Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	523563105001-2019-00041-03 (507)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Ipiales
Demandante:	José Diomedes Chacua Alpala
Demandados:	Empresa de Transportes Colectivos ciudad de Ipiales S.A.
Asunto:	Apelación sentencia.
Acta No.:	235

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada

judicial de la parte demandada contra la sentencia dictada el 22 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales- Nariño.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

José Diomedes Chacua Alpala, llamó a juicio a la Sociedad Empresa de Transportes Colectivos ciudad de Ipiales S.A., para que se declare que durante la relación laboral que sostuvieron entre diciembre 31 de 1990 y mayo 12 de 2013, no lo afilió al sistema de seguridad social en pensiones por lo que no efectuó las cotizaciones de ley; en consecuencia, procura que la demandada sea condenada a pagar a Colpensiones el correspondiente cálculo actuarial y la suma de 80 smlmv por los perjuicios causados y las costas del proceso.

2. Hechos.

Fundamenta las pretensiones sosteniendo que laboró al servicio de la citada empresa desde el 31 de diciembre de 1990 hasta el 12 de mayo de 2013, que durante este interregno de vinculación no lo afilió a la seguridad social en pensiones.

Narra que, en el año 2014, tramitó proceso ordinario ante el juzgado Primero Laboral de Ipiales contra Transportes Colectivos ciudad de Ipiales S.A., en la que demandó el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales, sin que en esa oportunidad reclamara el pago de aportes para pensión; que la sentencia de primera instacia resultó adversa a sus pretensiones, pero que , por vía de apelación el Tribunal Superior de Pasto,

la revocó, para en su lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el **31 de diciembre de 1990 y el 12 de mayo de 2013** con la consecuente condena al pago de prestaciones sociales.

3. Contestación de la demanda

Notificada la convocada al juicio, contestó, oponiéndose a las pretensiones insertas en el libelo inaugural, manifestando frente a los hechos relativos a las peticiones elevadas y el contenido de la historia laboral, que unos son ciertos, que otros no le constan. Adujo que a pesar de haberse judicialmente declarado la existencia de una relación laboral con el actor, los aportes para pensión debieron ser cancelados por él mismo, o por quien lo vinculó para conducir un vehículo afiliado a la empresa. Formuló como excepciones de fondo las de existencia de aportes realizados, buena fe, prescripción y la innominada.

4. Decisión de primera instancia.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 22 de octubre de 2021, CONDENANDO a la empresa TRANSPORTES COLECTIVOS CIUDAD DE IPIALES S.A., a pagar PORVENIR S.A. el valor del cálculo actuarial que corresponde a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones dejados de cotizar a nombre del Sr. JOSE DIOMEDES CHACUA ALPALA en el periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 1990 y el 12 de mayo de 2013; que, para el efecto, a la ejecutoria de la sentencia deberá solicitar a PORVENIR S.A. la liquidación del valor adeudado por concepto de las cotizaciones no efectuadas con los correspondientes intereses a que haya lugar y que, efectuado el cálculo actuarial dentro del término que disponga la AFP efectúe

el pago correspondiente. Adicionalmente la condenó a pagar las costas del proceso y la absolvió de las demás pretensiones.

En la decisión atacada, con fundamento en los artículos 15, 17 y 22 de la Ley 100 de 1993, se precisa quienes deben ser afiliados al Sistema General de Pensiones en forma obligatoria y de igual forma la obligatoriedad de realizar las cotizaciones y las responsabilidades del empleador, para luego aducir que, habiéndose declarado judicialmente la existencia del contrato de trabajo entre el 31 de diciembre de 1990 y el 12 de mayo de 2013, era obligación de la empresa ahora demandada, realizar la afiliación y efectuar cotizaciones durante todo este tiempo laboral.

Sostiene la operaria judicial, luego de valorar los medios de prueba que, ninguno ilustra que el actor haya sido vinculado al sistema de seguridad social en pensiones dentro del término que se declaró judicialmente la existencia del contrato de trabajo, ni que se hayan efectuado cotizaciones, que si bien, de la historia laboral emitida por Porvenir S.A., se verifican cotizaciones de los periodos de octubre a diciembre de 2015 y enero a septiembre de 2016, estas no corresponden al periodo reclamado en la demanda. Agrega que, si bien el actor en el interrogatorio dijo que se le exigían unos pagos para aportes, no existe constancia que los mismos se hayan realizado; además que el representante legal de la empresa refirió que solo a partir del año 2013 se empezó a afiliar directamente a los trabajadores.

5. La apelación.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada la apeló y al sustentar manifiesta su desacuerdo frente a las fechas respecto de las cuales se condenó a pagar el cálculo actuarial, arguyendo que el demandante al absolver el interrogatorio de parte reconoció que se realizaron unos pagos a través de la empresa SOLDESER dirigidos a pensiones y que con esta afirmación queda claro que se hicieron aportes al menos desde el año 2009 hasta el final del vínculo, los cuales deberían aparecer registrados en las

historias laborales del demandante, porque fue quien directamente los realizó, por tanto, el cálculo actuarial debe realizarse al menos hasta el año 2008. Agrega que con la declaración del actor se hace necesaria la corrección de la historia laboral para tener en cuenta los tiempos aportados a través de la empresa SOLDESER, de cuyos soportes solo aquel puede dar cuenta, pues la empresa no tiene acceso a tales documentos, pese a que con la contestación de la demanda se informó sobre la existencia de esos pagos y que se esperaba que estuvieran reportados en la historia laboral. Exhorta porque se declare probada la excepción de existencia de aportes realizados

6. Trámite de segunda instancia.

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual, solo hizo uso la parte demandada.

Insiste en su desacuerdo con la equiparación de los extremos temporales de la relación laboral con los de elaboración del cálculo actuarial ante el fondo de pensiones, bajo la egida que el Juzgado de primera instancia omitió tener en cuenta la excepción de fondo denominada "Existencia de aportes realizados", oportunamente alegada en el escrito de contestación. Insiste que el accionante confesó en el interrogatorio de parte, la existencia de aportes pensionales a su nombre, con ocasión de la ejecución de actividades de transporte relacionadas con la empresa Colectivos Ciudad de Ipiales S.A., desde el año 2009 hacia adelante, ya que, por exigencia de la misma para que se vincule a una cooperativa o empresas relacionadas manifestó, que lo hizo en dicha anualidad con la empresa SOLDESER; enfatiza que, con esta afirmación realizada por el demandante, queda claro que, entre 2009 y el 12 de mayo de 2013, se hicieron aportes para pensiones, por parte de dicha entidad, gestionados por quien ostentaba en cada momento la propiedad del automotor que aquel conducía; que lo anterior, implica que la liquidación del

cálculo actuarial no puede incluir los períodos desde 2009, dado que desde este año hasta 2013, se debe exigir el pago de aportes pensionales a SOLDESER, mediante otro proceso; y que siendo posible que las cotizaciones se hayan realizado oportunamente, pero que no aparezcan reportados por un error en los trámites administrativos, es viable el ajuste a través de corrección de la historia laboral.

III. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

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

2. Problemas jurídicos

Consecuentes con lo anterior, con sujeción a los argumentos expuestos por la censura en su propósito de derruir parcialmente la decisión de primer grado, corresponde a la Sala establecer:

¿Corresponde a la empresa demandada asumir el pago del cálculo actuarial dentro de los extremos temporales establecidos en primera instancia?

3. Repuesta al problema jurídico.

Para dilucidar el planteamiento reseñado, ante todo, debe precisar la Sala que, frente a la otrora declaratoria de existencia de contrato de trabajo emitida por

la Sala Laboral de este Tribunal, en sentencia dictada del 10 de septiembre de 2015, dentro del proceso ordinario laboral con radicado 2014-00083-01, adelantado por el aquí demandante, contra la misma demandada COLECTIVOS CIUDAD DE IPIALES S.A., se definió vinculación laboral del 31 de diciembre de 1990 y el 12 de mayo de 2013, luego, queda relevada cualquier discusión en torno a la obligación de realizar los aportes durante el lapso en que se registró la relación de trabajo entre las partes, habida cuenta que de manera categórica el legislador en el artículo 4º de la Ley 797 de 2003 modificatoria del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, la adscribió al empleador.

Tal como se constata del itinerario procesal que precede, en el sub lite la funcionaria cognoscente, luego de valorar integralmente el caudal probatorio arrimado al proceso, incluida la decretada oficiosamente con miras a establecer si la demandada afilió o no al demandante al Sistema de Seguridad Social en pensiones, concluyó que no la hubo, razón por la cual, condenó a la pasiva a pagar el cálculo actuarial que resulte de la liquidación que efectúe Porvenir S.A., por los extremos temporales señalados en su decisorio.

De la sustentación de la alzada, luce palmar que en estricto sentido, no se controvierte la omisión de la afiliación del demandante al SGSSP, tampoco el deber de pagar cálculo actuarial, por lo que frente a estos específicos puntos no hará la Sala ningún pronunciamiento, como quiera que, ya la jurisprudencia especializa[1] tiene decantado pacíficamente que ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, **y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial**, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

[1] SL 046 de enero 20 de 2020. Radicado 69610.

Entonces, ¿de qué aspecto del fallo discrepa la pasiva?, en concreto se opone puntualmente a los extremos temporales fijados en la providencia fuente de este asunto, respecto de los cuales se ordena liquidar y pagar el referido cálculo actuarial, esto es, del 31 de diciembre de 1990 y el 12 de mayo de 2013.

Se memora que el fundamento central de este reparo, es que el demandante al rendir el interrogatorio de parte, reconoció que a través de la empresa Soldeser, se realizaron unos pagos para aportes en pensiones a partir del año 2009 y que basta esta afirmación para que quede claro que se hicieron aportes al menos del año 2009 hasta el 12 de mayo del 2013 y que por esta situación se hace necesaria una corrección de la historia laboral; por tanto, procura que se declare probada la excepción de existencia de aportes realizados.

Sin que implique la más remota posibilidad que este Colegiado, ponga en entredicho los extremos temporales de la relación laboral que existió entre el señor José Diomedes Chacua Alpala y la empresa Colectivos Ciudad de Ipiales definidos judicialmente por este Tribunal y que el cálculo actuarial indefectiblemente debe cancelarse por los que quedaron señalados por esta Corporación, con la única finalidad de confrontar lo argüido por el censor, este Colegiado escuchó la versión rendida por el accionante, a partir de lo cual se infiere que yerra el oponente en la apreciación que le dio a la narración de este extremo de la Litis, en cuanto, en su exposición se extraña cualquier afirmación relativa a la materialización del pago de aportes a una AFP en concreto, pues, fue muy claro al decir que, a partir del año 2009, la empresa los obligaba a pagar mensualmente un valor para pagar aportes para pensión, que suponía los recaudaría Colpensiones o Porvenir S.A., que el dinero lo entregaban al despachador de la misma y que, luego, en razón a que no había personal en la entidad para recibirles, los enviaron a hacer los pagos en la empresa Cooperativa Soldeser; de ahí que, si bien es cierto hizo alusión al tema de pagos para aportes, **de manera alguna** puede considerarse que, el hecho que haya entregado directamente a la empleadora un valor para hacer el aludido pago

de aportes, **efectivamente** esta haya cumplido con las cotizaciones ante las respectivas entidades de seguridad social, pues de haberlo hecho, no estaría en incapacidad de probarlo.

En suma, para la Sala, esta declaración del actor, no alcanza a demostrar que efectivamente tales cotizaciones existieron desde el año 2009; y si, así hubiera sido, al enterarse a través del escrito inaugural que lo pretendido por la activa era el pago del cálculo por todo el tiempo que judicialmente se determinó como laborado por el actor a su servicio, bien pudo allegar en el momento procesal oportuno los medios de prueba que válidamente sirvieran para desligarse del tiempo que ahora reniega en la alzada.

Con todo, aunque no fue un reparo concreto, y sin que implique quebrantar el principio de consonancia, porque este sede cuando de derecho mínimos irrenunciables se trata, como ocurre en este caso, en el que se discute un tema de pago de cálculo actuarial para efectos pensionales, considera la Sala que, no sobra hacer la precisión que la condena abarca solo los periodos no cotizados, pues de acreditarse algunos pagos, naturalmente no deberán ser incluidos en el cálculo actuarial.

En armonía con lo anterior, los argumentos expuestos por el contradictor, no tienen la virtualidad para derruir la sentencia atacada, en consecuencia, se impone su confirmación, bajo la precisión señalada en precedencia.

Costas

Dado el resultado infructuoso del recurso de apelación, en obediencia a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la

parte demandada. Se fijarán como agencias en derecho, la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales- Nariño, dentro del proceso ordinario laboral promovido por JOSE DIOMEDES CHACUA ALPALA contra la empresa COLECTIVOS CIUDAD DE IPIALES; dejando en claro que, la condena impuesta por la A quo, en el numeral segundo, abarca solo los periodos no cotizados, pues de acreditarse algunos pagos, no serán incluidos en el cálculo actuarial.

SEGUNDO: Condenar en **COSTAS,** a la parte demandada. SE fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el

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

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2019-00105-01 (541)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Helda Alicia Hidalgo Dávila
Demandada:	Protección S.A. Colpensiones
Vinculada:	UGPP
Asunto:	Se modifica y adiciona sentencia apelada y consultada
Acta No.:	236

I.ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 1º de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado en la referencia. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de COLPENSIONES.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Procura la demandante, que se declare la ineficacia del traslado al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., producido el 6 de diciembre de 1995; en consecuencia, que se CONDENE a esta entidad a devolver y a COLPENSIONES recibir todas las cotizaciones efectuadas a su nombre, con indexación, e intereses moratorios, bono pensional recibido de los fondos y cajas donde estuvo afiliada; además, a pagar perjuicios materiales y morales. Adicionalmente depreca condena en costas a cargos de las demandadas

Subsidiariamente pretende que a efectos de declarar la invalidez del traslado se tenga en cuenta que ocupó cargo público del orden territorial, que implica permanencia obligatoria al RPM; consecuencialmente, que se condene a PROTECCIÓN trasladar y a COLPENSIONES recibir todas las cotizaciones efectuadas a su nombre, con indexación, e intereses moratorios, bono pensional recibido de los fondos y cajas donde estuvo afiliada; además, a pagar perjuicios materiales y morales. Adicionalmente depreca condena en costas a cargos de las demandadas.

2. Hechos.

Como fundamento de estos pedimentos, manifiesta que nació Los hechos sobre los cuales la actora apoya estas pretensiones se sintetizan así: La demandante nació el 8 de febrero de 1962, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 del 93 tenía 33 años. Del cuadro anexo en el hecho cuarto de la demanda, se extracta que, indica que cotizó al I.S.S. hoy Colpensiones desde 1980 a 1991, en la Caja de Previsión de la Universidad de Nariño entre 1990 hasta 1995 y actualmente aporta en Protección S.A., entidad que el 6 de diciembre de 1995, sin mediar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al RAIS, haciéndole suscribir solicitud de vinculación; además que, no le suministró información completa sobre el alcance del traslado de regímenes para escoger el que más le convenga, por lo que la decisión de traslado no fue libre y voluntaria; que en simulación pensional realizada por esta entidad, resultando que a sus 57 años podría aspirar a una mesada pensional de $ 2.093.434,00. Que solicitó a cada una de las demandadas autorización para trasladarse al RPM administrado por Colpensiones, respondiéndole negativamente. Afirma que no es beneficiaria del régimen de transición porque no cumple las exigencias del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sostiene que la cuantía de su pensión de vejez en el RAIS le produce afectación anímica y preocupación que altera su salud física y mental.

3. Contestaciones de la demanda

- **DE PROTECCIÓN S.A.**

Al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó y negó unos, dijo no constarle y que deben probarse otros; y, adujo en su defensa que la declaración de nulidad resulta imposible dado que la afiliación al RAIS y traslados entre distintas entidades tiene plena validez por cuanto fue decisión voluntaria, autónoma, libre e independiente de la demandante, quien recibió toda la información de manera clara, no engañosa o que condujera a error y que habiendo tenido durante 24 años la posibilidad de regresa al RPM, nunca lo hizo; que al momento del traslado firmó el formulario de vinculación perdiendo automáticamente los beneficios del RPM y no puede volver a él. Precisa que es imposible traslado de bono pensional, porque no ha sido emitido ni pagado. Formuló como excepciones de fondo las de Formuló como excepciones de fondo las de Buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño.

-**DE COLPENSIONES**

Al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones, al considerar que el traslado contó con la aprobación de la demandante y no hay prueba que acredite engaños o vicios en el consentimiento, además que no tuvo ninguna incidencia en el mismo y que le corresponde al AFP del RAIS garantizar toda la información a sus afiliados para que adopten la decisión que más les convenga. Indica además, que solicitó el traslado cuando le faltaban menos de diez años para la pensión. Frente a los hechos se pronunció aceptando unos y diciéndole que no le constan otros. Propuso excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas, falta de legitimación en la causa por pasiva y solicitud de

reconocimiento oficioso de excepciones.

Concepto Ministerio Público.

En su intervención aduce que no le constan los hechos ni las pretensiones, por tanto que se atiene a lo probado. Seguidamente disertó ampliamente sobre normatividad y criterios jurisprudenciales referentes a la ineficacia de traslado de régimen. Propuso la excepción de ineficacia de condena en costas a cargo de Colpensiones.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 1º de septiembre de 2021 , en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que en consecuencia nunca se trasladó y siempre permaneció en el Régimen de Prima Media y así continuará con todos los beneficios que este le ofrece; y, **ii)** Probada la excepción de fondo "imposibilidad de condena en costas" propuesta por COLPENSIONES y la de "ausencia de prueba efectiva del daño" formulada por Protección, y no probadas las demás excepciones planteadas por las convocadas.

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

Para adoptar tal determinación, adujo que la aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido, que debe ser desvirtuado por el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación por cuanto a la documentación soporte del traslado de conservar en sus archivos en tanto es la obligada a brindar información, pues son obligaciones de carácter

profesional, de manera que debió evidenciarse que la AFP había informado de las consecuencias del cambio de régimen de haber especificado el capital que debía ahorrar a efecto de cumplir con la expectativa de pensión prometida, lo cual no ocurrió, pues PROTECCIÓN SA, no logró demostrar que actuó de manera diligente, para determinar que en la generación del cambio de la actora de régimen pensional le hayan brindado un estudio detallado para que conociera, no sólo los beneficios de su decisión sino también las consecuencias negativas de la misma, después que la obtención de su pensión no pueda lograrse a la esperada y conforme a la tasa de reemplazo más alta, y o un monto superior al que podría haber adquirido en el régimen de prima media.

4. La apelación.

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

PROTECCIÓN S.A.

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

El fallo es contradictorio porque declara ineficaz el traslado al RAIS, que siendo así no podría producir ningún efecto, lo que supone que no se han generado beneficios ni cargas mutuas entre las partes, sin embargo, ordena hacer devolución de los dineros depositados por la demandante incluyendo rendimientos financieros y gastos de administración, que sin duda son efectos derivados del acto jurídico del traslado; que si en la sentencia se dice que este, no produjo efectos debe suponerse que los rendimientos y gastos de administración no se produjeron pero al ordenar su devolución, quiere decir que si se produjeron efectos, destinándolos a beneficiar solo a la parte demandante. Enfatiza que los rendimientos son propios del RAIS y los costos de administración son en los que incurre el fondo para generar rentabilidad y no hacen parte de la pensión del afiliado.

De otro lado, se opone a la condena en costas alegando que la entidad no solo ha actuado de buena fe y con apego a la Constitución, sino conforme al ejercicio de su objeto social previsto en la Ley.

COLPENSIONES.

Al sustentar su alzada dice que se ratifica en los argumentos de la contestación de la demanda, reiterando que, la demandante no hizo uso de su derecho a migrar en los diferentes Regímenes Pensionales dentro de los términos establecidos en la ley, tampoco cuenta con los requisitos necesarios para poder retornar al RPM en cualquier tiempo, razón por la cual no se encuentra facultada para aceptar el traslado, que la permanencia obligatoria y la limitación del traslado tiene como fin garantizar la sostenibilidad del sistema, preservando los recursos para el pago de mesadas y reajustes periódicos.

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

Señala que si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral de forma generalizada, entre otras en la sentencia CL-1452 del 2019, considera que el incumplimiento del deber de información o la ausencia de consentimiento informado generan automáticamente la ineficacia del traslado, dentro de ese mismo pronunciamiento, el Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno aclaro su voto, en el sentido de considerar que la declaratoria de ineficacia procede, siempre y cuando la ausencia de información o la inexistencia del consentimiento informado, produzca un perjuicio para el afiliado en el momento en el que se produce el traslado y no simplemente porque con el paso del tiempo, se considere, que con tal afiliación, no se cumplen sus aspiraciones pensionales, situación que no se acredita en este caso, pues la demandante en el momento de su afiliación al RAIS, no era beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con una expectativa pensional consolidada razón por la cual no se podría hablar de la configuración de perjuicio alguno, que justifique la procedencia de declarar la ineficacia de traslado por ella pretendido.

5. Trámite de segunda instancia

En aplicación a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual, hicieron uso, las entidades demandadas y el Ministerio Público.

Las demandadas en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada.

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

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de los recursos, sin perjuicio de las previsiones consignadas en la sentencia C - 968 de 2003 promulgada por la Corte Constitucional.

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

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

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

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

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

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

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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

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

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

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

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

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

Cabe mencionar que en la en la sentencia CSJ SL1688-2019, citada en el

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

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

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019*:*

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

4. Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministró al promotor del proceso una información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para

disfrutar el derecho pensional, así como ilustrar sobre las características de cada régimen, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata del documento que obra a folio 30 del expediente escaneado, que el 3 de octubre de 1980, la demandante se afilió al extinto I.S.S., hoy Colpensiones, entidad que, según consta a folio 37, certifica que la demandante estuvo afiliada al RPM administrado por la misma, con novedad de traslado a Protección S.A.; además, da cuenta la historia laboral emitida por esta entidad, que reposa a folio 53 del paginario, que la afiliación al I.S.S. (Hoy Colpensiones) perduró hasta el 16 de diciembre de 1991.

Importa precisar que del escrito inaugural, se extracta que la promotora del proceso señala que cotizó al I.S.S. hoy Colpensiones, desde 1980 a 1991; y, en la Caja de Previsión de la Universidad de Nariño entre 1990 hasta 1995. La vinculación al RPM administrado por Colpensiones se da por demostrado con las probanzas relacionadas precedentemente; en cuanto a la afiliación al fondo de la universidad, se echa de menos medios de prueba que lo acrediten; sin embargo, según consta en el formulario visible a folio 36 del encuaderna miento, el 6 de diciembre de 1995 operó el traslado de régimen al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., en el que se divisa que como entidad administradora anterior se registra al Fondo Universidad de Nariño; por tanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994 se colige que estuvo vinculado al RPM. Además, el artículo 128 de la ley 100, estableció en favor de los servidores públicos la libertad de afiliarse al ISS o continuar en esas cajas, pero en ambos casos bajo el régimen de prima media.[1] Por lo anterior, ningún impedimento legal existe para que regrese al RPM ahora a cargo, en forma exclusiva de Colpensiones.

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

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de

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

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

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

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

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

Se precisa que, tal decisión, **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, de lo cual se inquieta Colpensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PROTECCIÓN S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No.78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional

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

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

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

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

[2] CSJ SL-1688 de 2019.

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

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

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

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

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

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

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

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

En suma, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por PROTECCIÓN S.A., a COLPENSIONES, lo

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

correspondiente a los rendimientos financieros y los gastos de administración.

Aunado a lo anterior, por beneficiar a Colpensiones, a favor de quien se surte la consulta, se adicionará el fallo, ordenando a PROTECCIÓN S.A., devolver el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada en él, 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. Igualmente, que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PROTECCIÓN S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A, la que se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos señalados.

Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, "*los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen*" como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021.

Por lo anterior, se adicionará y modificará la sentencia frente a la orden de devolver dichos conceptos, precisando que, la indexación procede respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales y al fondo de garantía de pensión mínima. Para el efecto ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

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

En cuanto a la discrepancia de PROTECCIÓN S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo, no entrará la Sala en mayores elucubraciones,

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

De la excepción prescripción propuesta por Colpensiones

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

Respecto de los demás medios exceptivos formulados por esta entidad, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de imposibilidad de condena en costas que se declaró probada en primera instancia, frente a la cual esta Sala no tiene ningún reparo, no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió.

5. Costas

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

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto**,** objeto de apelación por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **HELDA ALICIA HIDALGO DAVILA,** el que quedará así:

> ***"SEGUNDO.- CONDENAR*** *a la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*** *a trasladar de la cuenta individual de la demandante* ***HELDA ALICIA HIDALGO DAVILA****, a la cuenta global administrada por* ***COLPENSIONES****, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimiento y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en que la actora permaneció afiliada a ella, suma que se trasladará debidamente indexada; además, las comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, estos dos últimos también en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la accionante permaneció afiliada a ella, y al momentos de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A****., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia".*

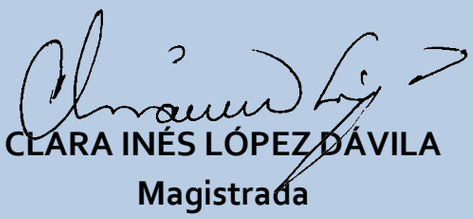
> **SEGUNDO. – CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

> **TERCERO. - CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia a las

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

SEXTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2019-00110-01 (544)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Luis Roger Bastidas Burbano
Demandada:	Alicia Jurado Calvache
Asunto:	Se confirma sentencia consultada
Acta No.:	245

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 13 de la ley 22 13 de 2022, la Sala se pronuncia sobre el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia dictada en audiencia pública celebrada el 28 de abril de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del asunto en referencia.

A efectos de lo anterior, los antecedentes que se describen a continuación se integran a las providencias que se emiten para resolver la impugnación y la consulta de marras.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Luis Roger Bastidas Burbano demandó a la señora Alicia Jurado Calvache, Gerente del Centro Educativo Profesa, para que se declare que entre ellos se viene ejecutando ininterrumpidamente un contrato verbal de trabajo a término indefinido desde el 16 de septiembre de 2005 hasta la fecha, en el que se desempeña como vigilante, cumpliendo horario de 7:00 pm a 7:00 am todos los días ordinarios, festivos y dominicales; que la demandada adeuda desde la citada fecha, salarios, prestaciones sociales, vacaciones y nunca lo afilió al Sistema General de Seguridad Social.

En consecuencia, procura que se condene a la citada demandada a pagar los periodos y valores estimados en el *petitum* de la demanda, por concepto de salarios, más diferencias por reajustes dejadas de pagar; a consignar las cesantías anuales en el fondo que él elija, a cancelarle intereses a las cesantías, auxilio de transportes, recargos nocturnos, horas extras diurnas y nocturnas, compensación por vacaciones, compensación por dotaciones, indemnización moratoria (Art. 65 CST), y a afiliarlo al Sistema General de Pensiones del Régimen de Prima Media. Adicionalmente que sea condenada a pagar las costas procesales.

2. Hechos

Fundamenta las anteriores pretensiones afirmando que fue vinculado por la demandada y Jaime Jurado Calvache, quienes fungen como Gerente y

Administrador respectivamente del Centro Educativo Profesa, para laborar como vigilante en las instalaciones del plantel educativo, mediante contrato verbal de trabajo a término indefinido, iniciado el 16 de septiembre de 2005 y aún está en vigencia. Describe los horarios cumplidos y los periodos en los que solo le cancelaron parcialmente salarios y afirma que nunca fue afiliado a seguridad social, que tampoco recibió pago por prestaciones sociales. Que realizó diferentes reclamaciones, dando a conocer que es padre cabeza de familia, con una hija discapacitada que requiere terapia física. Que el administrador le prometió cancelarle los salarios atrasados el 4 de julio de 2018, lo cual no cumplió, que también le dijo que a partir de agosto de 2018 lo contrata para realizar la misma labor de vigilante por $ 450.000,00. Que acudió a la Inspección de Trabajo solicitando conciliación para el pago de sus derechos laborales, pero resultó fallida porque los convocados no asistieron. Indica que el 4 de agosto de 2018 fue cancelada la matrícula mercantil del centro educativo.

