar a entregar a un tercero los rendimientos ni la cuota de administración, pues ellos se generaron gracias a una gestión adecuada, profesional y seria de su representada que indubitablemente se refleja positivamente en la cuenta individual de la accionante y que, a la luz del Código Civil, se trata de mejoras debidamente regladas.

Expone que no existe diferencia entre los aportes de ambos regímenes, siendo incluso superior en el RAIS gracias a los rendimientos, pero tal decisión, a futuro, generará una afectación en la sostenibilidad del sistema a cargo de Colpensiones. Considera, por tanto, que no se debe imponer condena alguna a su apoderada por concepto de costas procesales, por cuanto la entidad privada siempre actúo de buena fe y con apego a la ley.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES

El apoderado judicial de la parte demandada COLPENSIONES, expone su desacuerdo en procura de que se revoque el fallo de primer orden, con base en iguales argumentos esbozados desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, insistiendo en que no se trata de un afiliado lego que podía obtener información sobre los efectos del cambio de régimen a cualquiera de las entidades demandadas y no lo hizo.

Sostiene, además, que no se demostró una indebida información o engaño por parte de PORVENIR S.A., pues es la misma demandante quien asegura que firmó el formulario de afiliación, como una clara manifestación de voluntad, libre y consciente, la que ratificó permaneciendo en el régimen con solicitudes de información de saldos, actualizaciones, asignación de claves, entre otros.

Por último, manifiesta que, aunque los fondos privados trasladen a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual de la actora, debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional con la consecuente descapitalización. Solicita, por tanto, absolver a su representada de la condena en costas, pues lo que busca es la defensa de la sostenibilidad económica del régimen que administra dentro del sistema pensional, esto es el RPM.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, por cuanto la decisión adoptada por el fallador de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en

el artículo 15, numeral 1°. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones del Ministerio Público, de los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y de la demandante, conforme da cuenta la constancia secretarial de 5 de mayo de 2022.

El apoderado judicial de la llamada a juicio PORVENIR S.A., para insistir en la revocatoria del fallo proferido, acudiendo al análisis realizado desde la contestación de la demanda respecto de la ineficacia del traslado y oponiéndose a su vez a la condena en costas por considerarlas improcedentes, en razón a que su representada siempre obró de buena fe y con apego a la Constitución y la ley.

Por su parte, COLPENSIONES, manifiesta a través de su agente que se ratifica en las razones de defensa esbozadas con la contestación de la demanda y, como consecuencia de ello, solicita no acceder a las pretensiones invocadas por la parte actora, revocar el fallo de primera instancia y eximirla de cualquier condena en contra.

Interviene, igualmente, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, para pedir que la decisión impartida en primera instancia sea confirmada por encontrarla ajustada a la norma y la jurisprudencia que regula la materia, se adicione en el sentido de devolver los gastos de administración debidamente indexados, la improcedencia de la indexación sobre los frutos o rendimientos, que el fondo privado debe asumir con sus propios recursos cualquier diferencia que se presente en los valores trasladados y se revoque la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, toda vez que la Administradora no participó en el acto jurídico del traslado.

CONSIDERACIONES

Conforme lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i)¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por el operador judicial de primera instancia, quien declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional de la demandante del RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR S.A.? ii) ¿Igualmente se alinea al ordenamiento jurídico, como consecuencia de la ineficacia, el consecuente retorno de la actora al RPM, la devolución de los dineros depositados en su cuenta individual, la distribución de la carga de la prueba, además de los rendimientos financieros? Por último, iii) ¿La condena en costas impuesta a las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, se adecua a lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

1) INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

En torno a esclarecer el punto toral que ocupa la atención de esta Sala, se anticipa que la postura argumentativa que afianza la decisión de primera instancia será avalada parcialmente en esta instancia, por ajustarse a las orientaciones que trazaron las sentencias de unificación e integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación y Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, desde la sentencia de 22 de septiembre de 2008, radicación 31.989, 31.314 de la misma fecha y replicada con algunas precisiones especiales en las sentencias relevantes SL 12136-2014, SL9519-2015, CSJ SL17595-2017, SL1452-2019, SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL5031-2019 y SL4360-2019, Radicación No. 68852 del 9 de octubre de 2019, con ponencia de la Mg. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, hasta la actualidad en sentencia de instancia SL4811-2020 y SL373-2021, SL4025 y SL4175 de 2021, acogidas como propias por esta Sala de Decisión Laboral.

