

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 520013105002 2019-00048- 02 (524)

En San Juan de Pasto, a los seis (6) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022) siendo el día y la hora señalados previamente, los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **RAFAEL EFRAIN ESPAÑA BRAVO** en contra de **CEDENAR S.A. E.S.P.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

El suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado, por ello obrando de conformidad con las previsiones del artículo 13 del de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

RAFAEL EFRAÍN ESPAÑA BRAVO, a través de apoderada judicial, instauró demanda ordinaria Laboral en contra de **CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO – CEDENAR - S.A. E.S.P.**, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que existe compatibilidad entre la pensión de jubilación convencional otorgada por la demandada con la pensión de vejez reconocidas por el I.S.S. hoy COLPENSIONES. Consecuencialmente solicitó se condene a CEDENAR S.A. E.S.P. a realizarle el pago de la pensión plena de jubilación a partir de noviembre de 2014, y le reconozca y pague los beneficios establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre CEDENAR S.A. E.S.P. y SINTRAELECOL como primas, así como los reajustes y la mesada 14, junto con los intereses moratorios, la indexación y las costas procesales.

De manera subsidiaria solicitó se condene a CEDENAR S.A. E.S.P. a pagarle al demandante el mayor valor de la pensión de jubilación convencional al que le fue reconocido por concepto de pensión de vejez por parte del I.S.S. hoy COLPENSIONES, así como la mesada 14.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 9 de diciembre de 1945. Que prestó servicios para la demandada desde el 10 de mayo de 1961 al 31 de diciembre de 1990, esto es, por más de 29 años. Que fue afiliado por cuenta de CEDENAR S.A. E.S.P., al ISS y realizó cotizaciones desde el 1º de noviembre de 1969. Que era beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre CEDENAR S.A. E.S.P. y SINTRAELECOL. Que mediante Resolución 281 de diciembre 21 de 1990, la entidad demandada le reconoció la pensión de jubilación con fundamento en la Clausula Décima Novena de la Convención Colectiva de Trabajo, vigente entre CEDENAR S.A. E.S.P., a partir del 31 de diciembre de 1990 en cuantía inicial de \$243.232,65. Que le fueron canceladas como mesadas por concepto de pensión de jubilación convencional por parte de CEDENAR S.A. EPS., las sumas descritas en el hecho 7º de la demanda y por concepto de primas para los jubilados legales y extralegales las consignadas en el hecho 8º. Que mediante Resolución No 101486 del 19 de septiembre de 2011, el extinto ISS le reconoció una pensión de vejez a partir del 1º de septiembre de 2011 en cuantía de \$3.705.543, y la demandada a partir de noviembre de 2014, suspendió el pago de la pensión de jubilación, aplicándole de manera arbitraria la compartibilidad pensional. Que CEDENAR S.A. E.S.P. desde el mes de noviembre de 2014 no le ha cancelado la pensión de jubilación vitalicia, las primas legales ni extralegales ni la mesada 14. Que en sede administrativa la demandada negó las reclamaciones efectuadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del **20 de febrero de 2019** (fls.113), ordenando su notificación a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, actuaciones que se surtieron en legal forma.

Trabada la Litis, la entidad demandada CEDENAR S.A. E.S.P., a través de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones incoadas en ella, ya que manifiesta que al habersele otorgado una pensión extralegal con posterioridad al 17 de octubre de 1985 se entiende que es compartida con el I.S.S., una vez el trabajador haya alcanzado los requisitos para acceder a la pensión de vejez. En su defensa propuso como excepción previa la de “FALTA DE INTEGRACIÓN DE LITISCONSORCIO NECESARIO” y como de fondo las de “PRESCRIPCIÓN”, “COMPENSACIÓN EN DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO” “MALA FE DEL DEMANDANTE Y DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ESTADO”, “FALTA DE FUNDAMENTO LEGAL PARA DEMANDAR”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “IMPROCEDENCIA DE INTERES DE MORA” y “RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES” (Fls.141-153).

Adicionalmente, llamó en garantía a COLPENSIONES por las razones allí consignadas (Fls.607-609)

Así mismo, formuló demanda de reconvención en contra del demandante con el fin de que se lo condene a reintegrar los valores que CEDENAR S.A E.S.P. le canceló en exceso como

consecuencia del reconocimiento pensional efectuado por COLPENSIONES al actor, demanda frente a la cual la parte actora se opuso, al considerar que actuó de buena fe bajo el principio de confianza legítima de asistirle el derecho a percibir una doble pensión. En su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR o INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” y “PRESCRIPCIÓN” (Fls. 697-709).

La Procuradora 12 Judicial I para asuntos del Trabajo y Seguridad Social en Pasto, manifestó que en el caso es procedente la compartibilidad pensional. En cuanto al IBL indicó que se debe efectuar una liquidación de la pensión de vejez exclusivamente con base en el IBC aportado por el CEDENAR S.A. E.S.P., para luego determinar si existe un mayor valor que le corresponda a la demandada. Con relación a la mesada 14, indicó que debe reconocerse pues no se pueden afectar situaciones definidas o consumadas. Propuso como excepción la de prescripción. (Fls. 137-140).

El Juzgado de conocimiento mediante auto calendarado 14 de mayo de 2019 dispuso tener por contestada la demanda de reconvención presentada por CEDENAR S.A. E.S.P., y rechazó el llamamiento en garantía formulado por esta última respecto de COLPENSIONES, al considerarlo improcedente puesto que dentro del plenario no se evidencia prueba alguna de la garantía suscrita por la última frente a la entidad demandada, decisión que fue confirmada por esta Corporación mediante auto del 12 de marzo de 2020 (Fls. 689 y 719-733)

En la audiencia obligatoria de que trata el artículo 77 del estatuto adjetivo laboral, que tuvo lugar el 1º de junio de 2021, se declaró fracasada la conciliación ante la falta de ánimo de la parte demandada, se fijó el litigio y se realizó el correspondiente decreto de pruebas, fijando fecha y hora para celebrar audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 773-774).