3. Contestación de la demanda.

En ejercicio del derecho de defensa, negó todos los hechos del escrito inaugural y se opuso a las pretensiones allí consignadas, enfatizando que el actor jamás laboró a su servicio en su condición de propietaria del Centro Educativo Profesa, del cual, el 13 de agosto de 2018 se canceló el registro mercantil. Advierte que todo lo expuesto por el actor es falso, por tanto, no existe causa generadora de los derechos reclamados. Tacha de falso el documento fechado el 18 de marzo de 2014 suscrito por Faizury Martínez. Formuló como excepciones las de Falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la relación laboral, prescripción, buena fe, carencia de derecho para demandar y la innominada.

4. Decisión de primera instancia.

El Juzgado Primero Laboral del Circuito Pasto, puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 28 de abril de 2021, en la que resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de relación laboral, absolviendo a la convocada de las pretensiones de la demanda, al paso, condenó en costas al promotor del proceso.

El fundamento esencial para adoptar esta decisión fue el déficit probatorio respecto de la prestación del servicio del accionante a favor de la parte demandada, en virtud de lo cual, concluyó que al quedar el plenario huérfano de medios probatorios que avalen las afirmaciones vertidas en el escrito de postulación, no es factible predicar la existencia de un contrato de trabajo entre los enfrentados en la Litis.

5. Trámite de segunda instancia.

Admitido el grado jurisdiccional de consulta, se dispuso correr traslado a las partes y al señor Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social para presentar alegatos de conclusión, haciendo uso de este derecho dentro del término legal, la parte demandada y el Ministerio Público formularon alegaciones en los siguientes términos.

La parte demandada, insiste en que el actor nunca estuvo vinculado a su servicio, que no se demostraron en el proceso los elementos esenciales del contrato de trabajo, menos los extremos temporales de la alegada relación laboral. Asegura que quedó demostrado que la demandada siempre contrato el sistema de vigilancia con la empresa Seguridad del Sur. Señala la existencia de prueba demostrativa que el accionante entre los años 2010 y 2017 laboró al servicio del señor Hugo Germán Villota Bastidas. Advierte que del testimonio del señor JAIME JURADO y la prueba documental anexada por la parte demandante se constata que a partir del día 1 de noviembre del año 2014 se le arrendó totalmente las instalaciones del referido inmueble a la

Representante Legal de la Institución Educativa "SIMÓN BOLÍVAR", quien copó todos los salones y espacios verdes y el polideportivo con sus alumnos de secundaria por un espacio de tiempo de 5 años y 2 meses, es decir, hasta el día 31 de diciembre del año 2019, por lo que a partir de aquel año ya no volvió a funcionar el establecimiento educativo, ya no tuvo alumnos y debió cancelar el registro mercantil mediante documento privado del 10 de agosto de 2018.

El Ministerio Público.

Este delegado, exhorta la confirmación de la sentencia, al considerar que, como bien lo analizó el juez de primera instancia, la prestación personal del servicio no se encuentra acreditada con las pruebas aportadas al proceso, dado que la testimonial no da cuenta de la misma, sino únicamente que el demandante ingresaba a las instalaciones donde funcionaba la IPS Profesa y el centro educativo Profesa ; que la certificación laboral respecto de ésta última, no está suscrita por la demandada. Concluye que no hay medios de prueba que corroboren las afirmaciones de la demanda, incumpliendo así el mandato del artículo 167 del CGP.

III. CONSIDERACIONES

1. Del grado jurisdiccional de consulta

Teniendo en cuenta que la decisión de primer grado no fue objeto de apelación, en observancia a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 69 del CPTSS, por ser la sentencia totalmente adversa a las pretensiones del trabajador, corresponde a la Sala pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta, el cual no tiene los limitantes de la apelación, por tanto, el control de

legalidad recae sobre todos los aspectos que sirvieron de fundamento a la sentencia.

2. Problema jurídico.

Se circunscribe a establecer si la decisión de primera instancia, que negó todas las pretensiones de la demanda se encuentra ajustada, o no, a derecho.

3. Respuesta a este cuestionamiento.

Para la Sala, la respuesta a este cuestionamiento es positiva, como quiera que del examen efectuado a la providencia materia de consulta, clara y palmariamente se evidencia que la decisión adoptada por la jueza de primer grado para arribar a la conclusión de negar las pretensiones de la demanda no fractura el orden jurídico, habida cuenta, que ella es fiel reflejo de la realidad procesal y de los medios de prueba allegados legal y oportunamente al proceso. Veamos porqué

Memórese que el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 22 define el contrato de trabajo como: *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y remuneración*[1]*"*.

A su turno, el artículo 23 del mismo estatuto, exige para que exista contrato que concurran como elementos esenciales, la actividad personal del

[1] *ART. 22. DEFINICION DE CONTRATO DE TRABAJO. 1º. Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.*
2º Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma salario.

trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución del servicio; requisitos de cuya demostración depende el éxito de las pretensiones, los cuales, por expreso mandato del artículo 51 del CPTSS, pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba que se halle establecido en la ley.

Cumple precisar que en materia laboral el trabajador tiene una ventaja probatoria respecto del empleador, consistente en que demostrada la "prestación personal del servicio" material o inmaterial, opera a su favor la presunción legal regulada en el artículo 24 del C. S. del T., la cual de todas formas es necesario probar pues no es suficiente la sola enunciación o afirmación que de ella se haga.

Por lo tanto, la actividad probatoria de quien la alega, debe conducir al fallador por lo menos a la certeza de la efectiva prestación personal del servicio, dado el efecto que aflora frente a la subordinación, pues jurisprudencialmente se ha dicho: " *en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal"*[2].

Así, a la parte demandante solo le basta demostrar la prestación personal del servicio para que opere la mentada presunción, y a la parte demandada desvirtuarla.

[2] *C.S.J. Sala Laboral, Sentencia del 15 de febrero del 2011, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Rad. 40273.*

Corresponde entonces a este Colegiado, por vía de consulta, resolver lo que en derecho corresponda, para ese efecto, importa indicar que al auscultar el haz probatorio, en lo pertinente, se encuentra lo siguiente:

-Oficio emitido el 23 de agosto de 2018 por el Ministerio de Trabajo-Territorial Nariño, citando al señor JAIME JURADO CALVACHE para conciliación con el señor LUIS ROGER BASTIDAS BURBANO, quien le reclama pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y salarios dejados de pagar FL. 17 Exp. Escaneado)

-Constancia de no comparecencia expedida el 18 de septiembre de 2018 por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-Territorial Nariño. Se consigna en este documento que el reclamante LUIS ROGER BASTIDAS BURBANO, informa que laboró desde el 16 de septiembre de 2005 y sigue laborando hasta dicha fecha como vigilante (Fl. 18).

-Certificado expedido el 3 de mayo de 2006 suscrito por el señor JAIME JURADO CALVACHE, en su calidad de gerente de la empresa PROFESA PROFESIONALES DE LA SALUD IPS, que da cuenta de vinculación laboral del demandante en dicha empresa como Jefe de mantenimiento, desde el 15 de enero de 2004 con un salario e $ 1.000.000.00 (Fl. 22 Exp. unido).

-Certificado fechado el 18 de marzo de 2014 suscrito por la señora FAIZURY MARTINEZ, en calidad de Secretaria Pagadora del CENTRO EDUCATIVO PROFESA, que informa que el accionante labora en esta institución como Jefe de mantenimiento, mediante contrato a término indefinido, desde el 15 de septiembre de 2005, con asignación mensual de $ 1.500.000,00 (Fl. 23 exp. unido).

-Certificado de afiliación emitido por MEDIMAS EPS, del que se extracta que el actor se encuentra afiliado desde el 1º de agosto de 2017 a través del Régimen Subsidiado (Fl. 24)

-Reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES, en el que aparece el promotor del proceso como cotizante dependiente bajo la razón social VILLOTA BASTIDAS desde el 1º de noviembre de 2010 hasta el 31 de agosto de 2016; y, de la CAJA DE COMPENSACIÓN del 1º de abril al 31 de diciembre de 2017 (fl.34).

-Contrato de subarrendamiento, en el que la señora ALICIA JURADO CALVACHE, subarrienda a la señora MARIA ELENA CORDOBA, las instalaciones, aulas escolares del CENTRO EDUCATIVO PROFESA, ubicado en la carrera 7ª No. 21-26, a partir del 1º de noviembre de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2019 con posibilidad de prórroga, para ofrecer servicios educativos de básica primaria y básica secundaria (Fls. 60 y ss)

-Contrato de subarrendamiento, en el que la señora ALICIA JURADO CALVACHE, subarrienda una oficina y tres consultorios ubicada en el CENTRO EDUCATIVO PROFESA al señor JAIME JURADO CALVACHE, Representante Legal de PROFESA IPS, para prestar servicios de salud, por periodo de cinco años desde el 1º de agosto de 2005 al 1º de agosto de 2010, prorrogable por acuerdo entre las partes (Fls. 63 y ss).

-Contrato de prestación de servicios suscrito entre la demandada ALICIA JURADO CALVACHE como representante legal del CENTRO EDUCATIVO PROFESA y el representante legal de la empresa de vigilancia SEGURIDAD DEL SUR LIMITADA, por un año, a partir del 23 de octubre de 2005, para prestar servicio en general de seguridad y vigilancia (Fls. 65 y ss).

-Copias de facturas de pago del servicio de vigilancia por parte de la señora ALICIA JURADO CALVACHE a la empresa de vigilancia SEGURIDAD DEL SUR, de los meses de diciembre de 2013 y enero de 2014 (Fls. 68 y 19)

Se cuenta con los testimonios de los señores LUIS RAMIRO CAICEDO LOPEZ, GUILLERMO ENRIQUE BENAVIDES y JAIME JURADO CALVACHE.

LUIS RAMIRO CAICEDO LOPEZ. Dice que no conoce a la demandada que la vio 2 veces y que su hermano, quien trabajó con ella como conductor de una buseta se la mencionó. Que conoce al demandante desde el año 2005, cuando comenzó a trabajar como celador del Colegio, que abría y cerraba la puerta, que trabajaba en horas de la noche de 7 p.m. a 7 a.m. y que aun trabaja en el mismo sitio pero para el nuevo colegio San Nicolás que funciona ahí desde el 2018, que le consta porque lo veía ya que vivía al frente

LUIS GUILLERO ENRIQUEZ. Dice conocer al actor desde hace más o menos 10 años, haber sido también celador, en las instalaciones del Santo Sepulcro, cuando funcionaba un colegio público; que al llegar a estas mismas instalaciones el colegio privado PROFESA, trajo sus propios empleados entre ellos Roger (el demandante) y ahora este es el celador, que trabaja todas las noches, que no tiene claras las fecha pero ya lleva tiempo, que trabaja de 6 pm a 7 am todos los días, que lo advierte porque su casa es colindante con el Colegio y vive ahí hace 50 años. No conoce a la demandada. Cree que lo contrató la rectora, pero no la conoce ni sabe cómo se llama. Afirma que los personales del colegio se fueron hace más o menos 10 años debiendo hasta arriendo, más o menos un año estuvo desocupado, pero Roger no se retiró, seguía cuidando las cosas que habían dejado ahí, además, para no perder lo que le debían. Actualmente en ese sitio funciona el colegio San Nicolás, de propiedad de una sociedad llamada Santo Sepulcro.

JAIME JURADO CALVACHE. Manifiesta que desde el 16 de abril de 2002 inscribió ante la Cámara de Comercio una empresa denominada PROFESA IPS cuyo objeto siempre fue la prestación de servicios de salud, que conoce al demandante desde ese año, porque llevó a una hija discapacitada para que se la atendiera. Que su hermana tenía el CENTRO EDUCATIVO PROFESA - educación básica primaria y secundaria para niños discapacitados-; el que fue inscrito en la Cámara de Comercio en 2005, aclarando aunque los dos funcionaban en las mismas instalaciones del Santo Sepulcro, porque ella le subarrendó 3 consultorios para prestar los servicios de salud, desde agosto 2 de 2005 hasta abril de 2015, son establecimiento completamente distintos. Enfatiza que el demandante jamás de los jamases trabajó con la señora ALICIA JURADO CALVACHE. Informa que, debido a una difícil situación económica en el año 2014, ella, subarrendó las instalaciones al Colegio SIMON BOLIVAR y en el año 2016 al colegio SAN NICOLAS. Atesta que le hizo el favor al actor de expedirle una certificación como jefe de mantenimiento con salario de $ 1.500.000 para obtener un crédito en el Banco Caja Social, siendo su sorpresa que en el año 2018 le llegó citación ante el Ministerio de Trabajo para audiencia de conciliación por una vinculación laboral del señor Roger; además, asegura que, lo ayudó para que trabajara en la Ferretería de Hugo Villota donde estuvo vinculado del 2010 al 2017, trabajando todo el día. Que no sabe quién contrato a LUIS ROGER BASTIDAS como vigilante, que de pronto fueron los del colegio SIMON BOLIVAR o SAN NICOLAS. Que la demandada contrató la vigilancia a través de la empresa SEGURIDAD DEL SUR desde noviembre de 2005. Que a Faisuri Martínez nunca la autorizó para suscribir la certificación del 18 de marzo de 2014.

Se memora que, específicamente persigue el actor la declaración de un vínculo laboral con la señora ALICIA JURADO CALVACHE en calidad de Gerente del Centro Educativo Profesa, en el que fungió como VIGILANTE del

16 de septiembre de 2005, con vigencia hasta la fecha (se refiere a la de presentación de la demanda).

Hecha esta puntualización, luego de hacer un estudio integral y crítico del enlistado catálogo de pruebas, se advierte que entre estas reposan dos certificaciones que dan cuenta -*como se describió delanteramente*-; una, que el promotor del proceso estuvo vinculado en el empresa PROFESA PROFESIONALES DE LA SALUD IPS, como jefe de mantenimiento desde el 15 de enero de 2004 hasta la fecha, (mayo 3 de 2006) con un salario de $ 1.00.000.00 (Fl. 22 exp. unido); y otra que laboró en el CENTRO EDUCATIVO PROFESA, como jefe de mantenimiento desde septiembre de 2005, con un salario de $ 1.500.000,00.

Es muy clara la inconsistencia que se vislumbra en estas probanzas, pues mientras en la demanda se sostiene que fungió como vigilante nocturno del Centro Educativo Profesa, y de hecho, así se pide que se declare, incluso se infiere de los hechos de la misma que su salario no alcanzaba ni siquiera el mínimo, la reseñadas certificaciones suministran datos totalmente, incongruentes, no solo porque el cargo señalado en aquellas no tiene nada que ver con la vigilancia, sino que, conforme a las calendas fijadas, implicaría que entre septiembre de 2005 y mayo de 2006, simultáneamente laboró en las dos empresas; así mismo el salario indicado, desborda ampliamente el referido en la demanda. En consecuencia, no pasará la Sala como convidada de piedra ante la evidente incoherencia que muestran dichas documentales, por tanto, las mismas se erigen avasallantes de la cuestión fáctica inserta en el libelo primigenio.

Al margen de lo anterior, del examen efectuado a los demás documentales, acopiadas en el proceso, en sano raciocinio la Sala advierte que, no

suministran ningún dato que sirva para constatar que el pretendiente ejerció alguna actividad personal al servicio de la pasiva.

Ahora, escuchadas las versiones rendidas por los testigos traídos a este proceso, de las que en lo esencial, para lo que interesa a este asunto, se extractó lo expuesto sucintamente en precedencia; se tiene que, de las declaraciones rendidas por LUIS RAMIRO CAICEDO LÓPEZ, GUILLERMO ENRIQUE BENAVIDES, merecen credibilidad, en cuanto fueron contestes, sobre el hecho de la labor de vigilancia o celaduría ejercida por el convocante, pues sobre el mismo depusieron de forma clara, precisa la ciencia de sus dichos sin caer en contradicciones, por ello se considera que son testigos cuya probidad queda indemne. En efecto, describen el rumbo verosímil de los acontecimientos y en sus afirmaciones no se aprecian motivos vacilantes, inciertos o inexactos; acceden a un conocimiento de primera mano, al afirmar que les consta que el demandante laboró como vigilante en las instalaciones denominadas el Santo Sepulcro donde funcionaba el Centro Educativo Profesa, dicen –*en otras palabras*- que les consta, el primero porque al frente del plantel educativo tenía un negocio y el segundo porque colindaba con el mismo desde hace 50 años.

Se hace entonces necesario, auscultar si dicha labor la prestó al servicio de la demandada. Veamos.

Del certificado de matrícula mercantil visible a folio 15 del plenario, se constata que la señora ALICIA JURADO CALVACHE, el 15 de junio de 2005, matriculó ante la Cámara de Comercio de Pasto, su nombre como razón social, para desarrollar actividad de educación preescolar, registrando como dirección principal del domicilio la carrera 7ª No. 21-26 Parque Bolívar.

Ahora, **si bien es cierto** de las declaraciones de **LUIS RAMIRO CAICEDO LOPEZ y LUIS GUILLERMO ENRIQUEZ** los referidos deponentes, no es

posible establecer certeramente que el servicio prestado lo hizo para la demandada, pues al ser interrogados sobre el particular, divagaron desnudando falta de credito frente a este aspecto, **de las mismas puede rescatarse lo dicho por el primero referente a que, co**noce al demandante desde el año 2005, cuando comenzó a trabajar como celador del Colegio *(se refiere al plantel educativo de la accionada)* y lo expuesto por el segundo relativo a que al llegar el Colegio Privado PROFESA, trajo sus propios empleados entre ellos Roger (el demandante) quedando como celador, **para integrarlos** con el hecho oficial ya probado, de haberse registrado el establecimiento educativo en junio de 2005 a nombre de ALICIA JURADO CALVACHE para funcionar en el sitio donde alega el actor haber trabajado como vigilante, para conjeturarse que en efecto, prestó sus servicios para la convocada.

No obstante, surge un hecho que da al traste con el referido supuesto, esto es, la convocatoria que hizo el demandante al señor JAIME JURADO CALVACHE, persona obviamente distinta a la demandada, el 18 de septiembre de 2018, para conciliar ante el Ministerio de Trabajo y la Seguridad Social, derechos laborales, bajo la egida que desde el 16 de septiembre de 2005 laboró como vigilante, es decir reclamándole exactamente lo mismo que ahora pretende a través de esa acción judicial pero a otra supuesta empleadora y con fundamento en similares supuestos facticos, circunstancia que a todas luces permite detectar que ni el mismo promotor del proceso tiene claridad respecto de a qué persona fue a la que le prestó su servicio personal.

Bajo este escenario, no es posible determinar la prestación personal del servicio del demandante a favor de la pasiva, siendo así, al ser este un requisito sine qua non para extractar la existencia de un contrato laboral, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

De otra arista, existe prueba indiciaria con la que eventualmente podría desprenderse la existencia de un vínculo laboral con otros posibles

empleadores, esto es, el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES, en el que aparece el promotor del proceso como cotizante dependiente desde el 1º de noviembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2017 (fl.34).

Ante la realidad procesal descrita, se torna innecesario entrar a desarrollar estudios adicionales para concluir que no existen motivos atendibles para quebrantar la providencia materia de consulta.

4. COSTAS

Sin lugar a condena en costas, en tanto, el grado jurisdiccional de consulta opera por ministerio de la ley.

IV. DECISIÓN:

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

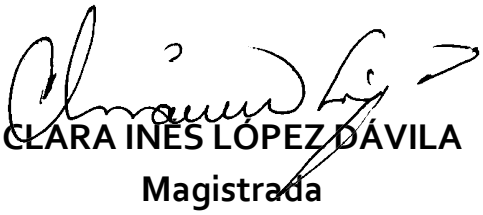
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida 28 de abril de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS ROGER BASTIDAS contra ALICIA JURADO CALVACHE.

SEGUNDO: **S**in lugar a condena en **COSTAS** en esta instancia.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INES LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrada

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2019-00143-01 (502)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	María Elena Delgado Portilla
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.:	237

I.ASUNTO

En obediencia al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 1º de julio de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

MARIA ELENA DELGADO PORTILA, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la **AFP HORTIZONTES hoy PORVENIR S.A.**; que, en consecuencia, se condene a esta entidad a devolver o trasladar y a **COLPENSIONES** a recibir la totalidad de los ahorros de su cuenta de ahorro individual más el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas durante todo el tiempo de su afiliación hasta el traslado al RPM; asimismo, a pagar cálculos actuariales, diferencias económicas e indemnizaciones a que haya lugar y las costas procesales.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 11 de diciembre de 1967, cotizó al I.S.S. hoy Colpensiones desde agosto 10 de 1987 hasta el 14 de noviembre de 2008; data en la que fue visitada por agentes comerciales de Horizontes Pensiones y Cesantías para convencerla de trasladar sus aportes al RAIS, bajo el argumento que en dicho fondo su pensión sería del 110% del ingreso al momento del retiro y con edad y tiempo menores de los exigidos en el RPM, que bajo esta creencia suscribió el formulario. Indica que en enero de 2014 pasó automáticamente como afiliada de Porvenir S.A., entidad que en enero 10 de 2019 le proyectó la pensión que no alcanzaría ni el 30% del IBC, por lo que su mesada pensional sería muy inferior a la que recibiría en el RPM. Afirma que no recibió información sobre los riesgos del traslado o sus incidencias, no le explicaron las diferencias en general sobre el tema pensional. Informa que solicitó a Porvenir la nulidad *(sic)* del traslado, sin obtener respuesta; y que elevó petición de Reingreso a Colpensiones, la que fue negada.

2. Contestaciones de la demanda.

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

Al contestar la demanda frente a los hechos aceptó y dijo no constarle y que deben probarse otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo la egida que la vinculación a PORVENIR S.A., fue un acto válido en la medida que la demandante suscribió el formulario de traslado a HORIZONTE el 14 de noviembre de 2008 con efectividad desde el 1º de

enero de 2009 de manera libre, consciente y voluntaria. Afirma que, para la fecha de solicitud de traslado, proporcionaron toda la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; además que la actora contaba con diferentes canales a través de los cuales podía analizar la información sobre las disposiciones legales que regulan la pensión de vejez en el RAIS, pero que no indagó para saber lo que lo convenía y solo después de 11 años demuestra la inconformidad de su decisión. Formuló como excepciones de fondo las de Buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, inexistencia del daño e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa.

-**DE COLPENSIONES.**

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen tiene plena validez, porque fue aprobado por la demandante; que no existe prueba que permita acreditar que hubo engaño, vicio del consentimiento o falta de información por parte de la AFP del RAIS; que no es posible el traslado de régimen en cuanto la solicitud la realizó cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder de la pensión. Señala que Colpensiones no tuvo incidencia en el traslado de régimen, que es obligación de los fondos del RAIS demostrar que garantizaron los derechos de la demandante, para establecer si el contrato de afiliación es ineficaz. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas, falta de legitimación en la causa por pasiva.

-Del MINISTERIO PÚBLICO.

Expone que los hechos no le constan y se atiene a lo probado en el proceso; se opone a las pretensiones y, luego de hacer alusión a normatividad y jurisprudencia que regula el tema de la ineficacia de traslado, sostiene que la AFP demandada debe acreditar que cumplió

con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar de esa manera que el afiliado contara con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y de contera para que éste resultase válido.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 1º de julio de 2021, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; **ii)** No probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar de la cuenta individual de la demandante a la cuenta global de COLPENSIONES todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, si hubiere lugar a ellos, cantidades adicionales de la aseguradora con los frutos, intereses o rendimientos, utilidades; así como el porcentaje de gastos de administración, debidamente indexados; y, que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A, la que se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos señalados. **Condenó en costas a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES**.

Apoyado en basta jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, precisó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, que estuvo afiliada al RPM y se trasladó al RAIS, sin que la FP Horizonte S.A., hoy Porvenir, cumpliera con el deber que tenía de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado de régimen de la demandante, que no realizó un estudio individual de las condiciones particulares de aquella, no le

brindó una asesoría sobre las consecuencias, no presentó soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, en fin, que no acreditó haber entregado un estudio serio, claro y completo para que el actor hubiese optado por trasladarse al régimen de ahorro individual; y concluyó que procedía la ineficacia del traslado.

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de estas entidades, con el propósito de derruir la sentencia de primer, manifiesta que la decisión de traslado de la demandante fue un acto voluntario, libre de presiones, espontánea y con base en la información pertinente al momento del traslado. Que la falta de información no se puede invocar como única razón porque existen otras circunstancias que pueden considerarse frente a la decisión de traslado, como laborales o académicas del demandante.

Tilda el fallo de contradictorio, y del amplio discurso argumentativo, se logra extractar que, en lo esencial que, funda tal contradicción en que en el fallo se afirma que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero contradictoriamente se ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros y el porcentaje de administración; que tal devolución no es procedente porque los rendimientos son el producto de un trabajo financiero especializado y profesional; además que se debe reconocer el costo de administración que dio lugar a la productividad de los ahorros; y, sobre todo que, al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos. Que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC.

Reprocha el acogimiento de la jurisprudencia especializada para aplicar el traslado de la carga dinámica de la prueba, porque esto conlleva a que el proceso sea inoficioso y genere un desequilibrio procesal, toda vez el demandante con la sola afirmación de que no se le brindó información, tiene ganado el proceso, ya que a la administradora se le exige la presentación de unos documentos cuya inexistencia es conocida por el despacho, no solo porque no existen sino porque al tiempo de la afiliación, no había norma legal que exigiera su producción o su existencia.

Finalmente se opone a la condena en costas arguyendo no solo resultan excesivas con base en el acuerdo 10554 de 20016 emanado del CSJ, sino improcedentes, toda vez que, siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión frente a las razones por las que no debe aceptarse el traslado; y, enfatiza que no está facultada para aceptar el traslado porque la accionante no hizo uso del derecho a de conformidad con las disposiciones legales y jurisprudenciales aplicables al caso, situación que se encuentra el corroborada también por lo dispuesto por la Corte Constitucional en la que se analizado que la limitación de esos traslados tiene soporte en las sostenibilidad del sistema pensional administrado por el RPM. Cuestiona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, aduciendo que no puede aplicarse en forma genérica y sin ninguna ponderación, pues deben atenderse las particulares de cada caso de tal forma que se garantice la igualdad entre las partes; y, con apoyo en un salvamento de voto[1], arguye que la declaratoria de ineficacia solo procede cuando el traslado causa perjuicios, y en este caso no se configuran.

[1] Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno respecto de la sentencia de la Corte de Suprema de Justicia SL 1452 del año 2019 radicación 68852. Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas

Por última, procura la revocatoria de la condena en costas, arguyendo que la entidad no intervino dentro del trámite del traslado, además que está ante la imposibilidad de retorno dentro del trámite administrativo ya que se encuentra limitada no solo por las disposiciones legales y jurisprudenciales, sino que, además la misma no puede ir en contra de las decisiones de la AFP del RAIS, en cuanto no aceptó la ineficacia a efectos de habilitarla para recibirla como afiliada del RPM.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Bajo el espectro de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, Porvenir S.A., Colpensiones y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

Las demandadas, en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada.

El Ministerio Público, trae a colación criterios jurisprudenciales para después disertar sobre la ineficacia del traslado de régimen, concluye que la AFP PORVENIR S.A., no suministró la información completa, necesaria y suficiente para que el traslado se repute como libre y voluntario, o por lo menos no se demostró en este proceso, razón por la cual la ineficacia del traslado es procedente, pues era obligación del fondo de pensiones brindar la información pertinente y no pretender que sea la misma afiliada la que busque la asesoría, de suerte que la inactividad o silencio del este no puede ser considerado como aceptación de las condiciones, pues el obligado a desplegar los deberes de cuidado es el fondo de pensiones. Enfatiza que por lo anterior, no son válidos los argumentos de las recurrentes y, exhorta por la confirmación de la sentencia recurrida. En cuanto a la condena en costas, previas consideraciones conceptúa que

frente a Porvenir es acertada y debe confirmarse y respecto de Colpensiones que es improcedente y debe revocarse.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

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

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

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

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

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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

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

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

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

"En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de

> *dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

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

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

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

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019*:*

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente[2], se constata del reporte se semanas cotizadas expedido por Colpensiones, que la demandante cotizó en esta entidad, del 10 de agosto de 1987 hasta el 31 de diciembre de 2008, quedando así evidenciado que estuvo afiliada al RPM.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen efectuado al formulario visible a folio 186 del expediente escaneado se logra extractar que se trata del correspondiente al traslado de régimen y que en él se registró como administradora anterior al I.S.S.; y aunque del mismo no es posible visibilizar la fecha de este trámite, del certificado de Asofondos obrante a folio 188 *ídem*, se desprende que en diciembre de 2008 pasó de Colpensiones a Horizonte y que el 1º de enero de 2014, de este último a Porvenir.