En ellas se adoctrina, en lo esencial, lo siguiente:

1. El deber de las administradoras del RAIS, desde su creación, era ilustrar a sus potenciales afiliados, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, con información cierta, transparente, precisa y oportuna sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, a fin de que pueda elegir de entre las distintas opciones posibles, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria precedida del respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En otras palabras, era obligación de las administradoras de este régimen desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, artículos 13 literal b), 271 y 272 y con el Decreto 693 de 1993, numeral 1° modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 (disposiciones relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal) y aún lo es, incluso con mayor rigor, garantizar que el usuario, antes de tomar esta determinación de traslado, comprenda las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada una de los regímenes pensionales, lo que incluye hacerle conocer la existencia de unos beneficios de transición y su eventual pérdida. En suma, era de su cargo hacerle conocer toda la verdad, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro, sin que en ningún caso

ésta se entienda surtida con el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación.

2. La reacción del ordenamiento jurídico a la omisión de tal obligación es la INEFICACIA, en sentido estricto, o la exclusión de todo efecto del acto de traslado. Dicho de otra manera, cuando un acto se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales, carece de existencia ante el derecho, no tiene vida jurídica o no produce ningún efecto y por tanto, conforme lo dispone el art. 1746 del Código Civil, aplicable por analogía a la ineficacia, "da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (…)".

Es por ello, que el examen del acto de cambio de régimen pensional por transgresión del deber de información debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Así lo determinó en forma expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal expresa: «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral […] la afiliación respectiva quedará sin efecto». Igual respaldo normativo encuentra esta institución en los artículos 272 de la norma en cita, 13 del C.S.T. y 53 de la Constitución Política.

3. La consecuencia jurídica siempre es la misma: "declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás" (CSJ SC3201-2018) y por ello, deben los fondos privados de pensiones trasladar al RPM a cargo de Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación o traslado del o la afiliada, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el ya citado artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Tal precepto regula las restituciones mutuas en el régimen de las nulidades y por analogía es aplicable a la ineficacia.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible o cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras

soluciones tendientes a resarcir o compensar de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad quedan igualmente obligadas a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, replicada en la sentencia CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, entre otras). Igualmente se obliga a restituir el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia y los recursos destinados al fondo de garantía mínima previstos en los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, 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.

4. Con relación a la carga de la prueba, en asuntos de esta naturaleza les corresponde a las administradoras de pensiones acreditar ante las autoridades administrativas y judiciales que cumplieron con el deber de asesoría e información, pues invertir esta figura procesal contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

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

5. Finalmente, para que opere la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información, no se requiere contar con un expectativa pensional o derecho causado, tampoco ser beneficiario del Régimen de Transición por tratarse de un derecho a la Seguridad Social y, por lo tanto, de carácter intangible, imprescriptibles, irrenunciable e inalienable.