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 21 de octubre de 2021, llevó a cabo la audiencia antes referida y una vez recaudado el material probatorio y clausurado el debate del mismo, declaró que el demandante tiene derecho a que CEDENAR S.A. E.S.P., pague en su favor las primas legales y extralegales de los meses de junio y diciembre en un 50% del valor de la pensión mensual, conforme a lo estipulado en la cláusula vigésima de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre “CEDENAR” y “SINTRAELECOL” para los años 1986 a 1988. Condenó a CEDENAR S.A., a pagar a la ejecutoria de la sentencia los siguientes conceptos y sumas de dinero: A. por las Primas Legales y Extralegales para los Jubilados de que trata la cláusula VIGESIMA de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre “CEDENAR” y “SINTRAELECOL” por el período 1º de junio de 2015 al 30 de junio de 2021, la suma total indexada de \$50.841.097. B. CEDENAR S.A. E.S.P. continuará pagando las primas legales y extralegales que le corresponden al demandante durante los meses de junio y diciembre a partir de diciembre de 2021 y en adelante, en un 50% del valor de su pensión mensual actualizada, conformada por la pensión legal otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones y el mayor valor a cargo de la accionada, de conformidad con la cláusula vigésima de la Convención Colectiva de Trabajo antes enunciada.

Absolvió a la demandada de las pretensiones principales de la demanda inicial como de las restantes pretensiones subsidiarias que no tuvieron prosperidad, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia y declaró no probadas las excepciones de fondo formuladas por la sociedad accionada y parcialmente probada la de prescripción. Declaró probadas las excepciones de fondo formuladas en la contestación a la demanda de reconvención. Condenó en costas a la demandada CEDENAR S.A. ESP. y en favor del demandante RAFAEL EFRAÍN ESPAÑA BRAVO (Fis. 783-784).

En síntesis, el Juez A Quo concluyó accedió a las pretensiones subsidiarias de la demanda, al considerar que no le asistía derecho al actor a reclamar la compatibilidad pensional, sino la compartibilidad de la misma; no obstante al deducir que la pensión de vejez otorgada por Colpensiones resulta superior a la concedida convencionalmente por CEDENAR S.A. E.S.P., indicó que no existe valor mayor para asumir en la mesada pensional mensual, pero si había lugar a reconocer las primas legales y extralegales contenidas en la cláusula vigésima de la Convención Colectiva de Trabajo, en un 50% sobre el valor de la mesada pensional reconocida por Colpensiones, desde el 1º de junio de 2015 por operar la prescripción parcial, hasta el 30 de junio de 2021, por valor de \$45.372.586. En cuanto a la mesada de catorce indicó que su pago no precedía, en tanto, la pensión de vejez se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011 y, con relación a los intereses moratorios manifestó que no resultaban procedentes en su lugar concedió la indexación. Finalmente, en cuanto a la demanda de reconvención planteada por CEDENAR S.A. E.S.P., negó las pretensiones, al considerar que el actor actuó de buena fe, y en todo caso advirtió que sobre dichas pretensiones operó la prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la parte demandante solicitó se modifique de manera parcial la sentencia proferida por la primera instancia, en cuanto absolvió a la demandada del pago del mayor valor, ya que sostiene que para concluir que existe o no, es necesario realizarse una liquidación de la pensión de vejez reconocida por Colpensiones teniendo en cuenta únicamente los aportes realizados por CEDENAR S.A., debido a que esta última entidad no puede beneficiarse de las cotizaciones realizadas por el demandante, argumentos por los que concluye que efectuados los cálculos respectivos se establecerá que la mesada pensional que debía reconocer el Seguro Social con los aportes realizados por la empresa demandada es una suma inferior a la que se le estaba pagando de manera convencional, por lo tanto, existe un mayor valor a su cargo. Así mismo, reclamó el pago de la mesada catorce, debido a que este resulta ser un derecho adquirido y hace parte del mayor valor que la demandada debe asumir, según varios precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, el SI 4911 de 2018.

CEDENAR S.A. E.S.P.

El apoderado de la demandada solicitó se absuelva a su representada del pago de las primas extralegales, en atención a que la pensión convencional reconocida por CEDENAR S.A. E.S.P., fue

inferior a la que le reconoció el ISS hoy COLPENSIONES, por ello, sostiene que no sobreviene mayor valor alguna, debido a que cuando desaparece la causa principal lo accesorio sigue la misma suerte. Advierte que en el caso bajo estudio la cláusula vigésima de la convención colectiva establece que los jubilados tienen Derecho al 50% de su pensión mensual, es decir, el 50% de su pensión convencional hasta el momento que es subrogado el derecho o prestación social reconocido por el instituto de los seguros sociales hoy Colpensiones, en consecuencia, no podría ordenarse un pago de un valor sobre una prestación que dejó de ser un derecho para el demandante y una obligación para la demandada. Adicionalmente, expuso que frente a la buena fe decantada por el Juez A Quo, el actor era consciente de que la empresa Electrificadora de Nariño, seguía cotizando al extinto instituto de los seguros sociales para efectos de que esa entidad pueda asumir esa carga prestacional, luego entonces, conocía de la obligación que tenía como empleado y como pensionado convencional de informarle a la entidad accionada la fecha en la que iba a ser subrogada esa obligación por el instituto de los seguros sociales.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

El apoderado de CEDENAR S.A. E.S.P., insistió en que, al desaparecer la obligación de pagar la pensión convencional plena, desaparece la obligación de cancelar los beneficios adicionales de primas legales y extralegales de junio y diciembre en un 50% del valor de la mesada pensional. Adicionalmente, reiteró que el demandante actuó de mala fe al no informarle a CEDENAR S.A. E.S.P., para que éste asumiera el mayor valor si lo hubiere entre la pensión legal y la voluntaria, pues además resaltó que el aprovecharse de un error ajeno como causa de enriquecimiento ilegal es una conducta punible consagrada en el artículo 252 del Código Penal. En conclusión, solicita se revoque parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado de Primera de Instancia.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante, nuevamente solicitó se modifique la sentencia de primera instancia, en el sentido de efectuar la liquidación de la pensión con los aportes únicamente realizados por la demandada ante Colpensiones y se incluya la mesada 14 que no le reconoce la citada AFP al demandante.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver los recursos de apelación formulados por las partes le corresponde a esta Sala de Decisión definir si i) en atención a la compartibilidad pensional que declaró el Juez de Primera Instancia, la diferencia o mayor valor de la mesada pensional debe ser determinado teniendo en cuenta únicamente los aportes cotizados por la entidad reconocedora de pensión con la cual se tiene la vocación de compartir la pensión al ISS o, si por el contrario, pueden tenerse en cuenta las cotizaciones efectuadas por otros empleadores al ISS; ii) si la demandada debe asumir la mesada mesada 14 y las primas legales y extralegales convencionales y iii) si hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda de reconvención formulada por la demandada en contra del demandante.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