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

[2] Fl. 22 expediente escaneado y 6 del archivo 02

pensional del promotor del proceso.

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

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

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

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

tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional

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

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

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada[3], la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

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

[3] CSJ SL-1688 de 2019.

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

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

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

También importa aclarar, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, una de las características del RPM es la existencia de rendimientos que, junto con los aportes de los afiliados, son los

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

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados[4].

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

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

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

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

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar la demandante en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea ella, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, en consecuencia, **deviene plausible la decisión del Juez A Quo, que estableció que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido el pretendiente en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos, por ello se mantendrá incólume**

En cuanto la discrepancia de PORVENIR S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo

365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso. En consecuencia, los argumentos expuestos por el vocero judicial de estas entidades, no tienen la virtualidad fracturar la condena en costas irrogada.

En lo concerniente al reproche que hace Colpensiones, respecto de la condena en costas, las mismas se revocarán, pues siendo respetable la reflexión del A quo para emitir tal condena a cargo de esta entidad, este Colegiado se distancia de la misma, al considerar que, como lo asegura el apoderado de esa entidad, no tuvo injerencia en el traslado del actor, y además en sede administrativa tampoco tenía la facultad de acceder a la declaratoria de ineficacia, pues nótese que esa decisión surge como consecuencia de un proceso declarativo en el que se analizaron los presupuestos para su procedencia, en consecuencia, se impone revocar parcialmente el numeral sexto de la sentencia apelada.

De la excepción prescripción propuesta por Colpensiones

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

Respecto de los demás medios exceptivos formulados por esta entidad, a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta salvo la de **imposibilidad de condena en costas** que por las razones expuestas delanteramente se declarará probada, no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió. Se aclarará que la prosperidad

de dicho medio exceptivo, es únicamente respecto de las costas de primera instancia.

5. Costas

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 mismas y a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, para la administradora del RAIS y de 1 smlmv, esto es $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, dada la prosperidad parcial de su alzada. Condena que será liquidada de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el artículo 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 1° de julio de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **MARIA ELENA DELGADO PORTILLA,** el que quedará así:

> ***"SEGUNDO.- CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar de la cuenta individual del demandante **MARIA ELENA DELGADO PORTILLA**, a la cuenta global administrada por la **ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**- en el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hay lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimiento, utilidades que se hubieren causado, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere*

recibido esta administradora durante el tiempo en que la actora permaneció afiliada a ella, suma que se trasladará debidamente indexada; además, las comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, también en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que permaneció afiliada a ella, y al momentos de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A****., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia; la transferencia económica se producirá dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a percibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados".*

SEGUNDO. – REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia, para **DECLARAR** probada la excepción de fondo propuesta por COLPENSIONES denominada "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS", y no probados los demás medios exceptivos formulados por esta entidad y Porvenir. Se aclara que la prosperidad de dicho medio exceptivo, es únicamente respecto de las costas de primera instancia.

TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a Colpensiones de la condena impuesta por concepto de costas procesales, en lo demás queda incólume.

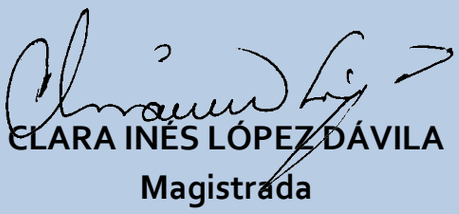
CUARTO. CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

QUINTO- CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a la demandada PORVENIR S.A. a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a su cargo en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000; y, 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.

SEXTO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un

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

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2019-00241-01 (517)
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Carlos Alberto Cháves Caicedo
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.:	238

I.ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 26 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

CARLOS ALBERTO CHAVÉS CAICEDO, llamó a juicio a las referidas

convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la **AFP PORVENIR S.A.,** a partir del 14 de junio de 1994.

Que, en consecuencia, se **ORDENE** a **PORVENIR S.A**. trasladar y a **COLPENSIONES,** acogerlo como afiliado y recibir, todas las cotizaciones realizadas para pensiones en el RAIS, desde junio 14 de 1994, hasta la fecha del retorno definitivo, bono pensional recibido del IS.S., y/o Cajas de Previsión Social a las que estuvo afiliado, con la capitalización, indexación e intereses de mora. Así mismo, procura que se ordene a las demandadas reconocer y pagar perjuicios materiales y morales derivados de su traslado del RPM al RAIS. Adicionalmente pide condena en costas a cargo de la pasiva.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 02 de julio de 1963, que fue trasladado al RAIS a través del fondo de pensiones PORVENIR S.A., porque los asesores de esta entidad, ofrecieron la posibilidad de pensionarse bajo mejores condiciones de las ofrecidas por Colpensiones, ya que se pensionaría con una mesada superior, sin mencionarle las desventajas que tendría; que le dijeron que de no trasladarse corría el riesgo de perder los aportes. Afirma que su traslado se hizo bajo engaños, información distorsionada, promesas falsas, beneficios inexistentes y mala fe, sin realizar un estudio consciente de o que era más beneficioso para su futuro pensional. Que elevó peticiones ante Porvenir y Colpensiones solicitando la nulidad de la afiliación, el traslado y el regreso al RPM, que la primera respondió negativamente y la segunda le ofició comunicándole que no le daría trámite a la solicitud. Termina aduciendo que la cuantía de la pensión de vejez le genera afectación anímica y constante preocupación que altera gravemente su salud física y mental por la imposibilidad de acceder a una pensión digna.

2. Contestaciones de la demanda.

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

Al contestar la demanda frente a los hechos acepto y negó unos, manifestó no constarle y que no afirma ni niega otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo la egida que la vinculación a PORVENIR S.A., fue un acto válido en la medida en que el demandante el 14 de junio de 1994 suscribió el

formulario de vinculación de manera libre, consciente y voluntaria, con efectividad desde el 1º de agosto del mismo año. Afirma que, para la fecha de solicitud de traslado, proporcionaron toda la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; además que el actor cuenta con diferentes canales a través de los cuales puede analizar la información sobre las disposiciones legales que regulan la pensión de vejez en el RAIS. Formuló como excepciones de fondo las de Buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa.

-**DE COLPENSIONES.**

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y dijo no constarle y que deben probarse otros; se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la entidad ha actuado conforme a las normas legales vigentes y que por vía administrativa no puede acceder al traslado por falta de requisitos; y que le corresponde a Colfondos S.A. *(sic)* probar que la información que suministró al demandante al momento del traslado y posterior afiliación, fue idónea para crear una proyección veraz frente a su situación pensional sin dejar lugar a dudas o falsas expectativas. Formuló como excepciones de falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el traslado, buena fe y la prescripción.

-Del MINISTERIO PÚBLICO.

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

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 26 de octubre, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; y, **ii)** declarar probadas las excepciones de ausencia de prueba efectiva del daño e inexistencia del daño propuestas por Porvenir S.A., y no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas;

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar de la cuenta individual del demandante a la cuenta global de COLPENSIONES, todos los valores recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos, indexación, capitalización y porcentaje de gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Asimismo, condenó a Colpensiones a recibir todos los valores derivados de los anteriores conceptos; y, a ambas demandadas a pagar las costas del proceso. Las absolvió de las demás pretensiones.

Apoyado en basta jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, precisó que el actor estuvo afiliado al RPM a través del Instituto de los Seguros Sociales; advirtió la existencia de una inconsistencia en cuanto la prueba documental de Porvenir no coincide con la de Colpensiones, respecto de la fecha del traslado, empero aclaró que esto no tiene incidencia, pues del acogimiento a la jurisprudencia especializada respecto de la inversión de la carga de la prueba, no es correcto hacerlo en la parte débil de la relación que es el usuario, sino que corre a cargo de Porvenir, entidad no demostró que cumplió c con el deber de información como lo indican las sentencias de la Corte.

Por último, respecto del pago de perjuicios morales y materiales, dice que no tiene vocación de éxito por cuanto el actor se limitó tangencialmente a decir que se le causaron, pero no existe prueba indicativa de la causación de los mismos; que por esta razón. Prospera únicamente la excepción de ausencia de prueba efectiva del daño, formulada por la demandada Porvenir S.A.

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A.

Manifiesta que no se ha probado que el acto jurídico de afiliación esté viciado de alguna manera, que no se debe exigir prueba de una información que no era obligatoria al momento del traslado y que la falta de ésta, no se puede invocar como única razón porque existen otras circunstancias que pueden considerarse frente a la decisión de traslado, como laborales o académicas o situación personal, familiar o social del demandante.

Pone en entredicho la fecha de afiliación, bajo la egida que, de las pruebas allegadas al proceso, se evidencia inconsistencias sobre el particular.

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

Se opone a la condena en costas arguyendo no solo resultan excesivas, sino improcedentes, porque siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que durante el debate no se demostró que hubo una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado, que se bien el afiliado no es especialista en el sistema pensional no es afiliado lego, sin embargo, no realizó preguntas a los asesores de la entidad privado, ni solicitó información en Colpensiones, lo que deja concluir que estaba a gusto en el RAIS y que jurisprudencialmente (SL 413 de 2018) se ha indicado que existen actos o comportamientos del afiliado que demuestran la intención de permanecer en aquel.

Enfatiza que, aunque se ordené trasladar a Colpensiones la totalidad de cotización, de rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, igual se generará una afectación del sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatorio por los otros afiliados a este esquema, dado que el periodo de permanencia obligatorio contribuye al logro de los principios de la Universidad y eficiencia, que asegura la intangibilidad de la sostenibilidad del sistema, al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago oportuno de mesadas futuras.

Por última, procura la revocatoria de la condena en costas, argumentando que, si bien es cierto que Colpensiones se sigue manteniendo ante la negativa del traslado, pese a las reiterativas sentencias que lo ordenan, también es cierto que lo hace como mecanismo de defensa debido a que esta carga se está convirtiendo en una carga insostenible y está llevando el sistema pensional y al régimen de prima media, a la insostenibilidad financiera, en cuanto a los decretos de ineficacia lo que hacen es menoscabar la sostenibilidad económica del sistema, lo que puede conllevar a un eventual colapso del sistema.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual, hicieron uso, el demandante, Porvenir S.A., Colpensiones y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

El demandante, con miras a que se confirme la sentencia de primer grado trae a colación un amplio discurso argumentativo apoyado en bastos criterios jurisprudenciales, enfatizando en la insuficiencia de la información por parte de los fondos de pensiones que le impidió ejercer la facultad de escoger cuál de los dos regímenes le convenia más.

Las demandadas, en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la

sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada y por ello, en gracia de brevedad nos remitimos a los escritos de alegaciones arrimados al proceso.

El Ministerio Público, este delegado tras hacer alusión a las pruebas del proceso, concluye que la AFP PORVENIR S.A., no suministró la información completa, necesaria y suficiente para que el traslado se repute como libre y voluntario, o por lo menos no se demostró en este proceso, razón por la cual la ineficacia del traslado es procedente, pues era obligación del fondo de pensiones brindarla y no pretender que sea el mismo afiliado el que busque la asesoría, de suerte que la inactividad o silencio del afiliado no puede ser considerado como aceptación de las condiciones, pues el obligado a desplegar los deberes de cuidado es el fondo de pensiones. Por lo anterior, además de solicitar confirmación de la decisión adoptada en primera instancia, pide adición en el sentido de indicar que el fondo privado debe asumir cualquier diferencia que se presente en el monto de los valores trasladados de sus propios recursos, que la devolución de los gastos de administración es indexada; además procura que se revoque la condena en costas de Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

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

2. Problemas jurídicos.

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

¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado del demandante al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

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

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

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

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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

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

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y

relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno.

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

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

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

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

inmersoen las funciones de las administradoras desde su creación.

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

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019*:*

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan enel expediente, se constata del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones que obra a folios 113 del expediente unido, que el demandante cotizó los aportes para pensión ante el I.S.S. hoy Colpensiones, información que se corrobora de la historia laboral

consolidad de Porvenir, visible a folio 44 del mismo expediente, por tanto, se colige que estuvo vinculado al RPM.

Precisado lo referente a la afiliación del accionante al RPM, en lo concerniente al hecho del traslado, se afirma en el escrito promotor que fue el 14 de junio de 1994, supuesto que Porvenir S.A., al contestar la demanda (Fls. 53 y ss Cd. Unido) en el acápite de fundamentos y razones de la defensa, fue muy clara en ratificar esta data, siendo confesa al señalar no solo este supuesto, sino que agregó que su efectividad fue desde el 1º de agosto del mismo año, situación que, por demás, se corrobora o coincide con el formulario de afiliación de esta entidad obrante a folio 206 del expediente, documental que da cuenta que efectivamente el 14 de junio de 1994, se materializó la solicitud de traslado.

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

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

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

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

Se precisa que, tal decisión, **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del**

Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No.78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional

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

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada[1], la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

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

[1] CSJ SL-1688 de 2019.

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

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

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

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

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

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

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados[2].

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

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

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

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

En suma, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por PORVENIR S.A., a COLPENSIONES, lo correspondiente a los rendimientos financieros y los gastos de administración.

Como efecto adicional de la ineficacia del acto jurídico de traslado, le corresponde a PORVENIR S.A. devolver con destino al fondo común administrado por COLPENSIONES, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los valores correspondientes a gastos de administración (CSJ SL 3199-2021[3]), pues acorde con nuestro Órganos de Cierre Jurisdiccional, los dineros correspondientes a las cotizaciones pensionales hacen parte del derecho a la Seguridad Social de la actora y debieron depositarse, en forma mensual, en la cuenta global del RPM. En este sentido, el numeral SEGUNDO de la decisión objeto de estudio será modificado para advertir, como lo ha hecho en innumerables oportunidades este Cuerpo Colegiado, que dichos gastos de administración se trasladen debidamente indexados.

Aunado a lo anterior, por beneficiar a Colpensiones, a favor de quien se surte la consulta, se adicionará el fallo, ordenando a PORVENIR S.A., devolver las comisiones, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado en él, 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. Igualmente, que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A, la que se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos señalados.

Bajo esta arista, se adicionará y modificará la sentencia frente a la orden de

[3] Enfatiza la Corte que *"que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades,.."*

devolver dichos conceptos, precisando que, la indexación procede solo respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración. Para el efecto ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, "*los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen*" como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021.

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

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

En lo concerniente al reproche que hace Colpensiones, respecto de la condena en costas, las mismas se revocarán, pues siendo respetable la reflexión de la A quo para emitir tal condena a cargo de esta entidad, este Colegiado se distancia de la misma, al considerar que, no tuvo injerencia en el traslado del actor, y además en sede administrativa tampoco tenía la facultad de acceder a la declaratoria de ineficacia, pues esa decisión surge como

consecuencia de un proceso declarativo en el que se analizaron los presupuestos para su procedencia, en consecuencia, se impone revocar parcialmente el numeral sexto de la sentencia apelada.

De la excepción prescripción propuesta por Colpensiones

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

Respecto de los demás medios exceptivos formulados por esta entidad, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió.

5. Costas

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 mismas y a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, para la administradora del RAIS y de 1 smlmv, esto es $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, dada la prosperidad parcial de su alzada. Condena que será liquidada de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el artículo 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **CALOS ALBERTO CHAVÉS CAICEDO,** el que quedará así:

> ***"SEGUNDO.- CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar de la cuenta individual del demandante **CARLOS ALBERTO CHAVÉS CAICEDO**, a la cuenta global administrada por la **ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**- en el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hay lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimiento, utilidades que se hubieren causado, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en que el actor permaneció afiliado a ella, suma que se trasladará debidamente indexada; además, las comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, también debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el accionante permaneció afiliado a ella, y al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia".*

SEGUNDO. – REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a Colpensiones de la condena impuesta por concepto de costas procesales, en lo demás queda incólume.

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

CUARTO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a la demandada PORVENIR S.A. a favor de la parte demandante, fijando las agencias en

derecho a su cargo en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000; y, 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.

QUINTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2019-00335-01 (549)
Juzgado de primera instancia:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Adriana Narváez Díaz
Demandados:	- Suany Alejandra Tobar Arciniegas - Carmen Liliana Arciniegas López - Gloria María del Pilar Arciniegas López
Asunto:	Apelación sentencia.
Acta No.:	248

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala define el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del demandante, contra la sentencia dictada en audiencia pública celebrada el 14 de octubre de 2021 por

el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del asunto supra reseñado.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Adriana Narváez Díaz, llamó a juicio a las citadas demandadas con el propósito que se declare bajo el principio de la primacía de la realidad la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 22 de septiembre del 2010 hasta el 4 de marzo del 2019. En consecuencia, procura que sean demandadas a pagarle los derechos y/o acreencias laborales causadas durante toda la relación laboral, tales: reajuste salarial, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, subsidio familiar, trabajo suplementario (festivos, dominicales) y compensación por dotaciones.

2. Hechos

Fundamenta las anteriores pretensiones señalando las demandadas, Suany Alejandra Tobar, Carmen Liliana Arciniegas y Gloria María del Pilar Arciniegas, celebró un contrato de trabajo verbal dentro del periodo antes descrito, para desempeñarse como conserje y mayordomo de una finca denominada la Esperanza ubicada en el municipio de Chachagüí, de propiedad de aquellas. Describe labores, jornada y horarios que cumplió. Indica que siempre recibió como salario de $100.000 mensuales. Informa que el 30 de marzo de 2017, la parte demandada suscribió un contrato de arrendamiento, bajo un actuar de mala fe, aprovechando su necesidad de trabajar y tener un lugar donde vivir. Afirma que el 4 de marzo de 2019 la convocada Gloria María del Pilar Arciniegas decidió terminarle el contrato de trabajo en forma unilateral y sin justa causa. Sostiene que no fue afiliada al sistema de seguridad social integral y nunca se le reconocieron los derechos laborales de ley. Precisa que, del 22 de septiembre de 2010 hasta el 17 de enero de 2019, fue propietaria de la finca

Suany Alejandra Tobar, donde prestó sus servicios, y que, a partir de esa fecha hasta la presentación de la demanda, lo fue Carmen Liliana Arciniegas López.

3. Contestación de la demanda.

Las enjuiciadas de manera conjunta contestaron la demanda, negando todos los hechos, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, alegando que con la actora nunca ha existido relación de carácter laboral, que el vínculo que las unió fue contrato civil de arrendamiento; además que para la época que aquella asegura inició la relación laboral, se encontraban fuera de la ciudad de Pasto. Sostienen que la pretendiente nunca realizó las actividades que se describen en la demanda; que únicamente utilizó dos habitaciones en calidad de arrendataria; desconocen además la existencia de órdenes o instrucciones de su parte hacía ella, la imposición de horarios y pago de salarios. Manifiestan que cuando el inmueble se encontraba arrendado las personas que actuaban como arrendatarias eran las encargadas del mantenimiento y cuidado del mismo.

Propuso como excepciones las de: Inexistencia de vínculo laboral entre las partes, falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, carencia de derecho para demandar, prescripción de derechos laborales, buena fe delas demandadas, temeridad y/o mala fe de la demandante y la innominada.

4. Decisión de primera instancia.

Cumplidas las ritualidades propias para un juicio de esta clase, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, puso fin a la primera instancia, mediante sentencia el 14 de octubre de 2021, dentro del proceso promovido por Adriana Narváez Díaz contra Suany Alejandra Tobar Arciniegas, Carmen Liliana Arciniegas López y Gloria María del Pilar Arciniegas López. Las ABSOLVIÓ de los cargos de la demanda y condenó en costas a la actora.

Dentro de las razones vertidas para arribar a esta decisión, previo discurso sobre normatividad, criterios jurisprudenciales referidos al contrato de trabajo y sus elementos esenciales; además de la carga de la prueba, analizó en conjunto los medios de prueba acopiados al proceso, para concluir –*en apretada síntesis*- que en este evento, el inmueble donde la actora asegura haber laborado, ha sido de propiedad de las demandadas; dio por establecido que entre estas y la accionante existió un contrato de arrendamiento y que la habitación de ella y su familia inició en el año 2012, con base en estas premisas, adujo la imposibilidad de extraer la prestación efectiva del servicio.

5. Apelación.

La demandante manifiesta su inconformidad con la decisión de primer grado, argumentando que con suficiente certeza cumplió con el deber de la carga de la prueba. Precisa que, los testigos son claros en establecer los extremos laborales, la prestación del servicio y todo lo relacionado con la labor encomendada a favor de la pasiva. Pide analizar las circunstancias de mala fe y las actuaciones de la parte demandada en la suscripción del contrato de arrendamiento, emplazando que no se le dé credibilidad al mismo, porque fue utilizado con la finalidad de neutralizar el contrato de trabajo.

6. Trámite de segunda instancia.

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr traslado a las partes y al señor Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social para presentar alegatos de conclusión, haciendo uso de este derecho dentro del término legal, la parte demandante y demandada, exponiendo sus alegaciones en los siguientes términos:

La parte demandante manifiesta que de acuerdo con las pruebas testimoniales y los interrogatorios, se pudo demostrar claramente y en virtud del principio de la primacía de la realidad, la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 22 de septiembre de 2010 hasta el día cuatro 4 de marzo de 2019, por lo tanto, tiene derecho al reconocimiento y pago de todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda.

La parte demandada expone que con el contrato de arrendamiento del bien inmueble que aún continúa ocupando la actora y que además fue suscrito por ella en calidad de arrendataria al igual que por su esposo, se probó de manera fehaciente y con suficiencia la inexistencia del vínculo laboral. Indica que el incumplimiento al pago de los cánones de arrendamiento ha dado lugar a diferentes requerimientos y la iniciación de un proceso de restitución de inmueble arrendado. Indica que dicho contrato de arrendamiento es plenamente válido, dado que no fue desvirtuado por la demandante, quien tampoco acreditó que existiese alguna clase de engaño o vicio en su consentimiento. Enfatiza en la falta de acreditación de extremos temporales y pago de salarios.

III. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

En primer lugar, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la competencia del Tribunal se contrae exclusivamente a la disconformidad planteada. Por ello, la Sala queda relvada de incursionar en puntos que no fueron invocados al sustentar el recurso.

2. Problema jurídico.

¿Son las pruebas practicadas en el proceso, determinantes para establecer que entre las partes existió un contrato de trabajo?

Si la respuesta al anterior interrogante resulta positiva, ¿proceden las pretensiones condenatorias de la demanda?

3. Respuesta a este cuestionamiento.

Siendo esencial establecer la existencia del contrato de trabajo, dado que de ello depende el estudio de las demás pretensiones, procedemos a desentrañar el intríngulis. En esa dirección, es oportuno memorar lo siguiente:

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 22 define el contrato de trabajo como: *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y remuneración*[1]*"*.

A su turno, el artículo 23 del mismo estatuto, exige para que exista contrato que concurran como elementos esenciales, la actividad personal, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución del servicio; requisitos de cuya demostración depende el éxito de las pretensiones, los cuales, por expreso mandato del artículo 51 del CPTSS, pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba que se halle establecido en la ley.

[1] *ART. 22. DEFINICION DE CONTRATO DE TRABAJO. 1º. Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.*
2º Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma salario.

No obstante, lo anterior, cumple precisar que en materia laboral el trabajador tiene una ventaja probatoria respecto del empleador, consistente en que demostrada la "prestación personal del servicio" material o inmaterial, opera a su favor la presunción legal regulada en el artículo 24 del C. S. del T., la cual de todas formas es necesario probar pues no es suficiente la sola enunciación o afirmación que de ella se haga.

Por lo tanto, la actividad probatoria de quien la alega, debe conducir al fallador por lo menos a la certeza de la efectiva prestación personal del servicio, dado el efecto que aflora frente a la subordinación, pues jurisprudencialmente se ha dicho: " *en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal"*[2].

Así, a la parte demandante solo le basta demostrar la prestación personal del servicio para que opere la mentada presunción, y a la parte demandada desvirtuarla.

En el asunto bajo estudio, del extracto del itinerario procesal ya detallado, se advierte que la promotora del proceso pretende que se declare la existencia de una relación laboral con la parte demandada y que esta sea condenada a pagar las obligaciones laborales derivadas de la misma, entre tanto, la pasiva niega rotundamente cualquier vínculo laboral con el actor, contraponiendo a su favor la existencia de un contrato de arrendamiento en virtud del cual acepta una relación derivada estrictamente de un vínculo civil; por su parte la

[2] *C.S.J. Sala Laboral, Sentencia del 15 de febrero del 2011, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. Rad. 40273.*

falladora de instancia, encontró mérito para concluir que la razón se inclina a favor de la demandada.

Bajo este panorama junto a las reseñadas pautas legales y jurisprudenciales, pasa la Sala a determinar si en el *sub lite,* existió un contrato de carácter laboral.

En punto a lo anterior, al re examinar el caudal probatorio que milita en el plenario, se evidencia que para su comprobación al proceso se allegaron pruebas documentales y testimoniales.

Forman parte de las primeras en lo pertinente:

1) Certificado de tradición del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 240-6515 correspondiente a una casa de habitación ubicada en Chachagüí. (Fl. 21 y ss del expediente)

2) Contrato de arrendamiento de una casa que hace parte de un inmueble de mayor extensión ubicado en el municipio de Chachagui, (Fl. 75 y ss del expediente)

3) Oficio fechado el 9 de mayo de 2019, mediante el cual se comunica a la demandante la terminación del contrato de arrendamiento (Fl. 79 del expediente)

4) Fotos ilegibles de la propiedad arrendada (Fls. 80 y 81)

Del análisis de estas documentales, se concluye que ninguna suministra elementos de juicio sólidos que permitan establecer la existencia de una relación de carácter laboral entre las enfrentadas en la Litis.

Desechadas la utilidad de estas probanzas para apoyar los reclamos, pasa la Sala a valorar las declaraciones rendidas por los testigos traídos al proceso a instancia de la parte demandante, ellos son: MARÍA DEL CARMEN MORENO, ANA MORENO CADENA y JOSÉ EDUARDO RAMÍREZ, en cuanto, al sustentar la alzada la opositora asegura que, estos son claros en establecer los extremos laborales, la prestación del servicio y todo lo relacionado con la labor encomendada. Veamos:

Luego de escuchar detenidamente las versiones rendidas por los citados deponentes, se extracta que sus dichos coinciden en que conocen a la demandante desde hace 15 años, porque son colindantes o vecinos del predio donde ella asegura haber laborado como conserje o mayordomo, que la veían desarrollando actividades de limpieza en general, arreglo del césped, cuidado de matas y podando árboles, además que cuidaba la finca para mantenerla; destacan ignorar si tenía salario, tampoco cuanto le pagaban; así mismo, concuerdan en que la **actora aún vive o está en la finca (se refiere a la fecha del testimonio 14 de octubre de 2021**), son armónicos al afirmar que en el predio habitaba además de ella, su esposo y tres hijos (dos niñas y un niño) y que el **esposo trabaja en construcción**.

De otro lado, **JOSÉ EDUARDO RAMÍREZ**, manifiesta **creer** que la demandante trabaja en la finca porque vive ahí; así mismo, **cree** que ella inicio en el año 2010, que recuerda este año porque fue en el que murió un primo y en la misma anualidad la conoció. **Afirma que ella lo contrato una vez para que ayude a podar y le pago por su servicio,** además que le dijo que los dueños de la finca la frecuentaban de vez en cuando.

ANA MORENO CADENA, dice desconocer si la demandante era trabajadora o arrendataria de la finca, que no sabe en qué fecha ingresó a la propiedad, aduce que esporádicamente iba a su finca, que no con frecuencia, pero cuando lo hacía se saludaban como vecinas.

MARÍA DEL CARMEN MORENO, sostiene que más o menos desde el año 2010 la ha visto en la finca. Se imagina que era el esposo el que solventaba las necesidades de ella y sus hijos; señala que aquella **todavía la ve en la finca, pero no trabajando porque consiguió otro empleo, se imagina, hace un año largo**.