Pues bien, bajo tales premisas, este Cuerpo Colegiado itera que la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional frente a la lógica de los sistemas públicos y privados con sus características, ventajas y desventajas, además de las consecuencias del traslado, en tanto la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

2) CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio, PORVENIR S.A., no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible a la demandante Sra. MARÍA DEL ROSARIO VITERI MUÑOZ, o al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto no aportó ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional le ilustrara con información clara, completa, comprensible y suficiente a cerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurara libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, contrario a lo increpado por las alzadistas por pasiva, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a la sociedad administradora demandada, no por capricho del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019). En efecto, se ha inclinado esta carga a la autoridad administrativa que por disposición legal estaba obligada a entregar la información y a documentarla, como un principio

de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitablemente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta a la demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PORVENIR S.A. incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento. Por una parte, de brindarle a la Sra. MARÍA DEL ROSARIO VITERI MUÑOZ la información que reúna estas características a la medida de quien tiene el conocimiento íntegro del tema, como ya se indicó y por otra, la de asesorarlo llegando incluso, si ese hubiere sido el caso, a desanimarlo de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por la accionante ante PORVENIR S.A., con efectividad el 1° de marzo de 2001, según el formulario de afiliación No. 01496865 (fl. 146) y la historia laboral expedida por PORVENIR S.A. (fls. 157 a 165), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD al cual se afilió válidamente el 1° de septiembre de 1993 a través de la Caja Nacional de Previsión Social, misma que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 administraba el RPM, como lo advierte el artículo 52 del mismo compendio y que hoy se encuentra a cargo de COLPENSIONES, en forma exclusiva, con la posibilidad de acceder a los beneficios que el sistema ofrece.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, como acertadamente lo hizo el operador judicial de primer grado, que PORVENIR S.A. – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-, actual administradora pensional, tiene la obligación de trasladar a la ejecutoria de la presente decisión y sin dilación alguna, con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media, la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual de la actora, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, los bonos pensionales (si hay lugar a ellos) y demás sumas de dinero recaudadas; y a cargo de COLPENSIONES, una vez recibidos estos emolumentos,

la obligación de recibirlos realizando las actualizaciones pertinentes en la historia laboral, como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

Igualmente se le ordenará a la demandada PORVENIR S.A., devolver ante COLPENSIONES, *debidamente indexados*, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los gastos de administración, con sus respectivas comisiones, 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 discriminarse con sus respectivos valores y 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. En este sentido, el numeral segundo de la parte resolutiva de la decisión de primera instancia será adicionado.

Cabe indicar, además, que tiene plena validez la exigencia de reconocer alguna diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar la demandada PORVENIR S.A. y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si la actora hubiese permanecido en él, por cuanto la omisión en sus deberes de información y debida asesoría fundó la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado que ahora concita la atención del Juez Plural (art. 963 Código Civil y sentencia S31989 de 2008), sin que el convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

Con ello se desata sin éxito la inconformidad planteada por el fondo privado, quien considera que al devolver los rendimientos financieros no procede el reintegro de los gastos de administración ni ninguna otra consecuencia económica, porque se insiste, ello es el resultado de una omisión legal que conlleva, indefectiblemente, resultados adversos a sus intereses. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues la demandante cuenta con los propios recursos para socorrer su derecho pensional futuro, mismos que el propio sistema prevé a través de las cotizaciones, bonos pensionales, entre otros.

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social de la demandante y a efecto de atender la infundada argumentación del apoderado judicial de COLPENSIONES, lógico resulta enfatizar en que es deber de PORVENIR S.A., en el caso bajo estudio, demostrar que cumplió con sus cabales obligaciones como administradora pensional al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse del RPM al RAIS y no después y ésta jamás se puede trasponer en cabeza del afiliado, ni siquiera tratándose de un profesional con capacidad de determinar las consecuencias de un contrato, porque efectivamente se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados. Así lo advirtió la Sala de Casación Laboral –descongestión- de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3349 del 28 de julio de 2021, con ponencia del Mg. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, cuando expuso: "*La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido...*".

Lo anterior tampoco 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 mismo compendio y el 281 del C.G.P., pues si bien en el escrito inaugural se omitió pedir que se declaren todas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen, luego de realizar un análisis armónico, en la forma planteada en la sentencia SL911-2016, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, para este Juez Colegiado el fin último perseguido por la demandante es alcanzar, a futuro, una pensión de vejez acorde con el ingreso base de cotización, no siendo razonable que asuma los efectos negativos de las falencias en el proceso de traslado de régimen pensional. Así las cosas, en esta instancia no queda sino avalar tal conclusión, por encontrarla ajustada a derecho.

3) COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA

Para resolver el recurso de alzada increpado por el apoderado judicial de PORVENIR S.A., quien aduce que las costas resultan excesivas e improcedentes, de manera breve recuerda esta Sala como lo ha hecho en anteriores oportunidades, que conforme al criterio jurisprudencial que acompaña su conceptualización, éstas equivalen a los gastos que es preciso hacer para la declaratoria judicial de un derecho.

En todo caso, el numeral 1° 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 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.

No corre la misma suerte la demandada COLPENSIONES, quien también apeló la condena impuesta en este sentido, pues las costas procesales, de conformidad con la normativa referida, se imponen por mandato legal a quien resulte efectivamente vencido en el proceso, así, en el caso bajo examen, precisa recordar que la razón de que esta contienda judicial se desprenda hacia tal entidad es el resultado del acto jurídico de ineficacia, en el cual la administradora del RPM no participó y por ello, insiste esta Corporación, no hay lugar a imponer condena en su contra por este concepto.

Es por lo que la decisión de primera instancia será modificada en su numeral CUARTO, para en su lugar absolver a COLPENSIONES de la condena en costas, dejando incólume la condena en costas a PORVENIR S.A., debiendo declarar probada la excepción de IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS formulado oportunamente por la demandada COLPENSIONES.

Por esta razón, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional privado será confirmada, sin que resulte dable analizar su monto, pues a voces del artículo 366 del mismo compendio adjetivo, los recursos de reposición y apelación proceden contra el auto que aprueba las costas.

4) EXCEPCIONES

Ahora bien, como antes se explicó, se declarará prospera la excepción de *imposibilidad de condena en costas*, analizada en precedencia y se denegarán las restantes propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, pues se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub examine no ocurrió; la misma suerte corre la de prescripción, pues según lo ha manifestado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional en sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado es meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible.

Lo anterior impone igualmente la modificación del numeral CUARTO de la decisión objeto de estudio, al igual que el numeral QUINTO y la adición del numeral SEGUNDO,

como antes se explicó.

Conforme de desatan los recursos de apelación formulados por las traídas a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de las demandadas y a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, a cargo de PORVENIR S.A y de 1smlmv; esto es, $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES. Condena que será liquidada de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN 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** de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 26 de octubre de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

> ***"SEGUNDO: CONDENAR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar de la cuenta individual de la demandante MARIA DEL ROSARIO VITERI MUÑOZ, a la cuenta global administrada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hubiere lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos o rendimientos causado, además de las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por la administradora del RAIS durante el tiempo que la actora permaneció en él, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán 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 la asumirá 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. MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutiva de la sentencia objeto de apelación y consulta, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

*"**CUARTO. DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a excepción de la IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS formulada por COLPENSIONES, la cual alcanza prosperidad".*

TERCERO. MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la parte resolutiva de la sentencia objeto de apelación y consulta, con base en lo antes expuesto, el cual quedará así:

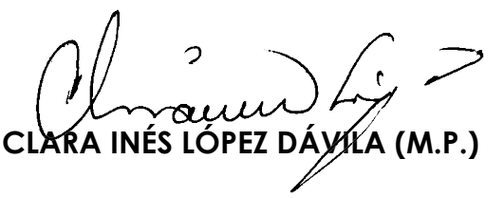
*"**QUINTO. CONDENAR** en costas de primera instancia a la demandada PORVENIR S.A. en el equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de proferir la decisión".*

CUARTO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación por pasiva y revisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de acuerdo con las argumentaciones que anteceden.

QUINTO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, a cargo de PORVENIR S.A y de 1 smlmv, esto es $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone el Decreto No. 806 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)

JUAN CARLOS MUÑOZ
MAGISTRADO

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
MAGISTRADO