DE LA COMPARTIBILIDAD PENSIONAL Y DE LOS APORTES QUE REALIZÓ EL DEMANDANTE CON OTROS EMPLEADORES

Sea lo primero señalar que en esta instancia no son objeto de controversia los siguientes aspectos: i) la calidad de pensionado del actor ii) la naturaleza convencional de la prestación a el otorgada por CEDENAR S.A. E.S.P., desde el 31 diciembre de 1990, en la suma de \$243.232.65 (Fls. 30-31) ii) Que CEDENAR S.A. ESP, le reconocía al demandante según la cláusula vigésima de la Convención Colectiva, las primas legales y extralegales de los meses de junio y diciembre en un 50% del valor de la pensión mensual, así como la mesada 14 (Fls. 57-72 y 170-171) iii) el otorgamiento de la pensión de vejez por parte del ISS a favor del demandante a partir del 1º de septiembre de 2011, en cuantía de \$3.705.543, iv) que a partir del mes de noviembre de 2014 la demandada suspendió el pago de la pensión convencional al actor y, v) el Juez A Quo, concluyó que la pensión convencional y la pensión de vejez resultaban ser compatibles, decisión que no es objeto de discusión en esta instancia.

Ahora bien, el primer problema jurídico planteado gira en torno a determinar si como lo asegura la parte actora, para efectos de la compartibilidad de la pensión de jubilación otorgada por CEDENAR S.A E.S.P., con la de vejez reconocida por Colpensiones, la primera de las entidades referidas, solo debía considerar los aportes efectuados por CEDENAR S.A.E.S.P., sin que fuera posible beneficiarse del mayor valor resultante de los aportes que realizó a través de otros empleadores.

Al respecto verificado el expediente, en efecto se observa de la historia laboral expedida por Colpensiones visible a folios 35 y ss, que CEDENAR S.A. E.S.P. continuó realizando aportes en favor del actor después de su desvinculación, para que la entidad de seguridad social lo subrogara, y de igual manera el demandante, realizó cotizaciones como trabajador dependiente, últimas de las cuales la apoderada del actor asegura no pueden favorecer a CEDENAR S.A. E.S.P. en lo referente al mayor valor, argumento frente al cual no le asiste razón, pues al respecto nuestro órgano de cierre al resolver un caso similar en sentencia SL 561 del 26 de febrero de 2020, indicó:

“Sobre este punto, la esta Corporación en sentencia CSJ SL, 20 oct. 2015, rad. 48989, reiterada en la CSJ SL2605-2017 enseñó que sí es posible la compartibilidad de las pensiones legales de jubilación con cotizaciones de distintos empleadores, así se pronunció en esa oportunidad:

5º) Efectividad de la compartibilidad pensional – cotizaciones de otros empleadores.

En lo atinente al tema de si es posible que opere la compartibilidad de las pensiones legales de jubilación, con cotizaciones de distintos empleadores, esta Corte ha tenido la oportunidad de estudiar y definir el tema, fijando la postura consistente en que dicha compartibilidad no se pierde ni se le resta efectividad, si el requisito de las semanas cotizadas se cumple con aportes tanto del empleador pensionante como de otros empleadores.

Por ejemplo, en sentencia CSJ SL, del 14 sep. 2005 rad. 23132, reiterada, entre muchos, en fallo SL14405-2015, del 20 de oct. 2015, rad. 48989, se expuso:

(...) Y tampoco la circunstancia de que el pensionado con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo con el Banco Cafetero, se haya vinculado a una empresa particular en donde también cotizó, le pueda restar efectividad a la compartibilidad, dado que como lo ha sostenido la Corte lo que la norma exige, con la salvedad hecha en precedencia, es que la entidad pensionante continúe cotizando para invalidez, vejez y muerte.

Así lo explicó en sentencia de 27 de febrero de 2003, radicación 19645, al interpretar el artículo 61 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año:

<Según puede verse, no es de la inteligencia de dicha norma, como lo asegura el censor, que para la compartibilidad de las pensiones legales de jubilación, el requisito de semanas cotizadas exigido por el I.S.S., para otorgar la pensión de vejez, deba ser cumplido, con cotizaciones hechas exclusivamente por el empleador pensionante, porque lo que el precepto exige, es que cuando éste lo pensione, debe continuar cotizándole hasta cuando el trabajador reúna los requisitos mínimos para adquirir el derecho.

Ahora, si el Tribunal en su sustento, en confusa interpretación de la disposición transcrita, pudo haber dado a entender, que después de concedida una pensión legal por un patrono, en adelante, para que se consolide la de vejez, eran indiferentes las cotizaciones efectuadas por el empleador o por terceros empleadores, cuando dijo: “Estima la Sala que la circunstancia de haber logrado el actor la consolidación de la pensión de vejez con cotización que no necesariamente provienen de BAVARIA, no lo habilita para que continúe operando en el firmamento jurídico, la posibilidad que el beneficio pensional legal, tanto por el sistema patronal directo, como por el obligatorio

de la seguridad social, descansen en cabeza de una misma persona, pues como es sabido ello repugna al principio de la unidad de prestaciones, en donde no puede acumularse el cubrimiento de un mismo riesgo por los dos sistemas atrás citados, pues como es sabido fueron creados para sucederse y no para aplicarlos de manera simultánea”., la verdad es, que por este aspecto el cargo sería fundado, pero al llegar a instancia se encontraría que la demandada si tuvo afiliado al demandante al ISS y cotizó por él para el riesgo de vejez, desde el 1º de enero de 1967, hasta que se terminó la relación laboral, e hizo lo mismo, desde cuando lo jubiló, hasta que ésta le otorgó la pensión de vejez> (Resalta la Sala).

Así las cosas, aunque la demandante completó el número de semanas cotizadas requerido con lo aportado con otro empleador, la verdad es que, la entidad bancaria demandada cotizó según los parámetros legales un significativo tiempo que le permitió a la afiliada adquirir la pensión de vejez, con el derecho a compartir la pensión de jubilación que le otorgó a su trabajadora; siendo menester aclarar, que en este segundo cargo no se está planteando como se hizo inapropiadamente en el primero la <invalides> de algunas de las cotizaciones efectuadas por la accionada, lo que conduce a que no sea posible que la Sala se adentre en el estudio de este último aspecto”.