Examinado a la luz de los artículos 60 y 61 del C.P.T. el haz probatorio, encuentra la Sala que no ostenta la contundencia que conduzca al convencimiento que la demandante prestó sus servicios personales a favor de la parte demandada, por las siguientes razones:

La demandante afirma haber laborado en la finca **de propiedad** de las demandadas, **desde el 22 de septiembre del 2010 hasta el 4 de marzo del 2019.** Del certificado de tradición de la misma, se verifica que desde el 9 de agosto de 2001 hasta agosto de 2008 fue propietaria CARMEN LILIANA ARCINIEGAS LÓPEZ; luego, por compraventa a partir del 11 de agosto de 2008 hasta enero de 2019, ostentó tal calidad SUANY ALEJANDRA TOBAR; y, a partir del 17 de enero de 2019, volvió a desplegar la propiedad CARMEN LILIANA ARCINIEGAS LÓPEZ, luce claro que la convocada GLORIA MARÍA DEL PILAR ARCINIEGAS, no figura como propietaria en ninguna época; que, SUANY ALEJANDRA TOBAR y CARMEN LILIANA ARCINIEGAS LÓPEZ, lo fueron en los periodos anotados en antelación, por tanto, si uno de los argumentos para reclamar el contrato realidad de trabajo es porque ellas fueron la propietarias de la finca, y por ende, las empleadoras, se genera una atmosfera de incertidumbre sobre cuál de ellas concretamente fungió como tal, si es que lo fueron dentro del tiempo que fungieron como propietarias, o si fueron todas paralelamente como afirma la actora; además, la forma en la que concertaron la relación laboral.

Del contrato de arrendamiento que reposa en el plenario se vislumbra que fue suscrito el 30 de marzo de 2017 por GLORIA MARÍA DEL PILAR ARCINIEGAS, actuando como mandataria de SUANY ALEJANDRA TOBAR, quien **tiene domicilio en Panamá**; y, JOSÉ SILVIO PINTA DE LA CRUZ y ADRIANA NARVÁEZ DIAZ, como arrendatarios, respecto de un bien inmueble **destinado para vivienda**, consistente en una casa, ubicada en la finca denominada LA ESPERANZA, del barrio el CHORRILLO del municipio de Chachagui (se describe de lo que consta Fl. 75); que en el mismo predio está la casa de la arrendadora (se describe de lo que consta); se precisa que en razón a que los arrendatarios lo han habitado por espacio de 5 años, mediante contrato verbal, estiman necesario solemnizarlo por 6 meses contados desde el 1º de abril hasta el 31 de septiembre de 2017 con opción de prorroga y que el canon de arrendamiento es de $ 100.000,00, conmutables por trabajos de conservación y mantenimiento al inmueble que ocupa la propietaria dentro del mismo bien.

Los testigos MARÍA DEL CARMEN MORENO, ANA MORENO CADENA y JOSÉ EDUARDO RAMÍREZ afirmaron al unísono que la demandante habita el inmueble con tres (3) hijos y el esposo, de igual manera, que este trabaja en construcción.

Para la Sala, se parte de la inexactitud respecto de las propietarias del inmueble donde la demandante afirma haber prestado sus servicios como conserje y mayordomo, del contenido del contrato de arrendamiento y de la aseveración de los deponentes, para iterar que, no logró acreditar de manera fehaciente la actividad personal al servicio a favor de las convocadas, pues, lo que denotan estas probanzas es que, la familia conformada por la demandante, esposo e hijos, disfrutaban el inmueble como vivienda, -*incluso que hasta la fecha del fallo de primera instancia, lo siguen haciendo porque así lo sostuvieron los testigos en la audiencia que aquel se dictó;* que acorde con el contenido del referido contrato, aceptado de manera libre y voluntaria por los

arrendatarios, lo venían haciendo desde el año 2012; y que pese a que se pactó un canon de arrendamiento de $ 100.000,00, este era conmutado con la conservación y el mantenimiento del mismo, actividad que desarrollaba la demandante, mientras su esposo se dedicaba a la construcción, trabajo con el que a buen seguro, velaba por la manutención dela familia.

Por lo anterior, si bien es cierto los testigos dijeron haberla visto realizando labores de aseo, y mantenimiento general, aseveraciones que perfectamente pueden tenerse como ciertas, dado que en ultimas, encuentran correspondencia con el compromiso adquirido al suscribir el contrato, pues salta a la vista que, lo que hacía era cumplir lo acordado; naturalmente, no es extraño que se dedique a asistir el bien donde se alberga con su familia.

Además, la actora contaba con autonomía en disponer la contratación de una tercera persona para la poda del prado y pagando por tal servicio, como en efecto, lo hizo con el señor José Eduardo Ramírez, quien atestiguó este hecho, luego entonces, si supuestamente ella estaba contratada laboralmente para ejercer laborales de cuidado y mantenimiento, resulta contradictorio que acuda a otra persona para que hiciera su trabajo. Así, emerge otro elemento que coadyuva descartar que prestó una labor subordinada.

Respecto al supuesto salario devengado de $ 100.000,00, durante toda la relación laboral, esto es, entre septiembre de 2010 y marzo de 2019, como se afirma en la demanda, para este juez plural, resulta extraño que una persona, que considera que tiene un vínculo laboral contractual, lo haga durante casi nueve (9) años, prácticamente sin recibir contraprestación, pues dicho valor a más de resultar irrisorio, su pago no se materializaba, pues quedaba compensado con el servicio del mantenimiento de la finca, -*que valga decir, es utilizada como vivienda,*- a la postre, sin ningún perfil de producción agropecuaria o ganadera, pues en el mundo de los hechos, la vivienda servía en realidad para el albergue de toda una toda una familia.

De otro lado, afirma la promotora del juicio que el 4 de marzo de 2019, le fue terminado el contrato de trabajo en forma unilateral y sin justa causa, no obstante, se echa de menos alguna evidencia que sirva para ratificar tal manifestación, por ende, esto sirve de hilo conductor para decir, que si no hubo contrato de trabajo, tampoco se presentó un despido; lo que sí aparece acreditado es que mediante misiva del 9 de mayo de 2019, se informó a los arrendatarios JOSÉ SILVIO PUNTA DE LA CRUZ y ADRIANA NARVÁEZ DIAZ, la decisión de dar por terminado del contrato de arrendamiento, frente a lo cual han hecho caso omiso, en tanto, continúan viviendo en el inmueble, tal como lo sostuvieron los testigos.

Ahora, si en gracia de discusión, y revelándonos con el contenido objetivo de los los medios de prueba, diéramos por sentada prestación personal del servicio, no se erigen elementos de juicio categóricos, en punto de establecer con exactitud a favor de cuál de las convocadas se efectuó la misma; tampoco las probanzas, son aptas, para determinar con nitidez los extremos temporales dentro de los cuales se desarrolló el alegado contrato de trabajo.

Lo anterior, porque además, que –*como se vio en precedencia*- solo es parcialmente cierto el tema de la propiedad del inmueble encabeza de las demandadas, aflora una situación adicional que afianza la ambigüedad frente a la calidad de empleadores de las accionadas; esto es, lo expuesto por la propia demandante en en su interrogatorio de parte, respecto a que, ella llegó a trabajar a la propiedad en cuestión, porque el señor FRANCISCO GARZÓN la llevó a realizar las actividades y que él fue quien se comprometió a hacerle algunos pagos por las tareas, que esto ocurrió desde el 22 de septiembre del 2010, precisando que él era arrendatario, dicho que se acredita con el contrato de arrendamiento visible a folio 71 del expediente; es de destacar que también sostuvo que cuando inició su contrato, no lo hizo con las demandadas, sino con el señor Francisco Garzón. Luego, la versión directa de la promotora del

juicio, se redarguye en su contra, al enquistar elementos exóticos al debate, desnudando indicios de mentira que terminan socavando los supuestos de hecho que invocó en el libelo inaugural.

El cúmulo de inexactitudes, imprecisiones o ambigüedades, derivados de los medios probatorios impiden que este Colegiado pueda arribar a conclusión distinta de la que extrajo la falladora de instancia, por tanto, ante la realidad procesal descrita, se torna innecesario entrar a desarrollar estudios adicionales para concluir que no existen motivos atendibles para quebrantar la providencia apelada.

4. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del CGP, al resultar vencida la parte recurrente en esta instancia, se impone condenarla en costas. Se fijan las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

IV. DECISIÓN:

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

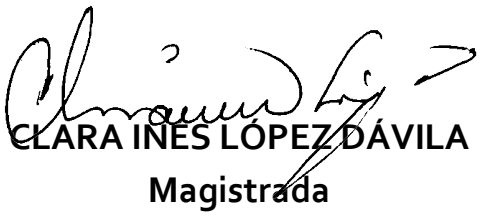
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia, proferida el14 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ADRIANA NARVÁEZ DIAZ contra SUANY ALEJANDRA TOBAR, CARMEN LILIANA ARCINIEGAS y GLORIA MARÍA DEL PILAR ARCINIEGAS.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INES LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrada

Tribunal Superior del Distrito Judicial de PastoSala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso	Ordinario Laboral
Radicación	520013105002-2019-00337-01(512)
Juzgado de primera instancia	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante	Ana Cristina Rodríguez Meza
Demandados	- Porvenir S.A. - Colpensiones - Protección S.A.
Asunto	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.:	239

I.ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 5 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

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

pensional efectuado al RAIS Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., y de HORIZONTES PENSIONES Y CESANTIAS a PORVENIR S.A.; que en consecuencia se condene a COLPENSIONES a acogerla como afiliada y recibir de PORVENIR S.A. todas las cotizaciones realizadas para pensiones a su nombre en el RAIS, desde el 1º de mayo de 2000 hasta la fecha efectiva del retorno al RPM, con capitalización, indexación e intereses de mora, el bono pensional recibido del I.S.S. hoy Colpensiones y de las Cajas de Previsión a las cuales estuvo afiliada; adicionalmente que se condene a Porvenir a pagar perjuicios materiales y morales y las costas del proceso.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 23 de diciembre de 1966, que prestó sus servicios y realizó cotizaciones en los tiempos que relacionada en la tabla anexa al hecho segundo; que la AFP SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., sin brindarle información idónea, adecuada, ni las consecuencias del traslado en material pensional, promovió el mismo al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de mayo de 2000; que en las mismas condiciones fue trasladada de esta entidad a HORIZONTE S.A. y finalmente a PORVENIR S.A., fondo que le realizó simulación de la prestación indicativa que al cumplir 57 años obtendría una pensión de $ 781.242 en el evento de seguir cotizando el 100% del tiempo; indica que hasta julio de 2018 cotizó un IBC de $ 5.063.296,00, por lo que con el RPM alcanzaría el 55% del IBC, que nunca tuvo conocimiento que con el traslado perdía los beneficios del Régimen de Transición; que los fondos privados omitieron información, sesgando y tergiversando las consecuencias de su traslado al RAIS. Elevo petición de reingreso a Colpensiones sin obtener respuesta,

2. Contestaciones de la demanda.

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

Por conducto del mismo apoderado judicial, en similar sentido al contestar la demanda frente a los hechos aceptaron y negaron unos y dijeron no constarle y que deben probarse otros. Se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, bajo la egida que la ineficacia es imposible porque tiene plena validez, dado que fue una decisión voluntaria, autónoma y libre de la demandante, quien habiendo tenido la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo. Que suscribió el formulario de traslado de manera libre, consciente y voluntaria, a ING

SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 25 de marzo de 2000, con efectividad desde el 1º de abril de 2000; a, HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR el 10 de noviembre de 2001 con efectividad desde el 1º de enero de 2002. Afirman que, para la fecha de solicitud de traslado, proporcionaron toda la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; además que la actora contaba con diferentes canales a través de los cuales podía analizar la información sobre las disposiciones legales que regulan la pensión de vejez en el RAIS. Formularon como excepciones de fondo las de Buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, inexistencia del daño e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa.

-**DE COLPENSIONES.**

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó y negó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen tiene plena validez, porque fue aprobado por la demandante; que no existe prueba que permita acreditar que hubo engaño, vicio del consentimiento o falta de información por parte de la AFP del RAIS; que no es posible el traslado de régimen en cuanto la solicitud la realizó cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder de la pensión. Señala que actuó de buena fe, que no ocultó información para que la demandante decidiera trasladarse, que es obligación de los fondos del RAIS demostrar que garantizaron los derechos de la demandante, para establecer si el contrato de afiliación es ineficaz. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas, falta de legitimación en la causa por pasiva.

-Del MINISTERIO PÚBLICO.

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

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 5 de noviembre de 2021, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS por o que siempre permaneció en el RPM conservando todo sus beneficios; **ii)** No probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de lo ahorrado por la demandante 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., y que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de Colpensiones S.A. la que deberá recibir las sumas de dinero por los anteriores conceptos. De igual manera, condenó a esta entidad y a PROTECCIÓN S.A., a devolver, proporcionalmente, a COLPENSIONES, el porcentaje de gastos de administración, en que incurrieron respecto de las cotizaciones de la accionante, durante el tiempo que estuvo afiliada en los fondos privados, **debidamente indexados**. Finalmente condenó en costas a Protección S.A., a Porvenir S.A. y a **Colpensiones**

Se apoyó en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde se ha dejado sentado que el traslado resulta ineficaz cuando las AFP no cumplen con el deber de información sobre las incidencias, ventajas, desventajas que puede conllevar el cambio de régimen de ahorro individual con solidaridad; para luego, sostener que del examen conjunto de los medios de prueba las entidades del RAIS demandadas, omitieron el deber que tenían de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado de la demandante del I.S.S., hoy Colpensiones a los fondos privados de pensiones; que los asesores de las convocadas no realizaron un estudio individual, de las condiciones particulares de aquella, ni presentaron soportes o cálculos aritméticos para determinar, las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el RPM y en el RAIS. En fin, que no le brindaron la información en los términos de la jurisprudencia especializad y por ello procede la ineficacia del referido traslado,

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

El apoderado judicial de estas entidades, con el propósito de derruir la sentencia de primer grado, manifiesta respecto de Protección S.A. que no tuvo nada que ver con la negación del último traslado que la actora solicito del RAIS al RPM, y ya no tienen vínculo jurídico; además que cuando decidió cambiarse a Porvenir S.A., entregó los rendimientos y todo lo ahorrado, por lo que nada adeuda a la fecha. Por lo anterior solicita que se revoque la decisión y la condena en costas.

También procura que se revoque la sentencia respecto de Porvenir S.A., dice que tiene una grave contradicción, con fundamento, *-en lo esencial-* en que se declara que la afiliación al RAIS es ineficaz, y por lo tanto no produjo ningún efecto, sin embargo, ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros y la comisión de administración. Enfatiza que, al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos. Que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos en que el artículo 1746 del CC; agrega que en este caso por lo menos debería reconocerse a favor del fondo los gastos de administración.

De otro lado, pide que se acceda a la excepción de prescripción, en cuanto si se trata la vinculación y afiliación de la demandante como un negocio jurídico civil y así se manejó durante el proceso, la misma debe prosperar.

También discrepa de la condena en costas respecto de Porvenir S.A., argumentando que no solo son improcedente, sino excesivas, puesto que no solo ha obrado de buena fe y con apego a la constitución y la ley, sino que ha obrado conforme las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión frente a las razones por las que no debe aceptarse el traslado; y, enfatiza que no se encuentra habilitada para aceptar el traslado de la demandante porque no hizo uso del derecho de migrar entre diferentes

regímenes en los términos de ley, que esta situación encuentra sustento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual aceptar los traslados por fuera de los términos establecidos por la ley lesiona la planeación en la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional.

Sostiene que no se encuentra acreditada la falta de información o vicios del consentimiento que se atribuye al RAIS; que, si bien las administradoras tienen el deber de información, también los consumidores financieros tienen la obligación de informarse y obtener asesoría sobre lo que más le convenga en materia pensional. Que la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS, se colige porque promovió traslados entre diversas administradoras de este régimen.

Cuestiona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, aduciendo que no puede aplicarse en forma genérica y sin ninguna ponderación, que debe aplicarse de acuerdo a las particularidades de cada evento; y, con apoyo en un salvamento de voto[1], arguye que la declaratoria de ineficacia solo procede cuando el traslado causa perjuicios, y en este caso no se configuran.

Por última, procura la revocatoria de la condena en costas, arguyendo que la entidad no intervino dentro del trámite del traslado, además que la actora no demostró que solicitó asesoría al respecto para retornar a Colpensiones y que el fondo al cual estaba afiliada dio cuenta que la afiliación era eficaz y no se acreditó vicios en el consentimiento.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual, hicieron uso la demandante, Colpensiones, Porvenir S.A. y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

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

[1] Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno respecto de la sentencia de la Corte de Suprema de Justicia SL 1452 del año 2019 radicación 68852. Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas

edificó la misma.

Las demandadas, en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada.

El Ministerio Público, sostiene que es claro que por parte de las AFP, no se suministró la información completa, necesaria y suficiente para que el traslado se repute como libre y voluntario, o por lo menos no se demostró en este proceso, razón por la cual la ineficacia del traslado es procedente, pues era obligación del fondo de pensiones brindar la información pertinente y no pretender que sea la misma afiliada la que busque la asesoría, de suerte que la inactividad o silencio de la afiliada no puede ser considerado como aceptación de las condiciones, pues el obligado a desplegar los deberes de cuidado es el fondo de pensiones. En cuanto a la condena en costas, previas consideraciones conceptúa que frente a Porvenir es acertada y debe confirmarse y respecto de Colpensiones que es improcedente y debe revocarse.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

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

2. Problemas jurídicos.

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

¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado del demandante al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

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

¿Es ajustado a derecho disponer que como efecto jurídico de la ineficacia del traslado al RPM se ordene el traslado al RPM de los rendimientos financieros y gastos de administración?
¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?
¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a las demandadas Porvenir, Protección y Colpensiones?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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

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

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

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

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

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

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

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019*:*

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones[2], que la accionante cotizó aportes para pensión en esta entidad desde el 15 de febrero de 1991 hasta el 30 de abril de 2000, por lo que se encuentra acreditado que estuvo vinculada al RPM, en correlación con el certificado de Asofondos[3] del que se extracta que en virtud del traslado de este régimen administrado por Colpensiones, pasó primigeniamente a AFP ING (Hoy Protección S.A.), ulteriormente de este fondo a la AFP Horizontes, conforme el formulario de afiliación visible a folio 44 del archivo 01 individual; y, el 1º de enero de 2014 en virtud a la cesión por fusión quedó afiliado automáticamente en Porvenir S.A.

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

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

Al no haberse demostrado la debida asesoría y el suministro de información tanto de los alcances positivos como negativos del traslado, tales, beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría

[2] Fl. 33 y siguientes archivo 01
[3] Fl. 184 archivo 01

recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario mermas, o la pérdida del régimen de transición por ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

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

Tal determinación **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No.78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A Quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, acogiendo la inversión de la carga de la prueba con sujeggción de los precedentes de la jurisprudencia especializada, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto; sin embargo, teniendo en cuenta que entre Colmena AIG hoy Protección S.A. y Horizontes Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., operó un

nuevo traslado y el cognoscente guardó silencio al respecto, deviene la modificación del numeral primero, en el sentido de declarar también la ineficacia del traslado entre estos dos fondos del RAIS.

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

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada[4], la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

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

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

[4] CSJ SL-1688 de 2019.

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

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

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

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el

RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados[5].

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

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

Recapitulando, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por Porvenir S.A. y Protección S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros y proporcionalmente al tiempo en que la promotora del juicio estuvo afiliada en cada AFP, los gastos de administración indexados, sin que, sea de recibo la sustentación con la que el censor pretende desligar a Protección de asumir este compromiso, como quiera que, dentro del proceso no se evidencia prueba alguna que demuestre que al gestionar el traslado de la afiliada a Porvenir S.A., dentro de los valores remitidos se haya incluido el porcentaje correspondiente a tal concepto.

Adicionalmente, por vía de consulta a favor de Colpensiones, la Sala ordenará a PORVENIR S.A., devolver comisiones, el porcentaje de los seguros

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

previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, "*los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen*" como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se adicionará y modificará la sentencia frente a la orden de devolver dichos conceptos. Para el efecto ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar la accionante en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea él, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, en consecuencia, deviene plausible la decisión del Juez A Quo, que estableció que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido el pretendiente en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos.

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

En lo concerniente al reproche que hace Colpensiones, respecto de la condena en costas, las mismas se revocarán, pues siendo respetable la reflexión del A quo para emitir tal condena a cargo de esta entidad, este Colegiado se distancia de la misma, al considerar que, como lo asegura el apoderado de esa entidad, no tuvo injerencia en el traslado del actor, y además en sede administrativa tampoco tenía la facultad de acceder a la declaratoria de ineficacia, pues nótese que esa decisión surge como consecuencia de un proceso declarativo en el que se analizaron los presupuestos para su procedencia, en consecuencia, se impone revocar parcialmente el numeral quinto de la sentencia apelada.

De la excepción de prescripción, en lo que atañe al reparo que presentan las accionadas Porvenir y Protección, tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa este Colegiado ya tiene sentado su criterio frente a la improsperidad del mismo, como quiera que la línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, los argumentos traídos a instancia de esta recurrente no encuentran eco en esta instancia, en consecuencia se secunda la decisión de primer grado de declarar no probada la precitada excepción.

Frente a las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de **imposibilidad de condena en costas** que por las razones expuestas delanteramente se declarará probada, no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió. Es de precisar que la prosperidad de dicho medio exceptivo, es únicamente respecto de las costas de primera instancia.

5. Costas

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 mismas y a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, para cada una de las administradoras del RAIS y de 1 smlmv, esto es $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, dada la prosperidad parcial de su alzada.

Condena que será liquidada de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el artículo 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- ADICIONAR y MODIFICAR los numerales **primero y tercero** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 5 de noviembre de 2021, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última, dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió ANA CRISTINA RODRIGUEZ MEZA, los que en su orden quedarán así:

> ***"PRIMERO:*** *DECLARAR la ineficacia del traslado de ANA CRISTINA RODRIGUEZ MEZA, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 27.433.278, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA AIG hoy PROTECCION S.A.; así como el traslado realizado entre ésta AFP y Horizontes Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A."*
>
> ***"TERCERO****.- **CONDENAR** a las **SOCIEDADES AMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y PROTECCION S.A.,** a devolver ante **COLPENSIONES**, el porcentaje de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, así como, las comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y garantía de pensión mínima en que se hubiere incurrido respecto de las cotizaciones de la actora, durante el tiempo en que hubiere permanecido en cada uno de los fondos privados, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique".*

SEGUNDO. – REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia, para **DECLARAR** probada la excepción de fondo propuesta por COLPENSIONES denominada "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS", y no probados los demás medios exceptivos formulados por esta entidad y las demás convocadas. Se precisa

que la prosperidad de dicho medio exceptivo, es únicamente respecto de las costas de primera instancia.

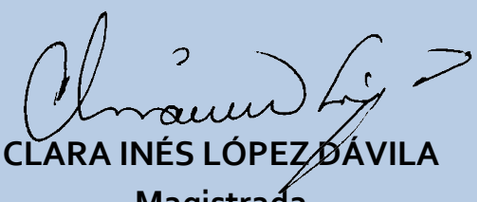
TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a Colpensiones de la condena impuesta por concepto de costas procesales. En lo demás, queda incólume.

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

QUINTO.- CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, para cada una de ellas y 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.

SEXTO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Lay 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2019-00366-01 (506)
Juzgado de primera instancia:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Fanny Marcela Acosta Narváez
Demandado:	SaludCoop Clínica Los Andes
Asunto:	Revoca parcialmente y adiciona sentencia apelada
Acta No.:	242

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere sentencia escrita que resuelve los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la parte demandante y por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia dictada el 23 de julio de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso reseñado.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Procura la demandante que se declare que con la demandada existieron dos contratos de trabajo a término fijo; **el primero**, con vigencia del 15 de septiembre de 2016 al 14 de septiembre de 2017, pero terminó anticipadamente el 14 de agosto del mismo año, sin justa causa, en consecuencia, frente a esta relación laboral, procura el pago de salarios, prestaciones sociales por todo el tiempo laboral, vacaciones; además, indemnizaciones por no pago de intereses a las cesantías, por despido injusto, por no pago de prestaciones a la terminación del contrato; y, **el segundo,** del 22 de noviembre de 2017 al 21 de noviembre de 2019; que fue terminado sin justa causa el 31 de diciembre de 2018, consecuencialmente, respecto de este contrato pide se condene a la pasiva a pagarle, debidamente indexado, recargos *(sic)* de diciembre de 2018, salario de la 2ª quincena de abril de 2018, vacaciones, cesantías, Intereses a las cesantías, indemnizaciones por no pago intereses a las cesantías, por despido injusto y, sanción moratoria (Art. 65 CST).

2. Hechos

En síntesis, manifiesta la accionante que se vinculó como auxiliar de enfermería de SaludCoop Clínica los Andes S.A., el 15 de septiembre de 2016, por un término de 3 meses, el cual se prorrogó hasta el 14 de septiembre de 2017, sin disfrutar de vacaciones; que se desempeñó como auxiliar de enfermería, con salario durante toda la relación laboral de $1.036.954,00 incluyendo todos los factores. Que por falta del pago oportuno de salarios renunció el día 14 de agosto de 2017, sin que la empleadora le cancele las prestaciones y derechos laborales de ley.

Indica por necesidad el 22 de noviembre de 2017, suscribió otro contrato a término fijo, bajo los mismos términos del anterior, el que en virtud a prorrogas automáticas perduró hasta el 21 de noviembre de 2019, que tampoco disfrutó de vacaciones y recibió una asignación promedio mensual de $1.100.000, trabajando dominicales, festivos y horas extras; que debido a la falta de pago oportuno renunció el 30 de diciembre de 2018, faltando 10 meses y 21 días para la terminación de su contrato. Que a la terminación de este contrato se adeudan entre otros conceptos, recargos, vacaciones, cesantías, prima de servicios, prestaciones y demás, que no han sido pagadas.

Da cuenta que reclamó el pago de sus derechos laborales y copia de los contratos y documentos que acrediten el pago de lo adeudado, que ante la falta de respuesta interpuso acción de tutela, en la que declaró carencia actual de objeto por hecho superado, dado que la entidad dio respuesta a la petición, empero a la fecha de presentación de la demanda la no ha cancelado las obligaciones laborales.

3. Contestación de la demanda.

La entidad demandada contestó la demanda, aceptó unos hechos, negó otros y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que no desconoce la relación laboral, pero que la misma terminó de manera unilateral y voluntaria por parte de la trabajadora; que mediante depósito judicial le canceló totalmente lo adeudado, por ende, nada le debe; que la falta de pago oportuno no ha sido por mala fe, sino por situaciones ajenas a la voluntad de la entidad, generadas por dificultades administrativas a las que se enfrentó desde al año 2014. Formuló como excepciones las de inexistencia de la obligación, pago, compensación, carencia actual de objeto por sustracción de materia y la innominada.

4. Decisión de primera instancia.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, puso fin a la primera instancia, en sentencia del 23 de abril de 2021, en la que declaró: i) que entre las partes existieron dos contratos de trabajo entre el 15 de septiembre de 2016 y el 14 de agosto de 2017; y entre 22 de noviembre de 2017 y el 30 de diciembre de 2018; ii) probadas parcialmente las excepciones planteadas por pasiva denominadas inexistencia de la obligación y pago y no probadas las demás.

En consecuencia condenó a la demandada a pagar a la accionante, por el primer contrato la suma de $699.605,00 por diferencia de acreencias laborales y $737.717,00 por de indemnización por despido indirecto; por el mismo concepto, respecto del segundo contrato laboral $8.359.289,00 y a pagar las costas del proceso. La absolvió de las demás pretensiones.

Como fundamento de esta decisión dejó en claro que no hubo discusión frente a la existencia del contrato de trabajo, bajo esta premisa, apoyada en los medios de prueba, estableció los extremos temporales de la relación laboral, que la demandada no satisfizo oportunamente las acreencias sociales obligando a la actora a renunciar a su desempeño laboral por dos ocasiones y estos eventos concuerdan con los efectos adversos que debe soportar la pasiva por no concurrir el representante legal del accionada al interrogatorio de parte. En cuanto a las acreencias laborales, tras verificar la existencia de consignaciones efectuadas por la empresa demandada a órdenes del juzgado y la entrega de los valores, precisó que, conforme a la liquidación efectuada por el Juzgado se encuentra que aún existe un saldo pendiente por pagar, habida cuenta, que los valores entregados cubren la suma equivalente a la liquidación del segundo contrato de trabajo y tan solo una parte del primero, no encontrándose satisfecho este en su totalidad. Fundada en los artículos 57

y 62 del CST y los medios de prueba acopiados al proceso, infirió acreditada la justa causa para dar por terminada la relación laboral por parte de la promotora del proceso, enfatizando que la empleadora no satisfizo a tiempo las acreencias sociales. No encontró mérito para condenar por indemnización moratoria, bajo la egida que el retardo y ausencia de los salarios y prestaciones reclamadas por la accionante no se derivaron de la mala fe del empleador.

5. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las enfrentadas en el litigio, sustentando sus inconformidades en los siguientes términos:

La parte demandada.

Procura que se revoque la sentencia de primer grado, con tal propósito, de manera amplia y detallada expone las circunstancias que dieron lugar al incumplimiento de sus compromisos laborales, arguyendo que no fue su intención hacerlo, dado que siempre dependía de terceras personas, entre las que señala a algunas EPS, indicando las sumas de dinero que quedaron adeudándole; y, continúa explicando copiosamente las causas que dieron lugar a la liquidación de la entidad. Seguidamente - *con miras a determinar su reparo concreto frente a la decisión del A quo*-, sostiene que cuando terminó el primer contrato la actora conocía muy bien la situación de Clínica; que cuando ingresó a trabajar por segunda vez sabía por la contingencia por la estaba atravesando la entidad y por la que eventualmente podría volver a pasar ella; con base en esta afirmación, alerta sobre la posibilidad que haya vuelto a ingresar para poder renunciar y ahora sí bajo el título de un despido indirecto, conseguir las indemnizaciones que ahora reclama. Por último, procura que se tenga en cuenta la capacidad jurídica de la entidad por estar en proceso de

disolución y liquidación para ello, pide acudir al artículo 222 del Código de Comercio y la Ley 1116 del 2006.

La parte demandante.

Escuchado el discurso argumentativo de este extremo de la litis, se extracta que se aparta parcialmente de la decisión de primer nivel, controvirtiendo la decisión nugatoria de condenar por la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del CST y al pago de los salarios de una quincena de septiembre de las dos quincenas de octubre y la segunda quincena de diciembre de 2016; además, la segunda quincena de abril de 2018.

En cuanto a la sanción moratoria, luego de indicar que las pérdidas o condiciones financiera no las debe asumir el trabajador, manifiesta su desacuerdo con el criterio del cognoscente frente a la falta de mala fe de la demandada, arguyendo que si tenía el propósito de incumplir, porque aunque la demandante solicitó el pago de las acreencias, la entidad solo lo hizo como efecto de la demanda; además que el hecho de haber cancelado prestaciones a otros trabajadores que incluso salieron después que la accionante, es evidencia de la mala fe, pues esto implica que siempre tuvo la posibilidad de pagarle la liquidación, pero que no lo hizo, que hubo capricho al determinar a quién le pagaba y a quién no.

Frente al no pago de salario, sostiene que no existe ninguna prueba que acredite que la entidad cumplió con el mismo.

6. Trámite de segunda instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, admitido el recurso de apelación, se dispuso a correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual solo hizo uso la parte demandante.

En sus alegaciones ratifica que sus puntos de discordia tienen asidero en las pretensiones relativas a la sanción moratoria y al pago de salarios, frente al primero insiste bajo una serie de consideraciones de orden factico atribuyendo mala fe en el actuar de la entidad. Sostiene que, si bien de alguna manera y queriendo ser transigente (en exceso) se pudiera pasar por alto la indemnización del artículo 65 del C.S.T. respecto de la segunda contratación, no puede hacerse lo mismo ni correr la misma suerte la que correspondiere a la primera, como lo pretende el A quo, pues son pretensiones que se formularon por separado, de manera que la suerte la de una no necesariamente lo es de la otra, que no es lógico ni hay argumento para excusar que a un trabajador se lo obligue a renunciar por los incumplimientos en los pagos, pasen tres meses sin que se le pague su liquidación y se lo vuelva a contratar por poco más de un año, se le vuelva a quedar mal con los pagos; y frente al segundo punto, *en otras palabras*- reproduce los argumentos sobre los cuales insiste en el pago de los salarios que a su juicio están impagados.

Finalmente, añade que, al parecer, el A quo está dejando de lado las consecuencias que tiene para la entidad demandada, el que su representante no haya asistido a la audiencia para absolver el interrogatorio

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

III. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

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

2. Problema jurídico.

Analizados los discursos de los que sirven los disensos, los problemas jurídicos se circunscriben a establecer lo siguiente:

- ¿Indemnización por despido injusto a cargo de la pasiva se ajusta a la legalidad?

- ¿La entidad demandada carece de capacidad jurídica para ser parte en el proceso por virtud de su liquidación?

- ¿Existen suficientes elementos de juicio para establecer mala fe en el actuar de la demandada y el consecuente pago de indemnización moratoria (Art. 65 CST)?

- ¿Existe deuda pendiente por concepto de salarios?

3. Respuesta a estos interrogantes.

De la indemnización por despido injusto.

En el asunto bajo estudio el funcionario cognoscente, apoyado en el caudal probatorio acopiado al proceso, encontró mérito para condenar a la pasiva a

pagar indemnización por despido injusto indirecto. Este extremo de la litis, al sustentar la alzada, dedica gran parte de su discurso a dar a conocer todos los pormenores de la situación administrativa de la entidad, explicando en detalle las causas que originaron su liquidación; y, ya terminando su alocución, sin decir expresamente que discrepa de la condena por la referida indemnización, hacer alusión a la misma, lacónicamente advierte *-en otras palabras-* sobre la posible intención de la actora de haber suscrito un segundo contrato a término fijo, para luego renunciar y alegar despido indirecto.

En suma, para este Colegiado, aunque la sustentación de la alzada no es un ejemplo de claridad, del análisis de la misma, se evidencia que hace alusión al tema del despido indirecto, por lo que, en sano raciocinio se entiende que el reparo concreto que hace frente a la decisión de primer grado, está dirigido a atacar la indemnización derivada del mismo, por lo que se procede a su estudio y decisión para verificar si hay lugar, o no, a la condena por tal concepto.

Así entonces, antes de incursionar a los medios de convicción que obran en el plenario, conviene hacer las siguientes precisiones jurisprudenciales.

El 22 de febrero de 2022, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, emitió sentencia dentro del proceso con radicado 71700, en la que, al tratar la temática del despido injusto, trajo a colación algunos lineamientos de sus propios precedentes, para luego, en atención a los mismos, enfatizó:

"*…cuando se atribuyen diferentes conductas como justas causas para finiquitar el vínculo laboral, bien sea por parte del empleador, ora por el trabajador, no es necesario abordar el estudio de las demás, ya que, como lo ha adoctrinado la Corte, con la comprobación de una sola falta o motivo que sea grave basta para tener tal decisión como justificada.*

De otro lado, cuando una de las partes invoca una justa causa para finiquitar el contrato de trabajo, ya sea el empleador como el trabajador, ***tienen la obligación de informar a la otra parte, la causal o motivo de esa manifestación de voluntad****, sin que posteriormente pueda alegarse válidamente causales distintas.* ***Así mismo, el despido indirecto o auto despido producto de la decisión del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, modificatorio del artículo 62 del CST****; así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: «El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal B del art. 7 del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».* (Negrilla nuestra)

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos hayan sido comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador.

Sea oportuno señalar que si bien frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta; para el caso del despido indirecto, también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o motivos imputables al empleador; siendo importante acotar que el documento por medio del cual se finaliza la relación laboral invocando estas justas causas, simplemente «es declarativo de circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, más no, demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos» (CSJ SL, 22 oct. 1997, rad. 9826)."

Bajo esta pauta jurisprudencial, veamos si del haz probatorio obrante en el plenario se verifica la legalidad de la condena por indemnización por despido indirecto, en los términos reseñados pro la Corte, en esa dirección, para lo que interesa a este a este puntual aspecto, se encuentra lo siguiente:

-Oficio dirigido a la accionante, en el que se le informa la determinación de la empresa demandada, de darle continuidad al contrato que vencía el 14 de junio de 2017[1].

-Carta de renuncia presentada por la demandante ante SaludCoop Clínica los Andes el día 18 de agosto de 2017[2], en la que puntualmente expresa:

"Presento mi renuncia el día 18 de agosto del presente año por motivos de atraso en los pagos ya que soy madre cabeza de familia donde mi sustento y el de mis hijos se están viendo afectados por esta situación".

-Carta de aceptación de la renuncia, en la que se discrepa de la motivación de la misma, argumentando, luego de advertir sobre la situación administrativa y económica de la entidad, que no es su querer incumplir con las acreencias laborales de sus trabajadores.[3]

-Contrato de trabajo a término fijo, con vigencia de tres meses, del 22 de noviembre de 2017 al 21 de febrero de 2018.[4]

-Carta de aceptación de la renuncia presentada por la demandante, a partir del 30 de diciembre de 2018.[5]

[1] Folio 51 expediente escaneado
[2] Ver folio 52 expediente escaneado
[3] Ver folio 53 del expediente escaneado
[4] Fl. 70 Cd. Escaneado
[5] Fl. 143 expediente escaneado

-Carta de entrega de liquidación definitiva de prestaciones sociales, con anexo de la misma.[6]

Del estudio integral de estos medios de prueba, encuentra este Juez Plural que, en lo concerniente al primer contrato a término fijo, la promotora del proceso, decidió darlo por terminado, exponiendo en la carta de renuncia como motivo de la misma "*el retraso en los pagos".*

Como se vislumbra, la motivación resulta inconclusa, dado que no determina en concreto a que retrasos se refiere; sin embargo, basta con evidenciar la comunicación mediante la cual se le acepta la renuncia para establecer que se trata de las acreencias laborales (en general), como quiera que, la empleadora, en esta misiva, además de aceptar la renuncia, expone las razones por las cuales ha incumplido con el pago de las mismas, situación que implica que, sin discusión acepta la causa que propició a que la accionante le pusiera fin al ligamen laboral contractual, luego entonces, la misma se encuentra demostrada, por ende hubo despido indirecto, por ello, en lo que concierne al primer contrato de trabajo, con atino el juzgador de instancia, impuso a cargo de la convocada condena por indemnización por despido de esa índole, dado que, con la omisión en el precitado pago, incurrió en la causal vertida en el numeral 8o del literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, modificatorio del artículo 62 del CST, en concordancia con el numeral 4º del artículo 57 ibídem, lo cual guarda correspondencia con lo dicho por la jurisprudencia especializa vista en precedencia.

En lo concerniente al segundo contrato de trabajo a término definido, dentro del cual, en apariencia, se perfilan circunstancias similares a las del primero, pues según lo dicho en el libelo inaugural, también la ex trabajadora, decidió ponerle fin por falta de pago oportuno, lo que daría lugar a considerar que al

[6] Fls. 144 y145

igual que en el primer contrato, operó el despido indirecto; no obstante, ello no es posible, pues luego de examinar la foliatura inmersa en el expediente, se echa de menos la carta de renuncia presentada por la demandante; y si bien es cierto, debe entenderse que la misma existió, pues de lo contrario no habría documento de aceptación, como en efecto existe y obra en el plenario a folio 143, esta evidencia *per se,* no sirve para determinar la motivación que se invoca para la dejación del cargo que ocupaba al servicio de la demandada, máxime cuando se encuentra totalmente ilegible, en consecuencia, forzoso es concluir que, en el sub lite, la activa se divorció del principio de autorresponsabilidad probatoria (Art. 167 CGP), y a la postre, no acreditó que cumplió con la obligación de informar al empleador, la causal o motivo de tal determinación, siendo así, a juicio de este Tribunal, la condena por despido indirecto de la última relación laboral, no se ajusta a la exigencia contemplada en el parágrafo del literal b) del artículo 62 del CST.

Así las cosas, se impone revocar parcialmente el numeral segundo de la sentencia apelada, por consiguiente, se levanta la condena a la indemnización por despido indirecto del segundo contrato laboral, esto es, la suma de $ 8.359.289, 00.

De la capacidad de la demandada.

En cuanto a la pretensión de la pasiva, tendiente a que se desconozca su capacidad jurídica por estar en proceso de liquidación, no entrará la Sala en mayores consideraciones, para decir que no le asiste razón, pues de acuerdo con el artículo 222 del Código de Comercio, la disolución y posterior liquidación de una sociedad implica la imposibilidad de seguir desarrollando su objeto social y de adquirir nuevas obligaciones, pero no pierde la capacidad jurídica para continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al

tiempo de la disolución, mientras que su representante legal será el liquidador. Significa lo anterior, que una sociedad en liquidación a través de su representante y/o liquidador, posee capacidad jurídica para comparecer en juicio en calidad de demandante o demandada.

De la sanción moratoria.

Se duele la demandante porque no se condenó a la accionada a pagarle indemnización por sanción moratoria. Al respecto, resulta importante señalar que la sanción moratoria se encuentra prevista en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y procede cuando el empleador a la terminación del contrato no haya pagado al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo en los casos de retención autorizados por la ley, o por convenio de las partes; sin embargo, su aplicación no es automática, por ello, es deber del juzgador analizar en cada caso, la conducta que asumió el empleador, las circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación laboral en armonía con las probanzas allegas al expediente.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 991 del 23 de marzo de 2022, recordó que en la sentencia SL 8216 de 2016, asentó:

"… la Sala ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción".

Bajo estas coordenadas, luego de analizar la conducta de la demandada, secunda la Sala la decisión del A quo en tanto negó la condena por indemnización moratoria (Art. 29 de la Ley 789 de 2002), al encontrar probado que no hubo mala fe, habida cuenta, que la situación calamitosa por la que atravesaba la pasiva, que incluso no lo controvierte la convocante en el trámite del juicio, se gestó trascendentalmente, por la conducta de terceras personas, tal cual se deriva de la cartera morosa que no pudo zanjarse, a pesar de las diligencias encaminadas a su saneamiento; y, en efecto el trámite administrativo desplegado por el Ministerio del Trabajo, derivado de las irregularidades en el pago de salarios de los trabajadores, tal como se vislumbra en el acto administrativo visible a folios 232 y siguientes del cuaderno escaneado, arrojó como resultado que la demandada no incurrió en conductas que ameritaran sanción, al considerar que la deficiencia en los pagos de acreencias laborales, se produjo debido a las decisiones tomadas por la Superintendencia Nacional de Salud con respecto a SaludCoop EPS., Café salud EPS., y Medimás EPS., puesto que las dos primeras no lograron ponerse al día en el pago de las acreencias generadas por la prestación de servicios a su favor, concluyendo en esa oportunidad que tales omisiones no se debieron a mala fe del empleador; de donde se sigue, que fueron causas extraordinarias las que suscitaron la hecatombe económica que neutralizó el pago de las acreencias laborales de su planta personal, y aunque la demandante le endilga a su ex empleadora de haberla discriminado privilegiando el pago a otros trabajadores, lo cierto es que esa afirmación deambula aislada en el plenario, en la medida que carece de soporte probatorio, de modo que esa aseveración no engendra efectos vinculantes.

Aunado a lo anterior, para el caso específico que ahora ocupa la atención del Tribunal no se observa que el no pago oportuno de la liquidación final a la accionante se perfila injustificado. Las diligencias agotadas por la pasiva en procura de recuperar la cartera morosa sin éxito, revela que no ha tenido ninguna intención en birlar créditos laborales a la promotora del juicio. Es

más, el propósito de satisfacer los derechos laborales a la accionante también se constata con la liquidación de prestaciones sociales correspondiente al periodo comprendido entre 22 de noviembre de 2017 y el 30 de diciembre de 2018, que arrojo un valor de 2.037.326,00, (Fl. 224 Cd. Unido) el cual fue consignado mediante depósito judicial , tal como se acredita con el comprobante de pago emitido por el Banco Agrario de Colombia (Ver folio 246)

En armonía con lo anterior, se impone refrendar la decisión nugatoria frente a la sanción moratoria reclamada por la accionante.

Deuda pendiente por salarios.

Dentro de los reparos que hace la demandante está la absolución de la pretensión relativa al pago de salarios adeudados, precisando que la demandada aún tiene pendiente de pago los correspondiente a una quincena de septiembre, las dos quincenas de octubre, y la segunda quincena de diciembre de 2016; además, la segunda quincena de abril de 2018, añadiendo que no existe prueba del pago.

Aquí cabe aclarar que la accionante dentro del petitum del libelo inaugural, solicitó que se condene a la accionada a pagar todos los salarios que hasta la fecha de terminación del contrato no se pagaron y que no demuestre haber pagado.

La conducta procesal de las partes debe ser examinada por el juzgador pues la misma constituye un elemento orientador de la buena fe y de la lealtad procesal, así lo mandan los artículos 61 del CPT y 280 del CGP. Tales mandatos cobran importancia en el sub lite, al reparar que la parte demandante en el libelo primigenio, específicamente en los hechos de la demanda y las pretensiones, de manera vaga e indeterminada le enrostra a la convocada

soslayar el pago de salarios. Ese comportamiento procesal deviene impropio, pues trastoca el ejercicio del derecho de defensa, en la medida que la convocada desconoce a ciencia cierta cuál es el fundamento factico de un eventual requerimiento; y, se refuerza porque al postular la apelación la promotora del pleito, de manera detallada discrimina los periodos salariales impagados, esto es, una quincena de septiembre, dos quincenas de octubre y una quincena de diciembre de 2016; y; la segunda quincena de abril de 2018, respecto de los cuales, en particular no hubo pronunciamiento por la convocada, ni por el operador judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede desconocer el Colegiado, que ante una negación indefinida frente al pago de salarios como la que se advierte en los hechos del escrito genitor, a la luz del artículo 167 del CGP, se abre paso a patrocinar el reclamo que menciona la recurrente, toda vez, que brilla por su ausencia en el plenario su condigno pago, carga probatoria que en virtud de la citada norma, le incumbía a la entidad accionada y pese a que allegó sendas documentales que dan cuenta del pago de salarios que hacía a sus trabajadores, del examen de las mismas se constata que precisamente, no aparece el de los periodos cuyos pagos se duele en la alzada la actora; y, aunque como se dijo delanteramente, en la demanda no se discriminó a cuales salarios se refería, ello no era óbice para que, la demandada ante tal aseveración, procediera a contrarrestarla oponiendo las pruebas que dieran al traste con la misma, o lo que es igual, probando que durante todo el tiempo de la relación laboral, cumplió tal obligación, sin embargo, como no lo hizo, debe asumir el pago de los emolumentos objeto de reclamo.

Así, deviene procedente la adición de la sentencia, en el sentido de condenar a la demandada a pagar a la accionante, debidamente indexados hasta la fecha efectiva del pago, los salarios correspondientes a **quince días de septiembre, el mes de octubre y 15 días de diciembre de 2016**, esto con base en un salario de $ 736.800,00, el cual consta en el contrato de trabajo obrante

a folio 201 del cuaderno escaneado, debidamente suscrito por la demandante y que no fue tachado de falso por lo que constituye plena prueba. Así mismo, deberá pagar la **quincena del mes de abril de 2018**, pues, aunque en el plenario reposa constancia de pago de los salarios del año 2018, exclusivamente dicha quincena no figura pagada. Ahora, conforme a la última liquidación correspondiente al periodo comprendido del 22 de noviembre de 2017 al 30 de diciembre de 2018, se extracta que el salario equivalía a la suma de $1.096.404,00[7] por lo que sobre este monto deberá liquidarse dicho lapso, con indexación.

En el siguiente cuadro, se establecen los valores adeudados.

CONCEPTO ADEUDADO	SALARIO BASE	DIAS ADEUDADOS	VALOR ADEUDADO	INDEXACION		SALARIO INDEXADO
				IPC INICIAL	IPC FINAL	
Una Quincena Septiembre 2016	$ 736.800	15	$ 368.400	92,6781	116,2600	$ 462.139
Dos Quincenas Octubre 2016	$ 736.800	30	$ 736.800	92,6226	116,2600	$ 924.832
Una Quincena Diciembre 2016	$ 736.800	15	$ 368.400	93,1129	116,2600	$ 459.981
Una Quincena Abril de 2018	$ 1.096.404	15	$ 548.202	98,9069	116,2600	$ 644.383
TOTAL			**$ 2.021.802**			**$ 2.491.336**

En colofón, se condenará a la demandada a pagar por concepto de los salarios adeudados, la suma de $ 2.021.802, la que, indexada al 31 de marzo de 2022, arroja un total de $ 2.491.336, sin perjuicio de la que se siga causando hasta el pago total de la obligación.

COSTAS

Dada la prosperidad parcial de los recursos atendidos, no se abre paso condenar en costas en esta instancia.

[7] Ver folio 224 del expediente escaneado

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO-NARIÑO, SALA - LABORAL,** administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 23 de julio de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FANNY MARCELA ACOSTA NARVAEZ contra SALUCOOP CLINICA LOS ANDES S.A., para descartar del mismo la condena impuesta por concepto de indemnización por despido injusto del segundo contrato de trabajo a término fijo.

SEGUNDO. - ADICIONAR la sentencia apelada, CONDENANDO a la demandada a pagar a favor de la demandante por concepto de los salarios adeudados, conforme el cuadro aritmético incorporado en este proveído, la suma de $ 2.021.802, la que, indexada al 31 de marzo de 2022, arroja un total de $ 2.491.336, sin perjuicio de la que se siga causando hasta el pago total de la obligación

TERCERO. - CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen.-

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

(Con impedimento aceptado)
CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrada

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2019-00476-01(510)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Ruth Lasso Bolaños
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.:	240

I.ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

RUTH LASSO BOLAÑOS, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de la **AFP PORVENIR S.A.**; y, que continua afilada al RPM administrado por **COLPENSIONES,** que en consecuencia se ordena a la primera trasladar a la segunda, el saldo de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos causados, porcentaje de la garantía de pensión mínima y bonos pensionales a que hubiera lugar, además, que Porvenir S.A., asuma las mermas sufridas en el capital destinado a la pensión de vejez, los gastos de administración, todo indexado. También pide condena en costas a su cargo.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 21 de julio de 1962, cotizó al RPM desde el 25 de noviembre de 1986 hasta el 12 de enero de 2000; que en junio de 2000, le aprobaron el traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A. Narra que para esa época la Caja de Compensación de Nariño "Comfanariño" le informó que para el proceso de contratación debía trasladarle a dicha entidad, arguyendo que el I.S.S. se acabaría y que los aportes tenían el riesgo de perderse; además que un asesor comercial del mismo fondo la engaño porque no le puso en conocimiento las desventajas del traslado, ni le brindó asesoría sobre la realidad financiera de la pensión en el RAIS, por lo que la hizo incurrir en error para conseguir su afiliación.

2. Contestaciones de la demanda.

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

Al contestar la demanda frente a los hechos aceptó total y parcialmente unos y dijo no constarle otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que la vinculación a PORVENIR S.A. fue un acto válido en la medida en que la demandante suscribió el formulario de traslado a PORVENIR S.A., el 7 de enero de 2001 con efectividad a partir del 1º de febrero del mismo año, de manera libre, consciente y voluntaria. Afirma que, para la fecha de solicitud de traslado, proporcionaron toda la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; además que la actora contaba con diferentes canales a través de los cuales

podía analizar la información sobre las disposiciones legales que regulan la pensión de vejez en el RAIS, pero que no indagó para saber lo que lo convenía y solo después de 20 años demuestra la inconformidad de su decisión. Formuló como excepciones de fondo las de buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, inexistencia del daño e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa.

-**DE COLPENSIONES.**

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen tiene plena validez, porque fue aprobado por la demandante; que no existe prueba que permita acreditar que hubo engaño, vicio del consentimiento o falta de información por parte de la AFP del RAIS; que no es posible el traslado de régimen en cuanto la solicitud la realizó cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder de la pensión. Señala que Colpensiones no tuvo incidencia en el traslado de régimen, que es obligación de los fondos del RAIS demostrar que garantizaron los derechos de la demandante, para establecer si el contrato de afiliación es ineficaz. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas, falta de legitimación en la causa por pasiva.

-Del MINISTERIO PÚBLICO.

Expone que los hechos no le constan y se atiene a lo probado en el proceso; se opone a las pretensiones y, luego de hacer alusión a normatividad y jurisprudencia que regula el tema de la ineficacia de traslado, sostiene que la AFP demandada debe acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar de esa manera que el afiliado contara con los elementos de juicio necesarios para evaluar la

conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y de contera para que éste resultase válido.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 28 de octubre de 2021, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; **ii)** No probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar 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; y que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A., transferencia económica que se producirá a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados. Condenó en costas a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES.

Apoyado en basta jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, precisó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, que estuvo afiliada al RPM y se trasladó al RAIS, sin que la FP Porvenir S.A., cumpliera con el deber que tenía de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado de régimen de la que no acreditó haber entregado un estudio serio, claro y completo con información adecuada y cierta para que la actora hubiese optado por trasladarse al régimen de ahorro individual; y que, bajo estos parámetros es evidente que el engaño tiene su fuente en la falta de información, concluyendo la procedencia de la ineficacia del traslado.

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de estas entidades, con el propósito de derruir la sentencia de primer, manifiesta que no quedó establecido vicios en el consentimiento de la afiliada, pero sí, que fue una decisión informada y voluntaria, que tuvo la oportunidad de abstenerse. Que la falta de información que se invoca, obedeció a que no había norma que exigiera que existiera documentalmente y no se puede invocar como única razón porque existen otras circunstancias que pueden considerarse frente a la decisión de traslado, como laborales o académicas de la demandante, y que debe repararse las especificidad de cada proceso

Reprocha el acogimiento de la jurisprudencia especializada para aplicar el traslado de la carga dinámica de la prueba, porque se hace de forma general sin tener en cuenta las características de cada caso; que, tal acogimiento afecta el derecho de defensa y contradicción porque basta que la demandante diga que no se le dio información para justificar el traslado de la prueba, lo cual afecta el equilibrio procesal.

Esgrime que el fallo afecta el principio de congruencia; funda esta tesis sosteniendo que el A quo declaró que la afiliación al RAIS es ineficaz, y por lo tanto no produjo ningún efecto y según su apreciación, si esto fue así, tampoco se generaron rendimientos financieros ni se ha debido cobrar la administración por la producción de tales rendimientos, sin embargo, dijo que estos conceptos deben trasladarse, generando un desequilibrio que genera un enriquecimiento sin causa. Que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC.

Discrepa de la condena a apagar la suma que llegaré a faltar para que la demandante alcance su derecho a la pensión en el RPM, dado que es

evidente que en este régimen no se necesita monto específico de dinero, un mínimo de cotización de 1.300 semanas y que en el caso de la demandante cumplir 57 años será suficiente para acceder al derecho pensional, dado que lo único que podría faltar es el cumplimiento de las cotizaciones, ya que el IBL es igual en ambos regímenes.

Finalmente se opone a la condena en costas arguyendo que no solo resultan excesivas sino improcedente porque exceden los límites previstos por el acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura conforme al monto que debe fijarse, siempre ha obrado de buena fe, con apego a la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión frente a las razones por las que no debe aceptarse el traslado; y, enfatiza que no es posible aceptar el traslado de la demandante porque no hizo uso del derecho de migrar entre diferentes regímenes dentro de los periodos de permanencia obligatoria en los términos de ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y, que esa limitante tiene como fin garantizar la sostenibilidad del sistema pensional administrado por el RPM, para preservar el pago de mesadas futuras con sus reajustes. Alega que la actora no acredito que se informó sobre la decisión más conveniente frente a su pensión

Cuestiona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, que debe aplicarse de acuerdo a las particularidades de cada evento; y, con apoyo en un salvamento de voto[1], arguye que la declaratoria de ineficacia solo procede cuando el traslado causa perjuicios, y en este caso no se configuran.

Por última, procura la revocatoria de la condena en costas, arguyendo que la entidad no intervino dentro del trámite del traslado, además que la actora no demostró que solicitó asesoría al respecto para retornar a Colpensiones y que Porvenir determinó que dicho traslado era eficaz y no se acreditó la falta de información.

[1] Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno respecto de la sentencia de la Corte de Suprema de Justicia SL 1452 del año 2019 radicación 68852. Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Conforme lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual, hicieron uso Porvenir S.A., Colpensiones y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

Las demandadas en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada.