Así las cosas, de conformidad con el anterior precedente jurisprudencial citado, contrario a lo afirmado por la recurrente, es posible la compartibilidad de las pensiones con cotizaciones de distintos empleadores, sin que deban descontarse las semanas cotizadas por otros empleadores, pues esta deben tenerse en cuenta para la base de liquidación de la pensión de vejez, no solo para el número mínimo de semanas exigido, sino también para efectos de que el afiliado tenga la posibilidad de mejorar la tasa de reemplazo que incide en el valor de su mesada pensional. Así lo ha decantado nuestro órgano de cierre. Para el efecto ver sentencia SL707-2018.

Los anteriores precedentes resultan suficientes para confirmará la decisión de la primera instancia al respecto.

DE LAS PRIMAS LEGALES Y EXTRALEGALES RECONOCIDAS SEGÚN LA CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO

El apoderado de CEDENAR S.A. E.S.P., sostiene que al desaparecer la obligación de pagar la pensión convencional plena, al no existir mayor valor, también se predica de la obligación de cancelar los beneficios adicionales de primas legales y extralegales de junio y diciembre en un 50% del valor de la mesada pensional, a los que fue condenada por la primera instancia a partir del 1º de junio de 2015.

Al respecto, obra en el expediente copia de la Convención Colectiva de Trabajo años 1986-1988, suscrita entre la empresa demandada y el sindicato SINTRAEECOL el 06 de agosto de 1986, con

la constancia de haber sido depositada oportunamente, según folio 73 del expediente, en cuya cláusula vigésima se estableció el derecho a unas primas para los jubilados, de la siguiente manera:

“VIGÉSIMA. -PRIMAS PARA LOS JUBILADOS. La empresa pagará a sus jubilados las primas legales y extralegales de los meses de junio y diciembre, en un cincuenta por ciento (50%) del valor de su pensión mensual.”

Además, no es objeto de controversia que la entidad accionada reconoció en favor del actor dichas sumas al menos hasta octubre de 2014, tal y como se extrae de los folios 170 a 171.

Ahora bien, de la lectura del contenido de la cláusula vigésima de la convención colectiva 1986-1988 anteriormente citada, aparece diáfano que las *primas extralegales* equivalen al 50% de la totalidad de la mesada pensional que perciba el jubilado, sin que la norma realice algún tipo de distinción relacionada con el momento en que empiece a compartirse la pensión con el ISS.

Consecuentes con lo anterior, la Sala determina que el porcentaje extralegal del 50% reconocido como prima debe aplicarse, a cargo de la demandada y a favor del demandante, sobre el valor total de la mesada pensional de vejez percibida por el actor a cargo de COLPENSIONES.

Es de anotar, que en un caso similar dentro del proceso 2012-00168- 01, adelantado por Bernardo Gómez Villota vs Cedenar S.A. E.S.P, al decantar dicha situación esta Corporación señaló lo siguiente, que sirve como precedente horizontal.

“Consecuentes con lo anterior, la Sala determina que el porcentaje extralegal del 50% reconocido como prima debe aplicarse, a cargo de la demandada y a favor del demandante, sobre el valor total de la mesada pensional de jubilación percibida por el actor, sin consideración a la compatibilidad pensional, esto es sumando el monto de dinero que recibe por parte de la empresa y el que le es entregada por el ISS”.

Así las cosas, resulta evidente que la entidad demandada está obligada al pago de las primas legales y extralegales, como mayor valor, cumpliendo de esta forma con lo pactado en la Convención Colectiva de Trabajo, puesto que el hecho de haber operado la compatibilidad pensional no la exonera de su obligación de reconocer esas mesadas pensionales, que se insiste comportan el mayor valor que debe asumir.

Conviene advertir que, ciertamente, la compatibilidad pensional favorece al empleador, en el sentido de liberarse del pago de una porción de la pensión que tenía a su cargo, pero jamás puede ir en detrimento del trabajador, a quien no puede disminuirse el monto de su mesada pensional o de los valores extralegales que estaban contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo y que venían reconociéndosele.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-266 de 2011, sostuvo:

“En suma, por virtud de la compatibilidad de las pensiones, un ex empleador que tiene a su cargo una pensión de jubilación puede librarse total o parcialmente de la misma –según el caso-, cuando el ex trabajador por él pensionado, cumple los requisitos para acceder a una pensión de vejez en el ISS. Así, el ex empleador podría eximirse de la totalidad de la prestación de jubilación, si el monto de la pensión a su cargo fuere igual o menor a la mesada de vejez pagada por la entidad de seguridad social; mientras que se libraría solo parcialmente, si la suma sufragada por el ISS tuviere un valor inferior a la solventada por él, quedando obligando entonces, en esta hipótesis, a desembolsar el mayor valor no cubierto por el asegurador, manteniéndose vigente dicha prestación en lo que a ese monto se refiere.

“Igualmente, la compatibilidad de las pensiones de jubilación y vejez implica que el beneficiario se encuentra frente a dos prestaciones íntimamente ligadas entre sí, cuyo monto, una vez reconocidas -las dos pensiones-, debe ajustarse en tanto, en términos prácticos, se funcionan (sic) en una sola, subrogando la entidad de seguridad social al ex empleador en el pago de la misma, salvo en lo relativo al mayor valor que llegare a resultar en su contra, el cual queda obligado a sufragar al pensionado.”(Subraya la Sala).

En síntesis, como hasta el mes de octubre de 2014 la entidad demandada venía cancelando al demandante en los meses de junio y diciembre una suma equivalente al 50% del valor total de la pensión extralegal de jubilación mensual por concepto de *primas extralegales*, y desde noviembre de 2014, fue suspendida, la reclamación del demandante de la cancelación de la prima extralegal en su totalidad a cargo de su antiguo empleador hoy demandado, tiene total respaldo jurídico, prima que en consecuencia debe calcularse sobre la totalidad de la pensión de vejez devengada por el actor por parte de COLPENSIONES, razón por lo cual se confirmará la condena impartida al respecto por el Juez A Quo en la forma y cuantía que lo indicó montos que no fueron reprochados por las partes.

DE LA MESADA CATORCE

Concluyó el Juez A Quo que en el caso bajo estudio no había lugar al pago de la mesada 14, como quiera que la pensión de vejez se causó con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005 y además fue superior a 3 SMLMV, decisión a la que se opuso la apoderada de la parte actora.

Al respecto debe advertir la Sala que la decisión de la primera instancia fue errada, como quiera el pago de la mesada catorce, resulta ser un derecho que causó el demandante con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y que debe sustituirse en los términos que aquel lo disfrutó, así lo ha decantado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en varias sentencias entre ellas en la SL2054-2019 y en sentencia SL5597 del 1º de diciembre de 2021, en la que estableció:

“Y esta Corporación ha reiterado en diversos pronunciamientos que la mesada adicional de junio de las pensiones convencionales reconocidas previo a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, si no se subrogan por la entidad de seguridad social, están a cargo exclusivo del empleador como parte del mayor valor que le corresponde asumir, y constituyen además un derecho adquirido que, una vez causado, no puede verse afectado por los nuevos limitantes que imponga el ordenamiento jurídico para su reconocimiento. En efecto, en la citada sentencia CSJ SL3834-2019, la Sala indicó:

“(…) en casos como el presente, la mesada adicional de junio hace parte del mayor valor que debe reconocer Electricaribe S.A. ESP en virtud de la compartibilidad pensional. De suerte que, de cara al inciso 1.º del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, la «proporción» que le corresponde asumir a la empleadora por concepto de mesada 14, es el 100%.

Basta agregar que esta Corporación en anteriores oportunidades, se ha referido al tema de la mesada adicional de junio de las pensiones convencionales, entre otras, en la sentencia CSJ SL7917-2015, en los siguientes términos:

Lo cierto es que el Tribunal no incurrió en yerro jurídico alguno al imponer la condena en la forma en que lo hizo, pues si la pensión convencional del actor fue reconocida antes de la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 y el actor venía recibiendo su importe en el equivalente a catorce mesadas anuales, el valor de cada anualidad es el que debe observarse para efectos de la compartibilidad con la pensión de vejez que le otorgó el ISS en vigencia de la referida normatividad, sin que importe finalmente si el ISS no reconoce la mesada adicional de junio por superar la pensión de vejez el monto de los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la restricción que le impone el citado acto legislativo. Basta comparar la diferencia cuantitativa que existe entre las catorce mesadas que pagaba el Ministerio y las trece que reconoció y paga el ISS, de manera que si el monto de las primeras supera el monto de las segundas, la diferencia entre las dos debe ser asumida por el Ministerio, pues eso es finalmente el efecto que surge de la figura de la compartibilidad pensional. Como lo dijo esta Corporación en sentencia SL17444-2014, si «como quedó dilucidado, la entidad accionada le venía reconociendo el pago de la mesada catorce hasta antes de que el ISS les reconociera la pensión de vejez, luego la misma forma parte del «mayor valor» al cual por ley está obligado a asumir por efecto de la compartibilidad pensional.

Esta postura de la Sala ha sido reiterada en diversos pronunciamientos tales como: CSJ SL13254-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL11584-2015, CSJ SL7917-2015, CSJ SL7909-2015, CSJ SL4819-2015, CSJ SL8296-2017, entre otros.

Así las cosas, como la pensión de jubilación reconocida por la demandada a Luis Enrique Niño Verbel fue causada antes de la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, y el ISS reconoció la prestación por vejez en vigencia del mismo y fue superior a 3

salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicho instituto no asumió la mesada adicional de junio y, por tal motivo, en virtud de la compatibilidad pensional, es la empleadora la obligada a responder por ella al formar parte del mayor de valor que, por ley, tiene a su cargo y tratarse de un derecho adquirido.

En ese orden de ideas de conformidad con la jurisprudencia antes citada se ordenará el pago de la mesada catorce, pues esta hace parte del mayor valor que le corresponde asumir a la demandada en un 100%. Para el efecto ver sentencias CSJ SL3834-2019 y SL3340-2020.

Así las cosas, efectuadas las operaciones aritméticas respectivas, teniendo en cuenta la prescripción declarada por la primera instancia de los conceptos causados con anterioridad al 31 de mayo de 2015, las mesadas catorce causadas desde el 1º de junio de ese año hasta el 30 de junio de 2021, fecha hasta la cual se impartieron las condenas de la primera instancia ascienden \$33.814.850 que indexada a la fecha de la sentencia de primera instancia ascienden a \$37.310.905., sin perjuicio de la indexación que se siga causando hasta la fecha del pago efectivo. La Sala aclara que para efectos de calcular la mesada se tomó como referencia la Resolución mediante la cual Colpensiones otorgó la pensión al actor y el comprobante de pago visible a folio 50 que da cuenta de la mesada para el año 2018.

DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Absolvió el juez de primera instancia al demandante de las pretensiones incoadas en la demanda de reconvención formulada en su contra por CEDENAR S.A. E.S.P., la cual pretendía la devolución de las mesada pensionales extralegales percibidas junto con la pensión de vejez otorgada por COLPENSIONES, pues expuso que el demandante actuó de buena fe y en todo caso advirtió que sobre dichas pretensiones operó la prescripción, decisión que no comparte el apoderado de CEDENAR S.A. E.S.P, al considerar que, el actor era consciente de que la empresa Electrificadora de Nariño, seguía cotizando al extinto instituto de los seguros sociales para efectos de que esa entidad pueda asumir esa carga prestacional.

Al respecto, la Sala comparte la decisión de la primera instancia que absolvió al demandado, en tanto, sobre las devolución de sumas pagadas de buena fe, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al estudiar un caso de similares características al aquí planteado en sentencia SL524 del 17 de febrero de 2020, avaló la conclusión a la que llegó el Tribunal Superior de Bogotá referente a que el comportamiento de la demandada estuvo revestido de buena fe al continuar recibiendo hasta el año 2010, de manera completa los pagos de la pensión reconocida por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., y que de conformidad con el artículo 136 del CCA no había lugar a la devolución de los dineros pagados en esas circunstancias, pues textualmente indicó

“Debe decir la Sala, que no se equivocó el Juez plural al sustentar la negativa al reembolso de las sumas pagadas de más, ya que es la propia jurisprudencia laboral la que señala dicha conducta como límite para recuperar prestaciones concedidas en exceso, estableciendo

como condición, que los estipendios así otorgados no pueden, por ese solo hecho, tornarse en inamovibles. En providencia CSJ SL, 4 may. 2006, rad. 26969, citando a CC C-1049-2006, se consideró:

[...]