El Ministerio Público, trae a colación criterios jurisprudenciales para después disertar sobre la ineficacia del traslado de régimen, concluye que la AFP PORVENIR S.A., no suministró la información completa, necesaria y suficiente para que el traslado se repute libre y voluntario, o por lo menos no se demostró en este proceso, razón por la cual la ineficacia del traslado es procedente, pues era obligación del fondo de pensiones brindar la información pertinente y no pretender que sea la misma afiliada la que busque la asesoría, de suerte que la inactividad o silencio de la afiliada no puede ser considerado como aceptación de las condiciones, pues el obligado a desplegar los deberes de cuidado es el fondo de pensiones. Enfatiza que por lo anterior, no son válidos los argumentos de las recurrentes y, exhorta por la confirmación de la sentencia recurrida, acotando que debe modificarse para ordenar la devolución de los gastos de administración indexados. En cuanto a la condena en costas, previas consideraciones conceptúa que frente a Porvenir es acertada y debe confirmarse y respecto de Colpensiones que es improcedente y debe revocarse.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia en los recursos.

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

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

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

¿Los gastos de administración deben ser trasladados del RAIS al RPM debidamente indexados?

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

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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

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

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

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

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

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

consecuencias jurídicas del traslado».

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

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

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

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019*:*

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

trabajador o afiliado de buena fe." "..."

4. Caso en concreto

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

Al otear los medios de prueba que militan en el expediente, se constata del reporte se semanas cotizadas expedido por Colpensiones (archivo individual Fl. 23), que la demandante cotizó en esta entidad, del 25 de noviembre de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1999, quedando así evidenciado que estuvo afiliada al RPM.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, en lo concerniente al traslado al RAIS, si bien es cierto, no obra en el plenario evidencia del formulario de vinculación, del examen efectuado a la historia laboral consolidada emitida por Porvenir (Fl. 31 y ss archivo 01); se verifica que efectivamente cotizo al RPM hasta el 31 de diciembre de 1999 y que a partir de junio de 2000 inicio a cotizar en dicho fondo, lo cual respalda lo dicho por la actora en el escrito promotor; luego entonces, se da por demostrado en hecho del traslado.

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

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habérsele suministrado a la accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, no es

de recibo que la pasiva insista en lo contrario.

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

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

Tal determinación **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No.78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional

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

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que **PORVENIR S.A.**, traen un discurso argumentativo, que a la postre, en estricto sentido, está orientado a cuestionar la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración, cumple aclarar que el A quo, en la condena no incluyó los gastos de administración, por lo que, frente a este concepto, ulteriormente la Sala hará su pronunciamiento. En cuanto a los rendimientos financieros en ningún despropósito incurrió el A quo al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

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

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

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. A su turno, los literales a) y b) del artículo

[2] CSJ SL-1688 de 2019.

60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones que consagra el RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores y de los **rendimientos financieros**; aportes de los cuales, una parte se **capitalizará** en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado.

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

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

También importa aclarar, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, una de las características del RPM es la existencia de rendimientos que, junto con los aportes de los afiliados, son los que constituyen el fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes adquieren la calidad de pensionados. Rendimientos que es claro que por calcularse sobre todos los recursos que constituyen el fondo común, generan también una rentabilidad, que es la que trata de compensarse al ordenársele a la AFP que traslade al RPM, los

rendimientos financieros que produjo el capital del afiliado, para de esa manera preservar el equilibrio financiero del régimen público que se vio privado de las cotizaciones del afiliado indebidamente trasladado.

Recapitulando, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por PORVENIR S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros.

Ahora, como quiera que en lo referente a los gastos de administración, el cognoscente guardó silencio, y esta omisión va en contra de los intereses de Colpensiones a favor de la cual se surte la consulta, deviene meritorio adicionar la sentencia para ordenar el traslado de este rubro, indexado, como quiera que la jurisprudencia especializada[3] tiene definida la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración, al decir:

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

Adicionalmente, por resultar a favor de Colpensiones, la Sala ordenará a la demandada PORVENIR S.A., devolver el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, "*los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen*" como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se adicionará y modificará

[3] Sala de Casación Laboral, providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852

la sentencia frente a la orden de devolver dichos conceptos, dejando en claro que, la indexación procede únicamente respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración. Para el efecto ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar la demandante en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea ella, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, en consecuencia, **deviene plausible la decisión del Juez A Quo, que estableció que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido el pretendiente en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos, por ello se mantendrá incólume**

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

En lo concerniente al reproche que hace Colpensiones, respecto de la condena en costas, las mismas se revocarán, pues siendo respetable la reflexión del A quo para emitir tal condena a cargo de esta entidad, este

Colegiado se distancia de la misma, al considerar que, como lo asegura el apoderado de esa entidad, no tuvo injerencia en el traslado del actor, y además en sede administrativa tampoco tenía la facultad de acceder a la declaratoria de ineficacia, pues nótese que esa decisión surge como consecuencia de un proceso declarativo en el que se analizaron los presupuestos para su procedencia, en consecuencia, se impone revocar parcialmente el numeral sexto de la sentencia apelada.

De la excepción prescripción propuesta por Colpensiones

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

Respecto de los demás medios exceptivos formulados por esta entidad, a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta salvo la de **imposibilidad de condena en costas** que por las razones expuestas delanteramente se declarará probada, no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió. Se aclarará que la prosperidad de dicho medio exceptivo, es únicamente respecto de las costas de primera instancia

5. Costas

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 mismas y a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, para la administradora del RAIS y de 1 smlmv, esto es $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, dada la prosperidad parcial de su alzada. Condena que será liquidada de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el artículo 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto**,** objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **RUTH STELLA LASSO BOLAÑOS,** el que quedará así:

> ***"SEGUNDO.- CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a la **ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**- a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, generados durante toda su permanencia en el RAI; además, el porcentaje de gastos de administración debidamente indexados; comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, también indexados con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la accionante permaneció afiliada a ella, y al momentos de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia; la transferencia económica se producirá a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a percibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados".*

SEGUNDO. – REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia**,** para **DECLARAR** probada la excepción de fondo propuesta por COLPENSIONES denominada "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS"**,** y no probados los demás medios exceptivos formulados por

esta entidad y Porvenir. Se precisa que la prosperidad de dicho medio exceptivo, es únicamente respecto de las costas de primera instancia.

TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a Colpensiones de la condena impuesta por concepto de costas procesales, en lo demás queda incólume.

CUARTO. CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

QUINTO- CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandada PORVENIR S.A. a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a su cargo en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000; y, 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.

SEXTO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

CLARA INES LOPEZ DAVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2020-00021-01(505)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Jaime Eduardo Montenegro Chamorro
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.:	241

I.ASUNTO

En obediencia al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 12 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

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

régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la **AFP PORVENIR S.A.**, y que en consecuencia, se **CONDENE** a esta entidad a trasladar y a **COLPENSIONES** recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual, constituida por todos los aportes pensionales, incluida la cuota de manejo, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, indexación por la devaluación y demás acreencias que se hayan causado por el uso del dinero. Y a pagar las costas del proceso.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que cotizó al RPM en el I.S.S., hoy Colpensiones, desde el 1979 hasta mayo de 1995, data en la que obtuvo información por parte de la promotora de Protección S.A., que en este fondo podría pensionarse a cualquier edad y el monto de la pensión sería considerablemente mayor al que obtendría en el I.S.S., y no le suministró información cierra, clara, suficiente y oportuna respecto de las características, ventajas y desventajas, riesgos y consecuencias del traslado de régimen; tampoco efectuó cálculos de liquidaciones. Que en septiembre de 1999 se trasladó de Porvenir S.A. a Protección S.A., en las mismas condiciones del traslado inicial. Que solicitó ante las demandadas el traslado de régimen siendo negado. Indica que actualmente cuanta con 63 años de edad.

2. Contestaciones de la demanda.

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

Por conducto del mismo apoderado judicial, en similar sentido, al contestar la demanda frente a los hechos negaron unos y dijeron no constarle y que deben probarse otros; y, se opusieron a todas las pretensiones, bajo la egida que la vinculación a PORVENIR S.A. es un acto válido en la medida en que el demandante suscribió solicitudes sucesivas de vinculación a distintas administradoras del RAIS y sus traslados y afiliaciones se hicieron mediante suscripción realizada de manera libre, consciente. Que, para la fecha de solicitud de traslado, proporcionaron toda la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; además que el actor cuenta con diferentes canales a través de los cuales puede analizar la información sobre las disposiciones legales que regulan

la pensión de vejez en el RAIS. Formularon excepciones de fondo.

-**DE COLPENSIONES.**

Respondió el escrito introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen tiene plena validez, que el actor ratificó su intención de permanecer en el RAIS al trasladarse a distintas administradoras de este régimen; que no existe prueba que permita acreditar que hubo engaño, vicio del consentimiento alguno y/o falta de información por parte de las Administradoras del RAIS. Señala que Colpensiones ha obrado de buena fe en todas sus actuaciones, que no incidió en la decisión de traslado y que en caso de existir sentencia favorable a sus intereses, se exonere de las costas del proceso y se ordene a PORVENIR S.A, devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación. Frente a los hechos aceptó uno y dijo no constarle otros. Formuló excepciones.

-Del MINISTERIO PÚBLICO.

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

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 12 de agosto de 2021, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por o que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; **ii)** No probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de lo ahorrado por el actor por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidos, generados durante toda su permanencia en el RAIS., y que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de Colpensiones S.A. la que deberá recibir las sumas de dinero por los anteriores conceptos. De igual manera, condenó a esta entidad y a PROTECCIÓN S.A., a devolver, proporcionalmente, a COLPENSIONES, el porcentaje de gastos de administración, en que incurrieron respecto de las cotizaciones del actor, durante el tiempo que estuvo afiliado en los fondos privados, debidamente indexados. Finalmente condenó en costas a Protección S.A., a Porvenir S.A. y a **Colpensiones**

Se apoyó en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde se ha dejado sentado que el traslado resulta ineficaz cuando las AFP no cumplen con el deber de información sobre las incidencias, ventajas, desventajas que puede conllevar el cambio de régimen de ahorro individual con solidaridad; para luego, sostener que del examen conjunto de los medios de prueba se Protección S.A., omitió el deber que tenía de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado del demandante del I.S.S., hoy Colpensiones a la AFP Protección S.A. a la cual se trasladó; que tampoco realizó un estudio individual, de las condiciones particulares de aquel, ni presentó soportes o cálculos aritméticos para determinar, las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el RPM y en el RAIS.

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

El apoderado judicial de estas entidades, con el propósito de derruir la sentencia de primer grado, manifiesta que las pruebas traídas a instancia

del demandante no son suficientes para establecer vicios en el consentimiento en el acto del traslado, que contrario a ello, demuestran que fue un acto voluntario y libre.

Sostiene que el fallo incurre en imprecisión al desconocer la excepción de prescripción, la que debe prosperar porque han pasado muchísimos años para alegar la ineficacia.

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

Discrepa de la condena a pagar la suma que llegaré a faltar para que la demandante alcance su derecho a la pensión en el RPM, porque nunca faltará, por el contrario, va a sobrar en abundancia gracias a los rendimientos generados en el RAIS.

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

Se opone a la condena en costas respecto de Protección, porque obró de manera leal y la filiación se hizo de manera voluntaria, espontánea y libre presiones y frente a Porvenir porque se trata de un traslado entre administradoras del mismo régimen, que se supone que tiene pleno conocimiento de las circunstancias que implica el traslado, además no está demostrado que no suministró la información, por lo que tal condena es improcedente y excesiva.

- COLPENSIONES

Expone las razones por las cuales no aceptó el traslado de la accionante al RPM, destacando que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sustenta la limitante del traslado en la necesidad de evitar la descapitalización del RPM y garantizar la sostenibilidad financiera.

Precisa que la falta de información alegada por la actora no está acreditada. Refiere que, si bien es cierto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1452 del 3 de abril del año 2019, consideró que el incumplimiento del deber de información o la ausencia de consentimiento informado genera automáticamente la ineficacia del traslado, en ese pronunciamiento se aclaró su voto en el sentido de considerar que la declaratoria de ineficacia debe proceder siempre y cuando a la ausencia de información o la inexistencia del consentimiento informado produzcan un perjuicio para el afiliado en el momento en que se produce el traslado y no simplemente porque con el paso del tiempo, considere que no se cumplen sus aspiraciones pensional. Cuestiona la aplicación de inversión de la carga de la prueba, aduciendo que el artículo 167 del CGP no puede aplicarse genéricamente.

Por último, procura absolución de la condena en costas, arguyendo que Colpensiones, administrativamente no se encuentra facultada para aceptar el traslado o retorno del demandante, que las documentales allegada al plenario, dan cuenta que Porvenir considera que el traslado es eficaz, por lo que no es procedente que Colpensiones determine dicha situación.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

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

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

Las demandadas, en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones reproducen los argumentos sobre los cuales sustentaron la alzada. En consecuencia, en gracia de brevedad nos remitimos al contenido de sus alegaciones que reposan en el expediente.

El Ministerio Público, en su concepto, salvo la condena en costas que

estima improcedente, considera que en lo demás debe confirmarse, argumentando que es clara la omisión de las AFP, en no suministrar la información completa, necesaria y suficiente para que el traslado se considere libre y voluntario, razón por la cual la ineficacia del traslado es procedente, pues era obligación del fondo de pensiones brindar la información pertinente y no pretender que sea el mismo afiliado el que busque la asesoría, de suerte que la inactividad o silencio del afiliado no puede ser considerado como aceptación de las condiciones, pues el obligado a desplegar los deberes de cuidado es el fondo de pensiones. En cuanto a la condena en costas, previas consideraciones conceptúa que frente a Porvenir es acertada y debe confirmarse y respecto de Colpensiones que es improcedente y debe revocarse.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

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

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

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

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

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a las demandadas Porvenir, Protección y Colpensiones?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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

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

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

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

en la sentencia SL-373 de 2021 señaló:

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

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

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

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019*:*

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata con la historia laboral consolidada de Porvenir[1], que el actor cotizo un total de 269 semanas para pensión en el IS.S. hoy Colpensiones, esto, en correlación con el certificado de Asofondos que obra a folio 4 del archivo 15 individual del expediente, del que claramente se extracta que el 9 de mayo de 1995, se trasladó de Colpensiones a Protección, por tanto, queda evidenciado que estuvo afiliado al RPM; y demostrada la traslación del RPM al RAIS, primigeniamente a Protección S.A., ulteriormente de este fondo a la AFP Horizontes, conforme el formulario de afiliación visible a folio 3 del archivo 15 individual; y, el 1º de enero de 2014 en virtud a la cesión por fusión quedó afiliado automáticamente en Porvenir S.A.

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

[1] Fl. 68 Archivo 15 individual del expediente.

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habérsele suministrado al accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ; y valga decir, que en los términos de esta Corporación[2] *"(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)".*

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

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

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, acogiendo la inversión de la carga de la prueba con sujeción de los precedentes de la jurisprudencia

[2] SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

especializada. Es de advertir que esta determinación **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No.78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues la demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional.

Fue entonces acertada la decisión del A quo al sujetarse a los precedentes de la jurisprudencia especializada para dar aplicación a la inversión de la carga de la prueba a cargo de las AFP demandadas, concluir en la orfandad probatoria frente a la información que debieron suministrar al actor, para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, abriéndose paso la confirmación de la sentencia frente a este aspecto.

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

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada[3], la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que conlleva a desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

La declaratoria de ineficacia trae aparejada, la obligación de efectuar

[3] CSJ SL-1688 de 2019.

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

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

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

En este punto, es importante recordar que al tenor de lo previsto en el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de la adición

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

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

En lo atinente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, ello no es razón para estimar que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados[4].

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia

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

SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejo en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración, al decir:

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

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

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados

en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar el actgor en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea él, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, en consecuencia, deviene plausible la decisión del Juez de conocimiento, al indicar que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido el pretendiente en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos, por ello se mantendrá incólume

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

En lo concerniente al reproche que hace Colpensiones, respecto de la condena en costas, las misma se revocará, pues siendo respetable la reflexión del A quo para emitir tal condena a cargo de esta entidad, este Colegiado se distancia de la misma, al considerar que, como lo asegura el apoderado de esa entidad, no tuvo injerencia en el traslado del actor, y además en sede administrativa tampoco tenía la facultad de acceder a la declaratoria de ineficacia, pues nótese que esa decisión surge como consecuencia de un proceso declarativo en el que se analizaron los presupuestos para su procedencia, en consecuencia, se impone revocar parcialmente el numeral sexto de la sentencia apelada.

De la prescripción, en lo que atañe al reparo que hacen las accionadas Porvenir y Protección, referente a que debió el A quo, declarar probada la excepción de prescripción, se precisa que la línea jurisprudencial que

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

Frente a las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta salvo la de **imposibilidad de condena en costas,** que por las razones expuestas delanteramente se declarará probada, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió.

5. Costas

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 mismas y a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, para cada una de las administradoras del RAIS y de 1 smlmv, esto es $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, dada la prosperidad parcial de su alzada. Condena que será liquidada de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el artículo 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. – ADICIONAR y MODIFICAR el numeral **tercero** de la

sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 12 de agosto de 2021, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última, dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió JAIME EDUARDO MONTENEGRO CHAMORRO, el que quedará así:

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

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A., transferencia económica que se producirá a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados".

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia, para **DECLARAR** probada la excepción de fondo propuesta por COLPENSIONES denominada "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS", y no probados los demás medios exceptivos formulados por esta entidad y las demás convocadas. Se aclara que la prosperidad de dicho medio exceptivo, es únicamente respecto de las costas de primera instancia.

TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral sexto de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a Colpensiones de la condena impuesta por concepto de costas procesales. En lo demás, queda incólume.

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

QUINTO.- CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, para cada una de ellas y 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.

SEXTO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

CLARA INES LOPEZ DAVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2020-00029-01 (531)
Juzgado de primera Instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	María Esther del Socorro Guerrero de Rosero
Demandado:	Colpensiones
Asunto:	Apelación y consulta sentencia
Acta No.:	244

I.ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las partes, contra la sentencia emitida el 8 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto dentro del proceso ordinario laboral de la referencia. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

María Esther del Socorro Guerrero de Rosero, llamó a juicio a Colpensiones para que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de

vejez como beneficiaria del régimen de transición, con el IBL establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicación de una tasa de reemplazo del 90% de acuerdo con el Decreto 758 de 1990 y 14 mesadas por haber adquirido el estatus pensional antes del 31 de julio de 2011; en consecuencia, procura que se ordene a Colpensiones, sustituir la pensión especial por hijo discapacitado reconocida por Resolución 03503 de 2006 por la de vejez y pagar las diferencias mensuales generadas entre esta y la especial que se le está cancelando desde el 24 de noviembre de 2007, el correspondiente retroactivo, más intereses moratorios; además, que sea condenada en costas.

2. Hechos.

La actora expone que nació el 24 de noviembre de 1952, contando con 41 años al 1º de abril de 1994 y 15 años de cotizaciones al SGSSP por lo que es beneficiaria del régimen de transición; que durante toda su vida laboral cotizó un total de 1.750,57 semanas; que el 24 de noviembre de 2007 cumplió 55 años de edad. Narra que mediante Resolución 000412 de 2006 el ISS (Hoy Colpensiones) le reconoció pensión especial de vejez por hijo discapacitado con un IBL de $ 1.774.056, 00 y una tasa de reemplazo del 83,17%. Informa que el 18 de julio de 2019 presentó reclamación administrativa.

3. Contestación de la demanda.

La convocada Colpensiones, al contestar la demanda, admitió unos hechos y negó otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que **si bien es cierto la demandante fue beneficiaria del régimen de transición,** ya es beneficiaria de una pensión especial como madre de hijo discapacitado, la cual es incompatible con la ahora reclamada, pues en aplicación del principio de inescindibilidad que rige en materia laboral, no resulta dable aplicar dos disposiciones diferentes para efectos del reconocimiento y pago de prestaciones que cubran una misma contingencia. Sostiene que no ha incurrido en mora en el pago que de las mesadas se han pagado en debida forma. Resalta su actuar de buena fe al resolver las peticiones de la actora. Esgrime, que teniendo en cuenta la fecha de causación y la de reclamación de lo pretendido, los derechos reclamados se encuentran prescritos. Propuso la excepción de prescripción, inexistencia de la obligación - cobro de lo no debido,

compensación por pago de mesadas pensionales, buena fe, y la de imposibilidad de condena en costas

El Ministerio Público. Adujo que es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez al tenor de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, debiendo reconocerse además 14 mesadas pensionales, por cuanto su estatus pensional fue adquirido antes del 31 de julio de 2011. Propuso como excepciones la de prescripción y compensación.

3. Decisión de primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 8 de octubre de 2021, en la que, declaró: i) que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez causada desde el 27 de noviembre de 2007; ii) que esta prestación sustituye la pensión especial de vejez por hijo discapacitado reconocida por el antiguo I.S.S.; iii) que la entidad demandada está habilitada para deducir el porcentaje correspondiente con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud de la demandante; y, iv) no probadas las excepciones formuladas por la pasiva y el Ministerio Público.

Condenó a Colpensiones, a pagar indexada la suma de $9.753.508 por concepto de la diferencia de las mesadas pensionales desde el 18 de julio de 2019 hasta julio 31 de 2021; y que desde el mes de agosto de 2021 el valor de la mesada pensional será de $ 3.143.595,00 con los reajustes anuales de rigor; que en el evento en que se hubiesen satisfecho las mesadas por la pensión especial por hijo con discapacidad de los meses de agosto y septiembre de 2021 pagará la diferencia a que haya lugar. Además, la condenó en costas.

Dentro de las razones vertidas para arribar a la anterior decisión, luego de analizar las pruebas obrantes en el plenario, concluyó que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo el amparo del régimen de transición, puntualizando que las reclamadas diferencias desde el 24 de noviembre de 2007, no son de recibo, por cuanto si bien los requisitos legales para lograr la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del acuerdo 049 de

1990 se consolidaron al arribar a los 55 años de edad, su disfrute no puede ser coetáneo desde dicha fecha, porque son dos circunstancias diferentes, la adiada de causación del derecho y el instante en que se debe comenzar a gozar de la nueva prestación tal como lo tiene decantado la jurisprudencia especializada (sentencia febrero 1º de 2011, radicación 38776). En cuanto a los intereses de mora, los desestimó indicando que no resultan razonables imponerlos porque la conducta de la entidad estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaba que regía el derecho en controversia.

4. La apelación.

De la parte demandante

Manifiesta su desacuerdo con la decisión de primer grado, únicamente respecto de la negativa de condenar a la pasiva a pagar intereses moratorios, argumentando que, si la reclamación administrativa se agotó el 18 de julio de 2019, a partir de esta fecha Colpensiones tenía conocimiento de la voluntad de sustituir la pensión especial por hijo discapacitado, para acceder a la pensión del Decreto 758 de 1990 en aplicación del régimen de transición pensional de Ley 100 del 1993, porque desde el año 2007 tenía cumplido los requisitos para acceder a la misma, por lo tanto, desde dicha data se causaron los intereses y debieron reconocerse respecto de las diferencias surgidas entre una y otra pensión. Sustenta la procedencia de dichos intereses, en la sentencia con radicado 3130 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia y la dictada por el Tribunal Superior de Pasto – Sala Laboral, el 30 de agosto de 2020 con radicado 2018-00470-01 (hace lectura de algunos apartes pertinentes)

De la parte demandada

Específicamente, Colpensiones diciente de la condena en costas y se declare probada la excepción de compensación con relación al reconocimiento del retroactivo pensional y los valores que le han sido cancelados a la demandante por la pensión anticipada por vejez, frente a este último punto, solicita tener en cuenta el precedente de este Tribunal, contenido en la

sentencia proferida dentro del asunto con radicado 2018-00017, en la que se determinó la procedencia de la compensación de los valores pagados por Colpensiones a efectos de evitar se entienda configurado la afectación al principio de indivisibilidad de la norma, declarando probada oficiosamente la excepción de compensación; que adicionalmente, en dicho pronunciamiento acogiendo un precedente de la Sala de Casación Laboral de septiembre de 2019 y lo solicitado por el Ministerio Público, absolvió a la entidad de las costas procesales de primera instancia.

6. Trámite de segunda instancia

Alegatos de conclusión

Surtido el término legal de traslado para que los apoderados judiciales de las partes presenten sus alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, hicieron uso de este derecho, la demandada Colpensiones y el Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, exponiendo lo siguiente:

Colpensiones.

Reproduce los argumentos de la alzada, enfatizando que, si bien la actora es beneficiaria del Régimen de Transición contenido en la Ley 100 de 1993, tal condición le permitía optar por el régimen pensional más favorable, ya sea la pensión de vejez, con base a las previsiones contenidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 o lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, sin que dicha posibilidad se extienda a la pensión anticipada por vejez, pues la procedencia de esta es excepcional. Pretender lo contrario es atentar contra el principio de inescindibilidad de la norma, al permitir que un afiliado al sistema de seguridad social en pensiones se beneficie de los aspectos que le sean favorables de diversas normas pensionales, como lo sería en el caso de marras.

Refuerza su argumento en la sentencia CE-SUJ2-016-19. Radicación No. 25000234200020130223501 (2602-16) de 30 de mayo de 2019, para concluir

que a la actora no le asiste el derecho a la pensión de vejez que ahora reclama porque para el momento de su reconocimiento, julio de 2011, la misma contaba con 52 años y por tanto no le resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 tampoco el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Por último, solicita que se descuente del retroactivo los valores que ha pagado a la señora MARIA ESTHER DEL SOCORRO GUERRERO ROSERO, por concepto de mesadas pensionales desde el 30 de septiembre del año 2005 y así mismo se absuelva de las costas procesales.

Ministerio público.

Tras hacer una síntesis del itinerario procesal, señaló que es un hecho indiscutible que la demandante goza de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, concedida mediante Resolución No. 000412 de 2006, a partir del 30 de septiembre de 2005 con base en 1.631 semanas y una tasa del 83.17% para una mesada inicial de $1.475.482, la cual fue confirmada mediante la Resolución No. 03503 de diciembre 4 de 2006. Precisa que, si bien el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que regula la pensión especial de vejez a cualquier edad por hijo inválido, no regula el tema del cambio de dicha prestación por la pensión de vejez general al acreditar los requisitos para esta, es claro que no existe norma que impida dicho cambio, por el contrario, es posible seguir cotizando al sistema para acceder a la pensión de vejez general, en consecuencia,, aduce que, la manifestación de cambio de la prestación se exteriorizó desde el 18 de julio de 2019, momento a partir del cual la entidad tuvo conocimiento de la solicitud de cambio y al tener derecho a la misma debió reconocerse de esa fecha, razón por la cual la valoración de primera instancia es acertada.

En cuanto a la condena en costas, hace alusión al criterio objetivo de la norma que la regula y sostiene que la impuesta en primera instancia es atinada, puesto que para la fecha en que se da respuesta negativa, marzo 4 de 2020, ya estaba vigente el Decreto 1719 de 2019 que permite colegir la posibilidad de acceder a la pensión de vejez en sustitución de la pensión especial.

En torno a los intereses moratorios, señala que no son válidos los argumentos de primera instancia al decir que los mismos no proceden por cuanto se reconoció la indexación, ni tampoco se comparte la jurisprudencia traída a colación, pues aquella se refiere a casos diferentes, por tanto, al tener un carácter resarcitorio y no sancionatorio, al existir diferencias pensionales pendientes de pago, es procedente su condena.

Por lo anterior, en su concepto debe confirmarse la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la pensión de vejez, advirtiendo que debe revisarse la liquidación en favor de Colpensiones accediendo a la condena por intereses de mora y deduciendo lo pertinente a la indexación por incompatibilidad.

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto del recurso, sin perjuicio de las previsiones consignadas en la sentencia C-968 de 2003 promulgada por la Corte Constitucional.

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

2. Problema jurídico.

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

¿Fue acertada la sentencia de primera instancia de acceder a la pensión de vejez de la accionante bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por beneficio del régimen de transición y disponer que la misma sustituya a la especial por hijo discapacitado que venía disfrutando?

¿A efectos de establecer el retroactivo pensional debió tenerse en cuenta a título de compensación los valores cancelados a la demandante por la pensión anticipada por vejez especial?

¿Debió emitirse condena por los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

¿Debió exonerarse de condena en costas a la pasiva?