“En el presente caso, la disposición acusada le otorga a la administración, la facultad de demandar ‘en cualquier tiempo’ los actos administrativos mediante los cuales se reconozcan prestaciones periódicas, precisando que ‘no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe’. Quiere ello decir, que la norma acusada, en cuanto le concede a la administración tal facultad, no vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, tal y como han sido entendidos por la Corte en múltiples fallos, por cuanto el legislador no está partiendo de la mala fe de los administrados, ni tampoco está defraudando expectativas legítimas que a los mismos se les hubiesen creado. Se trata, simplemente de que ningún ciudadano puede esperar que, con el paso del tiempo, se regularice o se torne intocable una prestación económica que le ha sido otorgada en contra del ordenamiento jurídico y en deterioro del erario público. Ello indica entonces, que si bien el legislador debe actuar sin menoscabar los derechos legítimamente adquiridos, no está imposibilitado para permitir a la administración, de manera excepcional, demandar en cualquier tiempo su propio acto, cuando encuentre que éste se ha proferido contrariando el ordenamiento jurídico, ello con el fin de defender intereses superiores de la comunidad”. (Subraya la Sala)”.

“Acude igualmente razón al ad quem cuando, bajo esos criterios, analizó que correspondía a la promotora del litigio, la demostración de que la pensionada no actuó de buena fe, bien por inducir en error de la administración o por haberse beneficiado de un hecho fraudulento, tal como lo ha expuesto la Sala, de manera pacífica y reiterada, en sentencia CSJ SL, 26 en. 2010, rad. 36095:

Ahora bien, en cuanto a la orden de devolver las sumas de dinero recibidas por concepto de mesadas pensionales, bajo el entendido de no haberse demostrado la buena fe del llamado a responder, contrario a lo que dedujo el Tribunal, a juicio de la Sala, lo que fluye evidente es que [...] actuó bajo la invencible convicción de reunir los requisitos previstos convencionalmente para tener derecho a la pensión de jubilación, que finalmente le reconoció su empleadora; muestra de ello es que se acogió al “PLAN E”, conforme lo manifestó expresamente a la entidad (fl. 160), dispuesto para trabajadores con derecho a pensión, empero, sin que hubiera aducido algún elemento de juicio con la intención de inducir a error al ente promotor del litigio.

Bajo la precedente perspectiva, como el reconocimiento de la pensión de jubilación se generó en un error atribuible exclusivamente a la empleadora, a pesar de que, para efectos de constatar la carencia de las exigencias convencionales en cabeza del demandado, tenía

en su poder toda la información del demandado, sumado a la ausencia de mala fe de éste, son suficientes para arribar a la conclusión de que no era viable ordenar la devolución de lo ya cancelado.

Así las cosas, no le asiste razón al apoderado de la demandada, pues si bien en el caso que nos ocupa se encuentra acreditado que CEDENAR S.A. ES.P., continuó realizando pagos al demandante aun después del otorgamiento de la pensión de vejez por parte del ISS, también lo es que, no se evidencia que ello hubiera sido promovido por un actuar de mala fe del demandante. En conclusión, se confirmará la decisión de la primera instancia tomadas al respecto.

COSTAS

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del P., se tiene que dadas las resultas de la alzada, al haber prosperado parcialmente el recurso de apelación de la parte demandante, hay lugar a condenar en costas a CEDENAR S.A. E.S.P. a quien no le prosperaron ninguno de los puntos de apelación. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del agosto 5 de 2016 en 1. S.M.L.M.V, es decir, \$1.000.000, costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

CONCLUSIÓN

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado corresponde a esta Sala modificar los numerales primero y segundo de la sentencia para declarar que el demandante tiene derecho a la mesada catorce e imponer la condena respectiva. Así mismo, de conformidad con el artículo 285 del C.G.P., se debe aclarar la redacción del literal b) del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, para indicar que la mesadas extralegales convencionales corresponden al 50% de la totalidad de la mesada de pensión de vejez a cargo de Colpensiones. En lo restante la sentencia será confirmada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: **MODIFICAR** los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 21 de octubre de 2021, los cuales quedaran así, conforme a las razones expuestas en esta sentencia.

“PRIMERO: DECLARAR que el señor **RAFAEL EFRAÍN ESPAÑA BRAVO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.199.800, tiene derecho a que **CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO S.A.CEDENAR S.A.**, representada legalmente por el señor **ANDRES VILLOTA ERASO** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.627.895, **RECONOZCA Y PAGUE** en su favor las primas legales y extralegales de los meses de junio y diciembre en un 50% del valor de la pensión mensual, conforme a lo estipulado en la cláusula VIGESIMA de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre “CEDENAR” y “SINTRAELECOL” para los años 1986 a 1988,

DECLARAR que al demandante **RAFAEL EFRAÍN ESPAÑA BRAVO**, le asiste el derecho a que la demandada **CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO S.A.CEDENAR S.A.** le reconozca y pague la mesada catorce (14), en la forma que se dejó explicada en la parte motiva de esa decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a **CENTRALES ELÉCTRICAS DE NARIÑO S.A. – CEDENAR S.A.**, representada legalmente por el señor **ANDRES VILLOTA ERASO** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.627.895, a pagar a la ejecutoria de este fallo a favor de la parte actora, los siguientes conceptos y sumas de dinero:

A. Por las PRIMAS LEGALES Y EXTRALEGALES PARA LOS JUBILADOS de que trata la cláusula VIGESIMA de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre “CEDENAR” y “SINTRAELECOL” por el período 1º de junio de 2015 al 30 de junio de 2021, la suma total indexada de **\$50.841.097**, último valor al que será condenada la demandada.

B. CEDENAR S.A. E.S.P. continuará pagando las primas legales y extralegales que le corresponden al demandante durante los meses de junio y diciembre de cada año, a partir de diciembre de 2021 y en adelante, en un 50% del valor de su pensión mensual actualizada, conformada por la totalidad de la pensión legal otorgada por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, de conformidad con la cláusula VIGESIMA de la Convención Colectiva de Trabajo antes enunciada.

C) CEDENAR S.A E.S.P., continuará pagando la mesada catorce en cuantía equivalente a la mesada otorgada como pensión de vejez por COLPENSIONES, mesadas que desde el 1º de junio de 2015 hasta el 30 de junio de 2021, ascienden a \$33.814.580 que indexadas corresponden a \$37.310.905, sin perjuicio de las que se sigan causando en adelante y de la respectiva indexación hasta el momento en que se efectuó su pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia objeto de apelación.

TERCERO: CONDENAR en costas a **CEDENAR S.A. E.S.P.** a favor del demandante. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en 1. S.M.L.M.V, es decir, 1.000.000, costas que

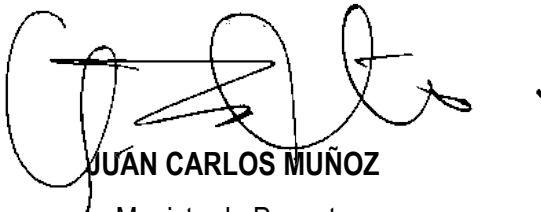
serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

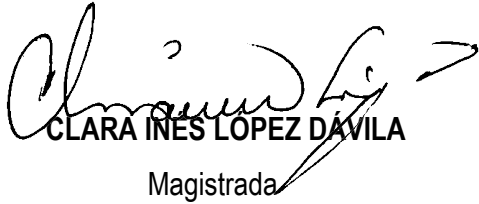
CUARTO: INCORPORAR a la presente decisión, el anexo contentivo de la liquidación del retroactivo por concepto de mesada catorce a que se hace referencia en la parte motiva de esta providencia.

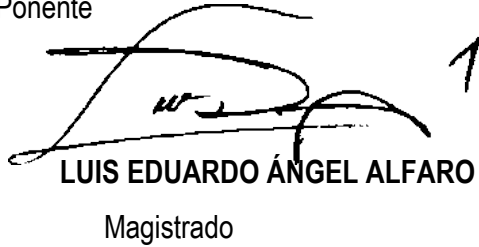
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 370. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto. En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

LIQUIDACION MESADA 14

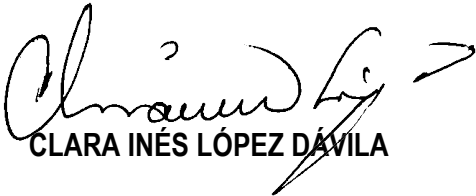
EVOLUCION MESADAS		
AÑO	%SL / IPC	SALARIO
2011	3,73%	\$ 3.705.543
2012	2,44%	\$ 3.843.760
2013	1,94%	\$ 3.937.547
2014	3,66%	\$ 4.013.936
2015	6,77%	\$ 4.160.846
2016	5,75%	\$ 4.442.535
2017	4,09%	\$ 4.697.981
2018	3,18%	\$ 4.890.128
2019	3,18%	\$ 5.045.635
2020	3,18%	\$ 5.206.086
2021	3,18%	\$ 5.371.639

FECHAS DETERMINANTES DEL CÁLCULO	
Deben mesadas 14 desde:	1-jun.-15
Deben mesadas 14 hasta:	30-jun.-21
Se indexa hasta	30-jun.-21
IPC base 2018	

MESADAS ADEUDADAS CON INDEXACIÓN				
PERIODO	MESADAS ADEUDADAS	IPC INICIAL	IPC FINAL	D. Mesada actualizada
Junio 2015	\$ 4.160.846	85,2133	108,7800	\$ 5.311.574
Junio 2016	\$ 4.442.535	92,5435	108,7800	\$ 5.221.964
Junio 2017	\$ 4.697.981	96,2336	108,7800	\$ 5.310.479
Junio 2018	\$ 4.890.128	99,3112	108,7800	\$ 5.356.379
Junio 2019	\$ 5.045.635	102,7100	108,7800	\$ 5.343.824
Junio 2020	\$ 5.206.086	104,9700	108,7800	\$ 5.395.046
Junio 2021	\$ 5.371.639	108,7800	108,7800	\$ 5.371.639
Totales	\$ 33.814.850			\$ 37.310.905

RESUMEN DEL RETROACTIVO A LA FECHA DE LA SENTENCIA	
RETROACTIVO MESADAS 14	\$ 33.814.850
RETROACTIVO MESADAS 14 INDEXADAS A 30-06-2021	\$ 37.310.905


JUAN CARLOS MUÑOZ


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Solicitud de Corrección de Sentencia

Proceso No 520013105003 -2019-00083 -01 (321)

En San Juan de Pasto, a los seis (6) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, procedemos a emitir pronunciamiento respecto de la solicitud de **ACLARACION Y COMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIA** dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **LUIS FELIPE ORTEGA** contra **LA CIGARRA SAS**.

En consecuencia, la Sala dicta la siguiente **SENTENCIA COMPLEMENTARIA**, de conformidad con el artículo 287 del C.G.P.

El apoderado judicial del demandante LUIS FELIPE ORTEGA, presentó escrito en el que solicita la aclaración y complementación de la sentencia emitida por esta Sala de Decisión, el pasado 31 de enero de 2022.

De conformidad con los artículos 285 y 287 del C.G.P., aplicables por remisión al procedimiento del trabajo y de la seguridad social por mandato del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S.:

***“Artículo 285. ACLARACIÓN.** La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.*

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.”

***“Artículo 287. ADICIÓN** Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, **deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria**, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.”*

Ahora bien, la petición de aclaración y complementación de la sentencia del memorialista radica en que se aclare el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia proferida por esta Corporación el 31 de enero del año en curso, el cual modificó los numerales SEGUNDO y QUINTO, de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto el 3 de agosto de 2021, pues argumenta que con el recurso de apelación solicitó se cancelaran las horas extras y en consecuencia la reliquidación de prestaciones sociales, por lo que reclama sean incluidos los primeros conceptos -horas extras- en el

resuelve de la sentencia de segunda instancia, los que aduce según la liquidación realizada por la Sala anexa a la sentencia proferida ascienden a \$326.533 para el año 2016 y \$297.136 para el año 2017.

De otro lado, sostiene que esta Corporación en la providencia proferida el 31 de enero del año en curso, consideró que a su poderdante le corresponde un valor mayor como indemnización por despido sin justa causa, el cual se encontró demostrado y probado; no obstante no fue concedido, frente a lo cual disiente, ya que expone que en la segunda instancia no existe limitación alguna para su concesión, toda vez que el juez se encontraba facultado para ello teniendo en cuenta que las dos partes en el presente proceso presentaron recurso de apelación. Lo anterior, lo sustenta en la sentencia C-968 del 2003, que establece que *“la sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación del artículo 35 de la Ley 712 de 2002, se ajustan a la Constitución, en el entendido que las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador”*.

Por lo anterior, concluye que al contemplar la indemnización por despido sin justa causa un derecho irrenunciable, había lugar a la concesión de un mayor valor bajo el supuesto de que si se encontró demostrado y probado este concepto, lo anterior en salvaguarda del derecho que como trabajador la parte demandante ostentaba.