3. Respuesta a estos cuestionamientos.

La Sala, antes de dar respuesta a los cuestionamientos, relieva que no es materia de debate, por así reconocerlo expresamente la entidad demandada en la contestación de la demanda y verificable con la prueba documental arrimada al plenario, que a la actora le fue reconocida una pensión especial de vejez en su condición de madre trabajadora con hijo discapacitado, tal y como se desprende de la Resolución No. 000412 de 2006 expedida por el I.S.S.(Hoy Colpensiones) (Fls. 10 y 11 archivo 01); tampoco se discute la fecha de nacimiento y edad de la accionante, acreditada con la fotocopia simple de la cédula de ciudadanía (Fl. 9 archivo 01), en igual sentido, que mediante derecho de petición de julio 18 de 2019, elevó reclamación administrativa de la pensión de vejez bajo el régimen de transición (Fls. 28 y ss archivo 01).

Precisado lo anterior, teniendo en cuenta que el tema bajo estudio tiene directa conexión con la pensión especial de vejez para madre trabajadora con hijo inválido, importa hacer las siguientes puntualizaciones:

Siendo un hecho indiscutido y debidamente acreditado que a la demandante desde el mes de septiembre de 2005 se le reconoció la referida pensión especial, de la que disfruta efectivamente desde marzo de 2006, (Fl. 11 archivo 1 y 2 archivo 17), por cumplir con los presupuestos legales, mediante el aludido acto administrativo el cual goza de presunción de legalidad, y en el que se determinó, que el IBL sería el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el monto pensional el establecido en el artículo 34 *ibidem* , modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, queda relevada la Colegiatura de hacer pronunciamiento sobre el particular.

Ahora, como lo que se pretende con la demanda, en estricto sentido es que se reconozca que la promotora del juicio tiene derecho a la pensión de vejez regulada por el –acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y consecuentemente esta sustituya la especial de vejez por hijo discapacitado ya reconocida, es del caso señalar que esta petición, a la postre implica renuncia de aquella prestación, para pasar a gozar de la de vejez vertida en la reseñada normativa, frente a lo cual, no existe ningún impedimento de orden legal; es más, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL3772-2019, Radicación 72821 del 4 de septiembre de 2019, Mag. Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se pronunció sobre los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez, enfatizó: "*(…) Es de aclarar que el reconocimiento de la prestación tiene lugar sin perjuicio de que, eventualmente, el demandante opte por renunciar a esta pensión especial y reclamar su derecho a la de vejez, en caso de que reúna los requisitos del sistema general de pensiones que le corresponda.*"

Así, la pauta jurisprudencial acabada de citar, respalda la voluntad de la pretendiente de renunciar a la pensión especial, para reclamar la de vejez ordinaria vertida en la normativa mencionada en antelación, eso sí, previa demostración del cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a la pensión objeto de reclamo en la acción judicial que ahora nos concita.

En esa dirección, pasa la Sala a examinar si la accionante cumple los requisitos para alcanzar los beneficios de la pensión de vejez regulada en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 del mismo año.

Para ese efecto, se precisa que la pasiva al contestar el hecho quinto del libelo inaugural, admitió que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, lo que implica que sobre este presupuesto no hubo controversia; no obstante, siguiendo los lineamientos vertidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es preciso constatar esta situación, dado que, para ello debe acreditar, a la entrada en vigor de esta legislación, (1º de abril de 1994), 15 años de servicios o 35 años y luego, si éste se conservó en la forma dispuesta por el acto legislativo No. 01 de 2005, porque esta prerrogativa especial se aplica únicamente para quienes acrediten la totalidad de los requisitos al 31 de julio de 2010, o máximo hasta el 31 de diciembre de 2014, siempre que a 29 de julio del año en cita, cuando adquiere vigencia la enmienda constitucional, hubiere cotizado como mínimo 750 semanas.

Ahora, la Sala encuentra que todos los anteriores presupuestos se acreditan en el caso de la demandante, por ello, sin dubitación alguna, al momento de acreditar los 55 años exigidos por la precitada norma pensional aplicable al caso, lo cual ocurrió 24 de noviembre de 2007, procede el reconocimiento pensional porque se satisface con suficiencia el número de semanas cotizadas al Régimen de Prima Media. Al examinar la historia laboral obrante en el archivo 10, y contabilizar el número de semanas que se desprenden del mismo, se extracta que supera las 1.000, dado que arroja un total 1.763.57 reconocidas por Colpensiones, de las cuales 1.754.28 estaban cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que cumplió con creces la exigencia para conservar el beneficio transicional.

De acuerdo con este panorama factico y probatorio, el reconocimiento pensional procede desde el 24 de noviembre de 2007, a razón $ 1.873.341, oo mensuales -conforme se desprende del cuadro aritmético realizado por la Sala para este efecto y que se anexa al expediente y 13 mesadas anuales, como lo dispone el inciso octavo y el parágrafo transitorio 6º del A.L. No. 01 de 2005, teniendo en cuenta que la mesada pensional supera tres (3) salarios mínimos.

Este monto pensional se calcula sobre el IBL de los últimos 10 años de cotización y con una tasa de reemplazo del 90%, al resultar más favorable, en comparación con el de toda la vida laboral, por acreditar cotizaciones

que superan las 1.250 semanas. Igualmente advierte la Sala que en este ejercicio matemático se aplica lo previsto en la regla general del inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en obediencia al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de Casación Laboral[1], en tanto, el espectro del régimen de transición se proyecta respecto a la edad, número de semanas cotizadas y tasa de reemplazo.

En armonía con lo que precede, a efectos de examinar si el monto del retroactivo pensional establecido por la A quo, se ajusta a la legalidad, importa resaltar que, siendo indiscutible que la accionante elevó la reclamación administrativa del derecho pensional, el 19 de julio de 2019[2], con atino el funcionario cognoscente, concluyó que la voluntad o interés para sustituir la pensión especial de la que ella ya disfrutaba desde el 2006 por la de vejez ordinaria, fue conocido por Colpensiones tan solo en ese momento, por ende, la diferencia del monto entre las dos prestaciones se generó a partir de la fecha del reclamo, luego, partiendo de la misma, la prescripción operaría el 18 de julio de 2022; ahora, como la demanda se radicó el 24 de enero de 2020[3], la institución jurídica en comento, que a la sazón, contempla el artículo 151 del C.P.T.S.S, no operó, tal cual, lo evacuó con acierto el sentenciador de primer grado.

Igualmente, se convalida lo argüido por el juzgado de conocimiento, para señalar que la diferencia pensional se causó a partir del 19 de julio de 2019, pues es válida su apreciación, según la cual, resulta ilógico, irracional e ilegal pretender el pago de la diferencia desde cuando la demandante arribo a los 55 años de edad, puesto que obtendría un doble beneficio económico, enriqueciendo su patrimonio injustamente. Así, la Sala secunda lo decidido en este puntual aspecto.

Como efecto de lo anterior, aflora la procedencia de examinar el monto del retroactivo pensional, respecto del cual no habrá indexación por las razones que más adelante se expondrán.

---

[1] sentencia CSJSL1901-2018

[2] Esta fecha la reconoce la demandada COLPENSIONES en resolución SUB 62671 del 4 de marzo de 2020, que desató el trámite administrativo negando la petición pensional (fl. 20 archivo 09)

3 (Fl. 33 archivo 01),

En esa dirección, es del caso destacar que, conforme la liquidación anexa al acta de la audiencia de decisión de primer nivel, se estableció que la mesada pensional para el año 2007 era de $ 1.827.876,00 y que de acuerdo con los reajustes anuales con aplicación del IPC, para el año 2019, 2020 y 2021, respectivamente fueron $2.980.525.00, $3.093.785,00 y $ 3.143.595.00, con base en lo cual, al efectuar la liquidación entre julio de 2019 y julio de 2021, arrojó un total de diferencias pensionales de $9.419.671,00, el cual se ajustará hasta el momento en que se pague efectivamente la pensión especial de vejez.

Y, conforme la liquidación efectuada en esta instancia, la cual se verifica en el cuadro aritmético que se anexa al expediente se obtuvo, una mesada pensional para el año 2007 de $ 1.873.341,00, valor que resulta superior al establecido por la A quo ; empero, dado que este punto, no fue objeto de apelación por la activa y se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, el monto fijado en primera instancia, y que sirvió de base para determinar el total de las diferencias pensionales ya enunciado, no será objeto de reparo por este Colegiado; no obstante, se precisa que, las diferencias que se causen a futuro deberán seguirse pagando respecto de cada mesada recibida por la pensión especial por hijo con discapacidad, hasta que se dé cumplimiento efectivo a esta sentencia.

Definido lo anterior, en lo concerniente a la pretensión que trae ante esta instancia el recurrente del extremo pasivo para que se declare la excepción de compensación, advierte el Colegiado que, si bien es cierto, en la parte resolutiva de la sentencia el juez de instancia no declaró expresamente que dicho medio exceptivo tenía vocación de éxito, lo cierto es que de las resultas del juicio en ese primer escenario, fácilmente se logra extraer que lo atendió favorablemente, respecto de la diferencia entre una y otra pensión frente a lo causado hasta la sentencia de primera instancia y las que se generen a futuro. Por estas potísimas razones, se estima viable adicionar la sentencia de primera grado en el sentido de declarar probado la citada excepción.

En cuanto a la condena en costas de la que se queja Colpensiones en su alzada, la misma se mantendrá incólume, como quiera que el artículo 365 del CGP consagra un criterio objetivo para su imposición, entre otros eventos, a cargo de quien es vencido en juicio independientemente de que su actuar este revestido de buena fe, razón por la cual, acertó el A quo

en su imposición, pues fue vencida en juicio en tanto, se accedió a las pretensiones de la demandante. Así, se refrenda la condena en cuestión.

En lo que atañe al reproche que hace la parte **DEMANDANTE,** direccionado a que, en esta instancia, se condena al pago de **intereses moratorios, regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993**, para decidir lo pertinente, conviene hacer las siguientes precisiones.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 953 del 14 de marzo de 2022, sostuvo que otrora la Corporación tenía decantado que los intereses moratorios no se imponía cuando se adeudaban saldos de la prestación, en razón a que solo podían ser reconocidos ante la falta de pago completo de la mesada[1]; sin embargo, que tal posición se recogió a partir de la decisión CSJ SL3130-2020, en la que, entre otras cosas, razonó:

En ese contexto, estimó v) que existía tanto daño en la omisión del pago de la mesada, como en la concesión incompleta de esta, pues, tratándose su percepción de la materialización de un derecho relacionado con el mínimo vital, que tiene su cuantía fijada en la ley, era necesario admitir, que «[…] todo pago imperfecto, insustancial o incompleto seguirá generando un deterioro cierto, que merece a todas luces una legítima compensación».

Por consiguiente, en relación con esos postulados y el derecho del artículo 53 de la CP, a asegurar «[…] el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones […]», la Corporación acentuó que, a partir de ese pronunciamiento, debía concebirse, que a la luz de una interpretación racional, sistemática y teleológica del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, «los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente».

[1] sentencias CSJ SL, 21 feb. 2005, rad. 22309; CSJ SL, 8 mar. 2006, rad. 26030; CSJ SL, 18 sep. 2007, rad. 31058; CSJ SL, 16 jun. 2008, rad. 33356; CSJ SL, 4 nov. 2009, rad. 38991; CSJ SL, 1° jun. 2010, rad. 34197; CSJ SL685-2017; y CSJ SL4338-2019.

Y, en sentencia SL 1015 del 16 de marzo de 2022, en un asunto con entornos similares al que ocupa la atención de esta Sala, en cuanto, se liquidaron las diferencias surgidas entre las mesadas pensionales de una pensión especial por hijo invalido y la ordinaria de vejez, la Corte, secundó la condena por intereses moratorios a los que se condenó en primera instancia a Colpensiones.

Siguiendo estas pautas jurisprudenciales, al abordar el caso bajo estudio, estima la Colegiatura procedente irrogar a cargo de la pasiva condena por los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 20 de noviembre de 2019, toda vez que la demandante solicitó el 19 de julio de 2019 el reconocimiento y pago de la prestación (fl.20 archivo 09) sin que existan razones que justifiquen la desidia de Colpensiones para reconocer el indiscutible derecho pensional, en consecuencia, a partir de dicha data deben contabilizarse los cuatro meses que tenía el fondo de pensiones para acceder a lo solicitado, de manera que la condena al pago de dichos réditos sobre las diferencias pensionales, debe efectuarse a partir del **20 de noviembre de 2019,** para cuyo efecto la liquidación se hará atendiendo la diferencia de las mesadas adeudadas y la tasa de interés moratorio más alta vigente para ese momento.

Bajo tales premisas, la decisión objeto de apelación por activa y en grado jurisdiccional de consulta será modificada en el sentido de reconocer a favor de la actora los intereses moratorios, los cuales –*se itera*- se liquidarán, sobre las diferencias establecidas en cada mesada, a partir del **20 de noviembre de 2019,** hasta que se materialice el pago total de la obligación.

Siendo así, dada la incompatibilidad que existe entre los precitados intereses moratorios y la indexación, es esta la razón medular por la que, tal como se anunció delanteramente, no hay lugar a reconocer la segunda.

Se mantendrá ilesa la autorización a la demandada para que descuente el porcentaje que corresponda con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, teniendo en cuenta que éste también opera sobre la diferencia de las mesadas pensiones, como lo ordena el artículo 143 inc. 2º de la Ley 100 de 1993

En cuanto a las excepciones formuladas por Colpensiones, entidad a favor de la cual se surte la consulta, salvo la de compensación que como se dijo, se aplicó en primera instancia, los argumentos expuestos en este proveído son suficientes para declarar no probados los demás medios exceptivos presupuestos por este extremo pasivo de la Litis.

4. Costas Procesales.

Dadas las resultas de este juicio, al prosperar parcialmente la alzada de parte demandante y parcialmente la de Colpensiones, no se impondrá condena en costas a cargo de ellas.

IV. 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,

R E S U E L V E

PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto el 8 de octubre de 2021, objeto de apelación por parte de COLPENSIONES y de revisión en el grado de consulta en su favor, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el que quedará así:

***"SEGUNDO.- CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, representada legalmente en este proceso por **JUAN MIGUEL VILLA LORA**, identificado con cédula de ciudadanía*

número 12.435.765, a pagar a favor de la señora ***MARIA ESTHER DEL SOCORRO GUERRERO DE ROSERO****, de anotaciones civiles ya expuestas, la pensión de vejez a la que tiene derecho. La satisfacción de la diferencia de las mesadas pensionales corre desde el 18 de julio de 2019 en adelante, concretando su valor hasta el mes de julio de 2021, de acuerdo con los medios de prueba actuantes en el plenario, en la cifra de* $ 9.419.671,00. *Se precisa que las diferencias que se causen a futuro deberán seguirse pagando respecto de cada mesada recibida por la pensión especial por hijo con discapacidad, hasta que se dé cumplimiento efectivo a esta sentencia,* ***junto con los intereses de mora causados a partir del 20 de noviembre de 2019, hasta que se materialice el pago total de la obligación.*** *El sujeto pasivo de las pretensiones estará habilitado para deducir el porcentaje de las diferencias pensionales retroactivas correspondiente al sistema de seguridad social en salud de la demandante* ***MARIA ESTHER DEL SOCORRO GUERRERO DE ROSERO****."*

SEGUNDO.- MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia emitida el 8 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario promovido por MARIA ESTHER DEL SOCORRO GUERRERO DE ROSERO contra COLPENSIONES, en el sentido, de declarar probada la excepción de compensación por pago de mesadas y no probados los demás medios exceptivos propuestos por la convocada, de conformidad a lo explicado en las motivaciones de este pronunciamiento.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo restante la sentencia materia de alzada y de revisión en el grado de consulta, conforme lo antes expuesto.

CUARTO.- INCORPORAR al expediente como anexo, el cuadro matemático realizado por la Sala y que sirvió de soporte a la presente decisión.

QUINTO. - SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO.- NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el

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

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

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

Tribunal Superior del Distrito Judicial de PastoSala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2020-00054-01 (521)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Julia Esther Aguirre Maya
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.:	243

I.ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 11 de noviembre de 2021 de julio de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

JULIA ESTHER AGUIRRE MAYA, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de la AFP porvenir

S.A., realizada el 27 de mayo de 2003 con efectividad a partir del 1º de julio del mismo año; y que debe estar afiliada al RPM desde el 19 de noviembre de 1985.

Que en consecuencia se ordene a Porvenir S.A. abstenerse de reconocer derechos prestacionales y que traslade a Colpensiones la totalidad de los aportes ahorrados en su cuenta de ahorros individual, junto con los rendimientos financieros, bono pensional, utilidades obtenidas, gastos de administración generados durante toda su permanencia en el RAIS, con indexación y todas las sumas recaudadas desde su vinculación hasta la traslación al RPM; asimismo que se ordene a Colpensiones recibir todo los valores trasladados y activar su afiliación. Solicita condena en costas a la parte demandada.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 14 de septiembre de 1964, cotizó al RPM interrumpidamente desde el 19 de noviembre de 1985 hasta el 1º de mayo de 2003; que, el 27 de mayo siguientes la AFP Porvenir S.A. promovió su traslado al RAIS a través de un formulación de vinculación, la cual se hizo efectivo a partir del 1º de julio de dicha anualidad, que no recibió información o asesoría sobre los riesgos del cambio de régimen, no se efectuaron cuadros comparativos sobre el monto de la pensión y menos proyección de la posible pensión. Que con la omisión de brindarle información completa y detallada se estructuró un engaño para lograr su traslado. Que elevó peticiones a Colpensiones y Porvenir, para que tramitaran de nuevo su traslado al RPM, obteniendo respuesta negativa.

2. Contestaciones de la demanda.

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

Al contestar la demanda frente a los hechos aceptó unos y negó otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, que la vinculación a PORVENIR S.A., fue un acto válido en la medida en que la demandante suscribió el formulario de traslado a PORVENIR S.A., el 27 de mayo de 2003 con efectividad a partir del 1 de julio del mismo año, de manera libre, consciente y voluntaria. Afirma que, para la fecha de solicitud de traslado, proporcionaron toda la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; además que la actora contaba con diferentes canales a través de los cuales podía analizar la información sobre las disposiciones legales que regulan la pensión de vejez en el RAIS, por lo que

tomó la decisión informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado inicialmente a PORVENIR S.A. manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS; de manera que no puede ahora aducir válidamente que no conocía del tema por falta de asesoría o información.

Formuló como excepciones de fondo las de buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa.

-**DE COLPENSIONES.**

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen tiene plena validez, porque fue aprobado por la demandante; que no existe prueba que permita acreditar que hubo engaño, vicio del consentimiento o falta de información por parte de la AFP del RAIS; que no es posible el traslado de régimen en cuanto la solicitud la realizó cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder de la pensión. Señala que Colpensiones siempre actuó de buena fe frente a las actuaciones de la demandante, pues no ocultó ni tergiversó la información con el fin de que la actora decidiera trasladarse de régimen pensional, ni tampoco está solicitó la afiliación o retorno a Colpensiones en ningún momento dentro de los términos establecidos en la Ley, ni ejerció dentro de su traslado su derecho al retracto. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Porvenir S.A. ante Colpensiones, en caso de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, 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.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 11 de noviembre de 2021, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro

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

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar 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 su permanencia en el RAIS; que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A., transferencia económica que se producirá a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados. Condenó en costas a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES.

Apoyado en basta jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, precisó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, que estuvo afiliada al RPM y se trasladó al RAIS, sin que los asesores de la FP Porvenir S.A., cumpliera con el deber que tenía de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado de régimen de la demandante, que no realizó un estudio individual de las condiciones particulares de aquella, no le brindó una asesoría sobre las consecuencias, no presentó soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, en fin, que no acreditó haber entregado un estudio serio, claro y completo con información adecuada y cierta para que la actora hubiese optado por trasladarse al régimen de ahorro individual; y que, bajo estos parámetros es evidente que el engaño tiene su fuente en la falta de información, concluyendo la procedencia de la ineficacia del traslado.

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de estas entidades, con el propósito de derruir la sentencia de primer grado manifiesta que no hay prueba que demuestre que el traslado de la demandante estuvo precedido de circunstancias que constituyen error, fuerza o dolo, destaca la firma del formulario como aceptación de las condiciones que se le ofrecieron, que decidió hacerlo de manera libre, espontánea y libre de presión. Agrega que la información en los términos exigidos no era obligatoria para la época del traslado y que la falta de la misma, no se puede considerar como única razón, y que existen otras circunstancias que pueden considerarse frente a la decisión de traslado, como laborales o académicas de la demandante y que debe repararse las especificidad de cada proceso.

Reprocha el acogimiento de la jurisprudencia especializada para aplicar el traslado de la carga dinámica de la prueba, porque se hace de forma general sin tener en cuenta las características de cada caso; que, tal acogimiento afecta el derecho de defensa y contradicción porque basta que la demandante diga que no se le dio información para que tenga asegurado el éxito del proceso; además que el A quo no tuvo en cuenta las documentales traídas al proceso; Vr Gr, la documental mediante la cual se invitó a la actora a recibir asesoría, cuando aún estaba en tiempo de retornar al RPM, de la cual hizo caso omiso, por lo que ante el silencio a esta invitación y su permanencia por más de 20 años debe entenderse su decisión de permanecer en el RAIS

De otro lado, sostiene que el fallo afecta el principio de congruencia, bajo la egida que el A quo indicó que el acto jurídico de la afiliación fue ineficaz y por lo tanto no produjo efectos; y, según su apreciación, si esto fue así, tampoco se generaron rendimientos financieros ni se ha debido cobrar la administración por la producción de tales rendimientos, sin embargo ordenó el traslado de estos conceptos, generando un desequilibrio que conlleva a un enriquecimiento sin causa. Que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC.

Procura que se le dé prosperidad a la excepción de prescripción, aduciendo que esta debe analizarse desde la óptica del derecho civil, dado que las administradoras son personas de carácter comercial, por lo que baja este espectro la interposición de las acciones de los derechos reclamados están ampliamente superados.

Finalmente se opone a la condena en costas arguyendo que no solo resultan excesivas sino improcedente porque siempre ha obrado de buena fe, con apego a la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión frente a las razones por las que no debe aceptarse el traslado; y, enfatiza que no es posible hacerlo porque la demandante no hizo uso del derecho de migrar entre diferentes regímenes pensionales dentro de los términos establecidos en la ley; además, que no cuenta con los requisitos para regresar al RPM en cualquier tiempo. Precisa que la jurisprudencia constitucional (cita algunas sentencias) determinó el periodo de permanencia obligatorio, limitando el traslado con el fin de preservar recursos que permitan el pago de mesadas futuras y la sostenibilidad del sistema pensional administrado por el RPM. Agrega que, si bien las administradoras tienen el deber de información, también los consumidores financieros tienen la obligación de informarse y obtener asesoría sobre lo que más le convenga en materia pensional

Cuestiona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, aduciendo que no puede aplicarse en forma genérica y sin ninguna ponderación, que debe aplicarse de acuerdo a las particularidades de cada evento; y, con apoyo en un salvamento de voto[1], arguye que la declaratoria de ineficacia solo procede cuando el traslado causa perjuicios, y en este caso no se configuran

Por última, procura la revocatoria de la condena en costas, arguyendo que la entidad no intervino dentro del trámite del traslado, además que la actora no demostró que solicitó asesoría al respecto para retornar a Colpensiones y que Porvenir determinó que dicho traslado era eficaz y no se acreditó la falta de información.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr

[1] Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno respecto de la sentencia de la Corte de Suprema de Justicia SL 1452 del año 2019 radicación 68852. Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas

traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual, hicieron uso, Porvenir S.A., Colpensiones y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

Las demandadas en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada, por lo que en gracia de brevedad nos remitidos a los escritos que de cada una, obran en el expediente.

El Ministerio Público, trae a colación criterios jurisprudenciales para después disertar sobre la ineficacia del traslado de régimen, concluye que la AFP PORVENIR S.A., no suministró la información completa, necesaria y suficiente para que el traslado se repute como libre y voluntario, razón por la cual la ineficacia del traslado es procedente, pues era obligación del fondo de pensiones brindar la información pertinente y no pretender que sea la misma afiliada la que busque la asesoría, de suerte que la inactividad o silencio de la afiliada, no puede ser considerado como aceptación de las condiciones, pues el obligado a desplegar los deberes de cuidado es el fondo de pensiones. Exhorta por la confirmación de la sentencia recurrida, acotando que debe modificarse para ordenar la devolución de los gastos de administración indexados. En cuanto a la condena en costas, previas consideraciones conceptúa que frente a Porvenir es acertada y debe confirmarse y respecto de Colpensiones que es improcedente y debe revocarse.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

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

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

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

¿Los gastos de administración deben ser trasladados del RAIS al RPM debidamente indexados?

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

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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

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

quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

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

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

Cabe mencionar que en la en la sentencia CSJ SL1688-2019, citada en el reseñado precedente la alta Corporación, sintetizó la evolución normativa del deber de

información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 1748 de 2014, sobre lo cual se concluyó que, este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación.

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

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019*:*

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata del

formulario de afiliación a Colpensiones[2], el reporte se semanas cotizadas expedido por esta misma entidad[3], el formulario de vinculación a Porvenir[4] y el certificado expedido por Asofondos,[5] que la demandante estuvo afiliada al RPM; y, que a partir del 27 de mayo de 2003, se trasladó a Porvenir S.A., con efectividad desde el 1º de julio de esta anualidad, quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

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

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habérsele suministrado a la accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, no es de recibo que la pasiva insista en lo contrario.

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

En lo concerniente a la crítica que hacen las recurrentes frente al tópico de la inversión **de la carga de la prueba,** estima la Sala que en ningún desacierto incurrió la célula judicial de primer nivel. Es más, este Colegiado con sujeción a lo previsto por la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reafirma que al estar frente a una negación indefinida como ocurre en este evento, en el que el actor afirma que no recibió la asesoría necesaria para decidir sobre el traslado de régimen, la carga de probar lo

[2] Folio 4 –archivo 14 anexos expediente administrativo
[3] Folio 100 –archivo 14 anexos expediente administrativo
[4] Folio 1 –archivo 5 anexo contestación Porvenir

[5] Folio 3 –archivo 5 anexo contestación Porvenir

contrario recae sobre la AFP demandada, sin que este hecho implique ningún desequilibrio procesal como lo alega el censor; es más, lo anterior encuentra respaldo en lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, al establecer perentoriamente que las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Tal determinación **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No.78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional

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

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que **PORVENIR S.A.**, traen un discurso argumentativo, que a la postre, en estricto sentido, está orientado a cuestionar la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración, cumple aclarar que el A quo, en la condena no incluyó los gastos de administración, por lo que frente a este concepto, ulteriormente la Sala hará su pronunciamiento. En cuanto a los rendimientos financieros en ningún despropósito incurrió el A quo al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada[6], la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

[6] CSJ SL-1688 de 2019.

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

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

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

En este punto, es importante recordar que al tenor de lo previsto en el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de la adición realizada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a las entidades que los administran,

lo que es indicativo de que bajo ningún punto de vista es admisible, so pretexto de la buena fe o un bien desempeñó en la administración, que los recursos, entre los que se encuentran los rendimientos financieros en el RAIS, dejen de pertenecer al sistema, para pasar a incorporarse al patrimonio de la entidad administradora.

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

Recapitulando, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por PORVENIR S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros.

Ahora, como quiera que en lo referente a los gastos de administración, el cognoscente guardó silencio, y esta omisión va en contra de los intereses de Colpensiones a favor de la cual se surte la consulta, deviene meritorio adicionar la sentencia para ordenar el traslado de este rubro, indexado, como quiera que la jurisprudencia especializada[7] tiene definida la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración, al decir:

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

Adicionalmente, por resultar a favor de Colpensiones, la Sala ordenará a la

[7] Sala de Casación Laboral, providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852

demandada PORVENIR S.A., devolver comisiones, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514de 2021.

Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, "*los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen*" como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se adicionará y modificará la sentencia frente a la orden de devolver dichos conceptos, dejando en claro que, procede la indexación respecto de las comisiones, primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar la demandante en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea ella, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, en consecuencia, deviene plausible la decisión del Juez A Quo, que estableció que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido el pretendiente en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos, por ello se mantendrá incólume

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

no es el caso. En consecuencia, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional privado será confirmada, sin que resulte dable analizar el monto de esta condena, pues a voces del artículo 366 del mismo compendio adjetivo, los recursos de reposición y apelación proceden contra el auto que aprueba las costas.

En lo concerniente al reproche que hace Colpensiones, respecto de la condena en costas, las mismas se revocarán, pues siendo respetable la reflexión del A quo para emitir tal condena a cargo de esta entidad, este Colegiado se distancia de la misma, al considerar que, como lo asegura el apoderado de esa entidad, no tuvo injerencia en el traslado del actor, y además en sede administrativa tampoco tenía la facultad de acceder a la declaratoria de ineficacia, pues nótese que esa decisión surge como consecuencia de un proceso declarativo en el que se analizaron los presupuestos para su procedencia, en consecuencia, se impone revocar parcialmente el numeral sexto de la sentencia apelada.

De la excepción de prescripción, en lo que atañe al reparo que hace Porvenir S.A. tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa este Colegiado ya tiene sentado su criterio frente a la improsperidad del mismo, como quiera que la línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, los argumentos traídos a instancia de esta recurrente no encuentran eco en esta instancia, en consecuencia se secunda la decisión de primer grado de declarar no probada la precitada excepción.

Frente a las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de **imposibilidad de condena en costas** que por las razones expuestas delanteramente se declarará probada, no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió. Es de precisar que la prosperidad de dicho medio exceptivo, es únicamente respecto de las costas de primera instancia.

5. Costas

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 mismas y a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, para la administradora del RAIS y de 1 smlmv, esto es $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, dada la prosperidad parcial de su alzada. Condena que será liquidada de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el artículo 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **JULIA ESTHER AGUIRRE AMAYA,** el que quedará así:

> ***"SEGUNDO.- CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a la **ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**- a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, generados durante toda su permanencia en el RAIS; además, el porcentaje de gastos de administración, comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la accionante permaneció afiliada a ella, y al momentos de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia; la transferencia económica se producirá a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a percibir las*

cantidades de dinero por los conceptos ya señalados".

SEGUNDO. – REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia, para **DECLARAR** probada la excepción de fondo propuesta por COLPENSIONES denominada "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS", y no probados los demás medios exceptivos formulados por esta entidad y Porvenir. Se precisa que la prosperidad de dicho medio exceptivo, es únicamente respecto de las costas de primera instancia.

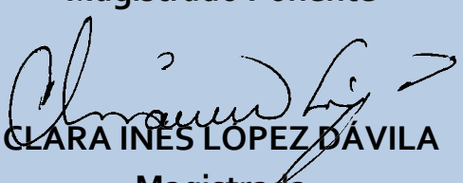
TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a Colpensiones de la condena impuesta por concepto de costas procesales, en lo demás queda incólume.

CUARTO. CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

QUINTO- CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a la demandada PORVENIR S.A. a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a su cargo en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000; y, 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.

SEXTO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INES LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Junio veintinueve (29) dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2021-00024-01 (551)
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Edgar Nectario Ojeda Enríquez
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.:	247

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 18 de noviembre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

EDGAR NECTARIO OJEDA ENRIQUEZ, llamó a juicio a las referidas

convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la **HORIZONTES** hoy **AFP PORVENIR S.A.**

Que, en consecuencia, se **ORDENE** a **PORVENIR S.A**. trasladar y a **COLPENSIONES,** a recibir las cotizaciones obligatorias y voluntarias, el bono pensional, si hubiere lugar, sumas adicionales, más los aportes para pensiones que recaudó, con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración todo debidamente indexado. Depreca condena en costas para las convocadas.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que inició su vida laboral desde 1984, cotizó al RPM 517 semanas entre septiembre de 1990 y marzo de 2001, que ante la desinformación referente a que el I.S.S. se iba a acabar y que solo los fondos privados se encargarían de la administración de pensiones, se sintió obligada a afiliarse a Horizonte hoy Porvenir S.A., lo cual hizo desde el 1º de marzo de 2001 mediante suscripción del formulario, propuesto por una asesora de la entidad del RAIS, quien ratificó la liquidación del I.S.S hoy Colpensiones, sin ofrecer asesoría amplia , personalizada sobre las desventajas del traslado, que fue mediante mentiras, falsas promesas que la convencieron para trasladarse, asaltando su buena fe y desconocimiento del asunto, lo cual demuestra el engaño de la entidad. Que su pensión en el RAIS sería de $ 1.831.400, cuando conforme las cotizaciones de los últimos 10 años estaría entre $ 4.091.000 y 9.865.604, ya que cuenta con 1.534 semanas lo que le permitiría pensionarse con el 70 % de su IBL. Que presentó reclamación ante Colpensiones y Porvenir para que declaren la ineficacia del traslado y obtuvo respuesta negativa.

2. Contestaciones de la demanda.

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

Al contestar la demanda frente a los hechos acepto total y parcialmente unos y negó otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo la egida que la vinculación a PORVENIR S.A., fue un acto válido en la medida en que el demandante suscribió el formulario de vinculación de manera libre, consciente y voluntaria, el 1º de marzo de 2001 con efectividad desde el 1º de agosto del mismo año. Afirma que, para la fecha de solicitud de traslado, no tenía la

obligación de brindar información en los términos solicitados por el actor, que brindó la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; además que el actor cuenta con diferentes canales a través de los cuales puede analizar la información sobre las disposiciones legales que regulan la pensión de vejez en el RAIS. Formuló como excepciones de fondo las de Buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa.

-**DE COLPENSIONES.**

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó y negó unos y dijo no constarle y que deben probarse otros; se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que el traslado debe considerarse válido, que el demandante no acredita al momento los requisitos de regreso al RPM administrado por Colpensiones, que no puede condenarse a Colpensiones a recibir de PORVENIR las cotizaciones, bono pensional, ni sumas adicionales provenientes del fondo pensional del cual es afiliado el demandante. Sostiene que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen; además, aduce que no tuvo injerencia alguna en la decisión del traslado, por lo cual debe exonerarse de toda condena en costas procesales. Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el traslado, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, imposibilidad de intereses moratorios, e inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 18 de noviembre de 2021, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de marzo de 2001, que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el

RPM conservando todos sus beneficios; y, **ii)** declarar probadas las excepciones de ausencia de prueba efectiva del daño e inexistencia del daño propuestas por Porvenir S.A., y no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas;

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar de la cuenta individual del demandante a la cuenta global de COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos, indexación, capitalización y porcentaje de gastos de administración durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Asimismo, condenó a Colpensiones a recibir todos los valores derivados de los anteriores conceptos; y, a ambas demandadas a pagar las costas del proceso. Las absolvió de las demás pretensiones.

Apoyada en basta jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, precisó que el fondo de pensiones, no asumió la carga probatoria que le correspondía, que no hay elementos de prueba para concluir que el demandante tuvo la información clara, precisa comprensible, adecuada a su nivel de formación profesional y por lo tanto al no existir esa información en las exigencias que establece la ley para cada una de estas etapas de información, debe declararla ineficacia del traslado. Respecto del pago de perjuicios morales y materiales, dice que no existe prueba de perjuicios causados al actor con el traslado; que por esta razón, prospera la excepción de ausencia de prueba efectiva del daño, formulada por la demandada Porvenir S.A.

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A.

Manifiesta que el demandante olvida que se le brindó la información que era posible; que no hay prueba de afectación de la voluntad del demandante del traslado, que fue un acto válido y debe ser considerado eficiente, efectivo, que

la falta de información no puede considerarse la única circunstancia que dio lugar a la afiliación, que se desconocieron como su condición laboral, su situación personal y familiar, entre muchas otras.

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

Cuestiona el acogimiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para aplicar la carga de la prueba, fundada en que afecta el derecho de defensa de la administradora, porque la sola afirmación en el sentido que no se dio información garantiza el éxito del proceso del demandante, generando un desequilibrio procesal, donde este, es visto como todo poderoso.

Por último se opone a la condena en costas arguyendo no solo resultan excesivas, sino improcedentes, porque siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que durante el debate no se demostró que hubo una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado, que se bien el afiliado no es especialista en el sistema pensional no es afiliado lego, sin embargo, no realizó preguntas a los asesores de la entidad privado, ni solicitó información en Colpensiones, lo que deja concluir que estaba a gusto en el RAIS y que jurisprudencialmente (SL 413 de 2018) se ha indicado que existen actos o comportamientos del afiliado que demuestran la intención de permanecer en aquel, como lo fue el hecho de permanecer por más de 20 años dentro del mismo Régimen,

Enfatiza que, aunque se ordené trasladar a Colpensiones la totalidad de cotización, de rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, igual se generará una

afectación del sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatorio por los otros afiliados a este esquema, dado que el periodo de permanencia obligatorio contribuye al logro de los principios de la Universidad y eficiencia, que asegura la intangibilidad de la sostenibilidad del sistema, al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago oportuno de mesadas futuras.

Por última, procura la revocatoria de la condena en costas, argumentando que, el demandante no solicitó información detallada ante el I.S.S., hoy Colpensiones, no tuvo ninguna injerencia en la afiliación al RAIS, que el traslado masivo que se está generando respecto a estos casos de ineficacia está menoscabando sensiblemente el monto que tiene el RPM administrado Colpensiones y poniendo en riesgo en el futuro de las mesadas pensionales de los afiliados al sistema.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Bajo el espectro del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, el demandante, Porvenir S.A., Colpensiones y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

El demandante, con miras a que se confirme la sentencia de primer grado trae a colación un amplio discurso argumentativo apoyado en bastos criterios jurisprudenciales, enfatizando en la insuficiencia de la información por parte de los fondos de pensiones que le permitiera entender las consecuencias del traslado.

Las demandadas, en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada y por ello, en gracia de brevedad nos remitimos a los escritos de alegaciones arrimados al proceso.

El Ministerio Público, este delegado tras hacer alusión a las pruebas del proceso, concluye que la AFP PORVENIR S.A., no suministró la información

completa, necesaria y suficiente para que el traslado se repute como libre y voluntario, o por lo menos no se demostró en este proceso, razón por la cual la ineficacia del traslado es procedente, pues era obligación del fondo de pensiones brindarla y no pretender que sea el mismo afiliado el que busque la asesoría, de suerte que la inactividad o silencio del afiliado no puede ser considerado como aceptación de las condiciones, pues el obligado a desplegar los deberes de cuidado es el fondo de pensiones. Por lo anterior, además de solicitar confirmación de la decisión adoptada en primera instancia, solicita modificarla para señalar (i) que el fondo privado está en la obligación de devolver el valor de gastos de administración debidamente indexados, (ii) que frente a la devolución de los frutos o rendimientos no opera la indexación y capitalización, (iii) que el fondo privado debe asumir con cargo a sus propios recursos, cualquier diferencia que se presente en el monto trasladado y (iv) revocar la condena en costas a cargo de Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

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

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

¿La declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pone en riesgo

la sostenibilidad financiera del sistema pensional administrado por Colpensiones?

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

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

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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

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

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final

del artículo 271 de la Ley 100 de 1994, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno.

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

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

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

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

En suma, indefectiblemente la selección de uno de los regímenes del Sistema

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

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019*:*

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata de la historia laboral consolidada expedida por Porvenir[1] el 25 de enero de 2021, y el reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones[2], que el demandante cotizó un total de 517 al RPM, por lo que es claro que estuvo vinculado a este régimen.

[1] Ver folio 62 anexo de la demanda-archivo 1
[2] Ver folio 72 y ss, anexo de la demanda-archivo 1

Precisado lo referente a la afiliación del accionante al RPM, del examen efectuado al formulario de solicitud de vinculación[3] Horizontes Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., se logra extractar que se trata del correspondiente al traslado de régimen, en el que se registró como administradora anterior al I.S.S.; además que se suscribió el 1º de mayo de 2001.

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

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

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

En lo concerniente a la crítica que hace Porvenir S.A. frente al tópico de la inversión **de la carga de la prueba**, estima la Sala que en ningún desacierto incurrió la célula judicial de primer nivel. Es más, este Colegiado con sujeción a lo previsto por la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reafirma que al estar frente a una negación indefinida como ocurre en este evento, en el que el actor afirma que no recibió la asesoría necesaria para decidir sobre el traslado de régimen, la carga de probar lo contrario recae sobre la AFP demandada, sin que este hecho implique ningún desequilibrio procesal como

[3] Ver folio 97, anexo contestación Porvenir

lo alega el censor; es más, lo anterior encuentra respaldo en lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, al establecer perentoriamente que las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Tal determinación **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No.78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional.

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

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

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada[4], la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

[4] CSJ SL-1688 de 2019.

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

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

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

En este punto, es importante recordar que al tenor de lo previsto en el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de la adición realizada por el

artículo 2° de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a las entidades que los administran, lo que es indicativo de que bajo ningún punto de vista es admisible, so pretexto de la buena fe o un bien desempeñó en la administración, que los recursos, entre los que se encuentran los rendimientos financieros en el RAIS, dejen de pertenecer al sistema, para pasar a incorporarse al patrimonio de la entidad administradora.

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

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados[5].

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

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

administración, al decir:

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

En suma, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por PORVENIR S.A., a COLPENSIONES, lo correspondiente a los rendimientos financieros y los gastos de administración.

Como efecto adicional de la ineficacia del acto jurídico de traslado, le corresponde a PORVENIR S.A. devolver con destino al fondo común administrado por COLPENSIONES, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los valores correspondientes a gastos de administración (CSJ SL 3199-2021[6]), pues acorde con nuestro Órganos de Cierre Jurisdiccional, los dineros correspondientes a las cotizaciones pensionales hacen parte del derecho a la Seguridad Social de la actora y debieron depositarse, en forma mensual, en la cuenta global del RPM. En este sentido, el numeral SEGUNDO de la decisión objeto de estudio será modificado para advertir, como lo ha hecho en innumerables oportunidades este Cuerpo Colegiado, que dichos gastos de administración se trasladen debidamente indexados.

Aunado a lo anterior, por beneficiar a Colpensiones, a favor de quien se surte la consulta, se adicionará el fallo, ordenando a PORVENIR S.A., devolver indexadas, las comisiones, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado en él, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales

[6] Enfatiza la Corte que *"que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades,.."*

SL2877-2020, SL782, SL1008 y SL5514de 2021. Igualmente, que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES, la que se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos señalados.

Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, "*los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen*" como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021.

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

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

En lo concerniente al reproche que hace Colpensiones, respecto de la condena en costas, las mismas se revocarán, pues siendo respetable la reflexión de la A quo para emitir tal condena a cargo de esta entidad, este Colegiado se distancia de la misma, al considerar que, no tuvo injerencia en el traslado del actor, y además en sede administrativa tampoco tenía la facultad

de acceder a la declaratoria de ineficacia, pues esa decisión surge como consecuencia de un proceso declarativo en el que se analizaron los presupuestos para su procedencia, en consecuencia, se impone revocar parcialmente el numeral sexto de la sentencia apelada.

De la excepción prescripción propuesta por Colpensiones

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

Respecto de los demás medios exceptivos formulados por esta entidad, a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta salvo la de **imposibilidad de condena en costas** que por las razones expuestas delanteramente se declarará probada, no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello en el sub lite conforme a las consideraciones no ocurrió. Se aclarará que la prosperidad de dicho medio exceptivo, es únicamente respecto de las costas de primera instancia

5. Costas

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 mismas y a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000, para la administradora del RAIS y de 1 smlmv, esto es $1.000.000 a cargo de COLPENSIONES, dada la prosperidad parcial de su alzada. Condena que será liquidada de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el artículo 366 del C.G.P. En el grado

jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto**,** objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **EDGAR NECTARIO OJEDA ENRIQUEZ,** el que quedará así:

> ***"SEGUNDO.- CONDENAR*** *a la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *a trasladar de la cuenta individual del demandante* ***EDGAR NECTARIO OJEDA ENRIQUEZ****, a la cuenta global administrada por la* ***ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES****- en el régimen de prima media con prestación definida, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimiento, utilidades que se hubieren causado, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en que el actor permaneció afiliado a ella, suma que se trasladará debidamente indexada; además, las comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el accionante permaneció afiliado a ella, y al momentos de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A****., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia".*

SEGUNDO. – REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia**,** para **DECLARAR** probada la excepción de fondo propuesta por COLPENSIONES denominada "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS"**,** y no probados los demás medios exceptivos formulados por

esta entidad y Porvenir. Se aclara que la prosperidad de dicho medio exceptivo, es únicamente respecto de las costas de primera instancia.

TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a Colpensiones de la condena impuesta por concepto de costas procesales, en lo demás queda incólume.

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

QUINTO.- CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandada PORVENIR S.A. a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a su cargo en el equivalente a 2 smlmv; esto es, $2.000.000; y, 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.

SEXTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002 - 2021- 00047 - 01 (571)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Sandra del Pilar Zambrano Ortega
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.:	246

I.ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 02 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

SANDRA DEL PILAR ZAMBRANO ORTEGA, llamó a juicio a las referidas

convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado a partir de del 1º de agosto de 1997 al RAIS a través de la **AFP PORVENIR S.A.,** y que continúa afiliada al RPM**,** a cargo de **COLPENSIONES,** conservando todos los beneficios que este le brinda**.**

En consecuencia**,** procura que se **CONDENE** a **PORVENIR S.A.** a trasladar y a **COLPENSIONES** a recibir la totalidad de lo ahorrado**,** por concepto de aportes pensionales**,** bonos pensionales**,** rendimientos financieros y utilidades**,** debidamente indexados junto con intereses de moras**,** así como los gastos de administración también indexados**;** además**,** a pagar los perjuicios morales y materiales causados con el traslado de régimen pensional. Adicionalmente**,** que se ordene a Colpensiones actualizar y corregir su historia laboral. También pide condena en costas a cargo de las convocadas.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 11 de octubre de 1963.Da cuenta que cotizó a la Caja Departamental de Previsión Social del Putumayo desde mayo de 1981 y diciembre de 1982 y que a partir de 1997 lo viene haciendo en Porvenir S.A. Afirma que en no recibió información clara y documentada tanto de Porvenir S.A. como del entonces Instituto de los Seguros Sociales hoy sustituido por Colpensiones sobre las características**,** ventajas y desventajas de la afiliación para escoger a que fondo debía afiliarse. Sostiene que Porvenir S.A. no ha registrado los periodos laborados en la Secretaría de Educación y Cultura de Putumayo**,** que la dilación del reconocimiento de la pensión de vejez conforme al IBL real**,** afecta su estado anímico y salud física y emocional ya que le preocupa que el hecho de percibir una mesada pensional inferior al salario devengado en toda su vida laboral**,** en el evento de permanecer afiliada a Porvenir S.A. Señala además que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones**,** solicitando su retorno al RPM**,** solicitud que también elevó ante Porvenir S.A. para que autorice el traslado y al respecto Colpensiones respondió negativamente y Porvenir S.A. guardó silencio.

2. Contestaciones de la demanda.

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

Al contestar la demanda frente a los hechos aceptó y negó unos**,** dijo no constarle algunos y que no le constan y deben probarse otros. Se opuso a la

prosperidad de las pretensiones, bajo la égida que la vinculación a PORVENIR S.A., fue un acto válido en la medida en que la demandante el 17 de julio de 1997 suscribió el formulario de vinculación de manera libre, consciente y voluntaria. Afirma que, para la fecha de solicitud de traslado, proporcionaron toda la asesoría e información que estaba disponible y que era obligatoria en ese momento para las administradoras. Que la demandante tampoco buscó satisfacer su necesidad de información si es que la tenía, lo cual afirmamos que no, dado que solamente 24 años después de trasladarse demuestra su inconformidad con su decisión. Que a la fecha de solicitud de traslado, además de haberle proporcionado el asesor toda la información, de manera clara y no información engañosa que indujera en error, cuenta con diferentes canales a través de los cuales puede analizar la información sobre las disposiciones legales que regulan la pensión de vejez en el RAIS y, además, su situación particular que fue la que analizó al momento de trasladarse desde el RPM. Formuló como excepciones de fondo las de Buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

-**DE COLPENSIONES.**

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen tiene plena validez, porque fue aprobado por la actora; que no existe prueba que permita acreditar que hubo engaño, vicio del consentimiento o falta de información por parte de la AFP del RAIS; que no es posible el traslado de régimen en cuanto la solicitud la realizó cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión. Señala que Colpensiones no intervino en la decisión de la actora de trasladarse de régimen pensional, que siempre actuó de buena fe en todas sus actuaciones, que no incidió en la decisión de traslado. Formuló como excepciones de fondo la prescripción, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Protección S.A. ante Colpensiones en caso de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social,

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

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 02 de diciembre de 2021, en la que declaró: **i)** La ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; y, **ii)** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, salvo la propuesta por Colpensiones frente a la no condena en costas, que declara próspera.

En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A., a trasladar a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de los saldos obrantes en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos; el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión minina, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, que al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, y que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el RPM y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A. a favor de COLPENSIONES, quien por la decisión de instancia se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos señalados. Absolvió a la parte demandada de la indemnización de perjuicios y condenó en costas a Porvenir.

Apoyado en basta jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, precisó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, que estuvo afiliada al RPM a través de la Caja Departamental de Previsión Social del Putumayo; que la parte demandada, omitió el deber que tenía de explicar los alcances adversos que se suscitaría con el traslado de la Caja de Previsión al Fondo Privado de Pensiones, que no realizó un estudio individual de las condiciones particulares de aquel, no

le brindó una asesoría sobre las consecuencias, no presentó soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, en fin, que no acreditó haber entregado un estudio serio, claro y completo para que la actora hubiese optado por trasladarse al régimen de ahorro individual; y concluyó que procedía la ineficacia del traslado.

Por último, se manifestó el despacho que respecto de la indemnización por los perjuicios propuestos por la parte demandante, no hay lugar a ellos por cuanto no se han demostrado y mucho menos cuantificado.

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A.

Manifiesta en primer lugar que debe prosperar la excepción de prescripción formulada en el escrito de contestación a la demanda. Además insiste en que no están probadas las causales para determinar la ineficacia del traslado, ya que se trató de un acto voluntario y libre que derivó en la celebración de un contrato válido, que además el jefe de personal de la industria licorera de Nariño fue quien le llevó el documento firmado y no fue Porvenir la que indujo y presionó al traslado.

Tilda el fallo de contradictorio, porque se afirma que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero contradictoriamente ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros y el porcentaje de administración. Que al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos, y que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC. Además que la sentencia favorece de forma desequilibrada solamente a la afiliada y desconoce el costo en que incurrió la AFP por la administración que finalmente produjo un efecto pecuniario importante en favor de la actora.

Se opone a que se cobren las primas de los seguros previsionales que

garantizan la suma adicional que haga falta en los casos que sea necesario completar una pensión de sobrevivencia o de invalidez, manifestando que su cobro no lo realiza la AFP sino las compañías administradoras de seguros que manejan las pólizas provisionales que se contratan con aquellas, siendo que las AFP solo sirven en la intermediación del cobro, sin que estén en su poder o puedan ser devueltas.

Cuestiona la aplicación de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que estableció el traslado de la carga de la prueba, ya que esto genera una grave afectación al derecho de defensa de la administradora, pues con la sola afirmación que no se dio información se asegura el éxito de la demanda, y no se tiene en cuenta ninguna de las demás pruebas allegadas por la parte accionada.

Por último, se opone a la condena en costas arguyendo que no solo resultan excesivas, sino improcedentes, porque siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que no debe aceptarse el traslado; y enfatiza que no está facultada para su aceptación porque la actora no hizo uso del derecho dentro de los términos establecidos en la ley, que existe limitante de traslado cuando falten menos de 10 años para cumplir la edad para acceder al derecho pensional.

Insiste en que no se encuentra acreditada la falta de información atribuida por la demandante a la administradora, pero que, si bien las administradoras tienen el deber de información, también los consumidores financieros tienen la obligación de informarse y obtener asesoría para optar por la decisión más conveniente en materia pensional. Cuestiona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, aduciendo que no puede aplicarse en forma genérica y sin ninguna ponderación, y que el regreso automático al régimen pensional sólo procede en eventos particulares establecidos jurisprudencialmente.

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

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

Refiere también que de acuerdo a lo indicado por la actora en su interrogatorio de parte, señala que el traslado tuvo sustento en su empleador y no relaciona a la omisión de información o engaño por parte de la administradora. Por último, indica que la parte demandante debe acreditar que actualmente no disfruta de ningún beneficio pensional dentro del RAIS, lo cual no se encuentra probado.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Bajo el espectro del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, el demandante, PORVENIR S.A. y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

El demandante, con miras a que se confirme la sentencia de primer grado trae a colación un amplio discurso argumentativo apoyado en bastos criterios jurisprudenciales.

Las demandadas, en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada.

El Ministerio Público, en su concepto esta delegada manifiesta que la AFP PORVENIR S.A., no asumió la carga probatoria para demostrar que cumplió

con el deber de información, pues no se arrimó ninguna prueba al plenario que demuestre la gestión realizada, solo se allegó el formulario de afiliación, pero de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el mismo no constituye plena prueba de la asesoría brindada; que en ese orden, si el afiliado desconoce la incidencia del traslado o se presenta una inoportuna o insuficiente asesoría, es un indicativo que no fue informado suficientemente. Advierte que, si bien antes del traslado la demandante no estaba afiliada al ISS, sino a la Caja Departamental de Previsión Social del Putumayo, al tenor del artículo 52 de la Ley 100 de 1993, su régimen era el de prima media administrado por cajas diferentes al ISS. Por último, exhorta por la confirmación de la sentencia recurrida.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

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

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

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

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

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

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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

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

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

En coherencia con lo que viene discurrido, el precedente judicial de la Sala de

Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos en la sentencia SL-373 de 2021 señaló:

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

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

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

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019*:*

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata del certificado electrónico de tiempos laborados CETIL expedido por el Ministerio de hacienda, visible a folio 41 anexo a la demanda que la pretendiente efectuó cotizaciones para pensión en la Caja Departamental de Previsión Social del Putumayo, por tanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994 se colige que estuvo vinculada al RPM. Además, el artículo 128 de la ley 100, estableció en favor de los servidores públicos la libertad de afiliarse al ISS o continuar en esas cajas, pero en ambos casos bajo el régimen de prima media.[1] Por lo anterior, ningún impedimento legal existe para que regrese al RPM ahora a cargo, en forma exclusiva de Colpensiones.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen efectuado al formulario visible a folio 1 del anexo 9 del expediente, se constata que el 17 de julio de 1997, suscribió la solicitud de traslado a la AFP PORVENIR S.A.

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

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

pensional de la promotora del proceso.

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

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

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

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

diciembre de 2020, radicación No. 61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues la demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional

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

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

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

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

[2] CSJ SL-1688 de 2019.

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

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

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

También importa aclarar, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, una de las características del RPM es la existencia de rendimientos que, junto con los aportes de los afiliados, son los que constituyen el fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago

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

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

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

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

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

En lo atinente a el valor de las primas de los seguros previsionales, es juez plural se aparta de los argumentos expuestos por Porvenir S.A., para controvertir la orden de traslado de las mismas, pues, estima procedente la devolución de lo que la AFP demandada descontó de la cotización obligatoria de la demandante con destino a cubrir el valor de las primas de los seguros previsionales, en tanto reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización, por mencionar algunas traemos a colación, tal y como lo ha establecido en estos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514de 2021.

Recapitulando, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por Porvenir S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros, los gastos de administración y primas de seguros previsionales, que en estricto sentido es de lo que en concreto se duele la administradora del RAIS.

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

Pasando a otro reparo de la alzada de Porvenir, se tiene que en su alzada, alega que frente el acto de ineficacia de traslado operó la prescripción. Al respecto, sólo se dirá que este Tribunal, copiosamente en casos similares al presente, ha desestimado la prosperidad de este medio exceptivo en aplicación a la línea jurisprudencial que actualmente impera, que prevé que

los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible; máxime, cuando su propósito es la recuperación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez bajo las garantías que de él emanan, criterio que los argumentos del recurrente, no tienen la virtualidad de debilitar. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en cuanto no encontró con vocación de prosperidad la aludida excepción.

Finalmente, en lo concerniente a las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió

5. Costas

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

IV. DECISIÓN

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

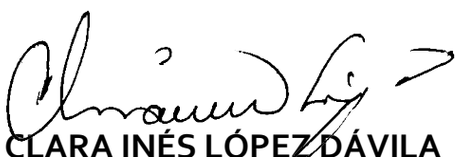
RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **SANDRA DEL PILAR ZAMBRANO ORTEGA.**

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

TERCEROO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.