En conclusión, solicitó la aclaración y complementación de la sentencia en relación con el reconocimiento de horas extras, así como el valor adicional por indemnización por despido sin justa causa regulado por la Ley 50 de 1990.

CASO CONCRETO

DE LAS HORAS EXTRAS

Esta Corporación en sentencia proferida el 31 de enero del año en curso, reliquidó las primas de servicios y las cesantías al incluir las horas extras diurnas laboradas por el actor, esto es, dos horas semanales y no una hora diaria como lo había resuelto la primera instancia, sin embargo, no se reconoció ni se impuso condena por concepto del pago de horas extras, situación que reprocha el memorialista solicitando su complementación, pues a su juicio este concepto fue reclamado en la demanda y con el recurso de apelación.

Al respecto, advierte la Sala que en efecto revisado el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en lo que interesa, indicó que: *“Primer reparo, en lo relacionado con la existencia y reconocimiento de horas extras, del señor Luis Felipe Ortega”... “toda vez que en la contestación de la demanda la parte demandada informó que mi cliente devengaba el salario mínimo, por lo tanto, al existir y reconocérsele la nueva hora extra diurna debería dar lugar a un nuevo salario mínimo y con ese salario una nueva liquidación de las prestaciones sociales, entre las que se encuentran vacaciones, primas de servicios y demás”*.

De conformidad con lo anterior, encuentra la Sala que le asiste razón al memorialista al reclamar la adición de la sentencia respecto de la condena por horas extras, puesto que al solicitar se tenga en cuenta un “nuevo salario mínimo”, reclamó el reajuste salarial lo que implica el reconocimiento del pago de las horas extras, concepto que además comporta un derecho irrenunciable del trabajador, pues estas forman parte del salario según lo establece el artículo 127 del C.S.T.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el demandante laboró 2 horas extras diurnas semanales, para un total de 8 horas extras diurnas mensuales y que operó la prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 5 de marzo de 2016 al presentarse la demanda el mismo día y mes del año 2019, se calcula el valor de las horas extras laboradas entre el 5 de marzo de 2016 hasta el 7 de noviembre de 2017, el que asciende según el cuadro anexo a un total de 73,87 horas extras para el año 2016 por valor de \$265.248,66 y para el año 2017 de 77,33, por valor de \$297.136,67 para un total de \$562.384,67 por concepto de horas extras, suma que deberá ser indexada al momento de su pago, siendo del caso de anotar que el cuadro de liquidación anexo a la sentencia proferida el 31 de enero de 2022, en el que se obtuvo un valor diferente de horas extras para el año 2016, al tomarse desde enero del mismo año, lo fue para sacar el salario base de liquidación anual, con el fin de reliquidar las primas y cesantías teniendo en cuenta la prescripción parcial de las mismas.

En consecuencia, la adición de la sentencia es procedente, pues se omitió resolver lo respectivo sobre el pago de horas extras reclamadas por la parte actora, por lo cual se adicionará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 31 de enero del año en curso, para incluir la condena por horas extras antes referida.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

Sobre este tema esta Sala en sentencia de segunda instancia resolvió mantener incólume el valor obtenido por la primera instancia de \$15.492.057, al considerar que contrario a lo sostenido por la apoderada de la CIGARRA SAS, quien interpuso recurso de apelación, el mismo fue liquidado teniendo en cuenta el salario mínimo del año 2017 sin incluir horas extras, valor que tampoco fue objeto de reparo en el recurso de apelación de la parte demandante, ni la forma en cómo se obtuvo, esto es, dando aplicación al literal a) del artículo 64 del C.S.T. siendo que al actor le asistía derecho a la liquidación prevista en el literal d) del artículo 6º de la Ley 50 de 1990, en la sentencia cuya aclaración se solicita la Sala textualmente consideró:

“En ese orden de ideas y al tornarse el despido del actor injusto le asiste derecho al pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., en el monto que definió la Juez A Quo, siendo en todo caso de advertir que la liquidación de la misma, conforme al anexo aportado se realizó teniendo en cuenta únicamente el S.M.L.M.V. del año 2017, esto es, \$737.717, y contrario a lo afirmado por la apoderada de la parte demandada, sin incluir horas extras, por ello, no hay lugar a su modificación, pues tampoco fue objeto de reparo de la parte demandante el monto obtenido de \$15.492.057 ni la forma en cómo se obtuvo, dando aplicación al literal a) del artículo 64 del C.S.T., siendo que al actor le asistía derecho a la liquidación prevista en el literal d) del artículo 6 de la Ley 50 de 1990, por ello, se mantendrá incólume. “.

Recalca en esta oportunidad la Sala, que en su recurso de apelación el apoderado de la parte actora, ninguna inconformidad manifestó al respecto, mostrándose conforme con lo decidido por la Juez A quo, luego entonces, de conformidad con los artículos 285 y 287 del C.G.P, y los argumentos traídos por el

apoderado de la parte actora, no se cumplen los presupuestos para que se acceda a la solicitud de aclaración, pues dicha petición no versa sobre algún motivo de duda que exista en la parte resolutive de la sentencia o que influya de forma directa en la decisión. Tampoco, se encuentran reunidos los requisitos para que se acceda a la adición o complementación de la sentencia, en lo que a esta topico se refiere ya que esta solo procede cuando i) se omite la resolución de un extremo de la Litis, es decir, se deja de resolver aspectos propios del fondo del asunto puesto en consideración del juzgador y, ii) no se resuelven aspectos que por orden legal deben resolverse, situaciones que no se presentan en el caso bajo estudio, ya que por el contrario la Sala resolvió el punto de apelación respecto de la indemnización por despido injusto propuesto por la apoderada de la Cigarra SAS, argumentos por los cuales la complementación pretendida no resulta procedente, siendo del caso anotar que por vía de adición no puede lograrse una modificación de lo ya resuelto por esta Sala, pues claramente el artículo 285 ya citado dispone que la sentencia no es revocable ni reformable por el Juez que la pronunció.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia proferida dentro del presente asunto el 31 de enero de 2022, de acuerdo con las consideraciones vertidas en precedencia, en consecuencia, el numeral primero del referido fallo quedará así:

“PRIMERO: MODIFICAR los numerales **SEGUNDO y QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 3 de agosto de 2021, objeto de apelación, el que quedará así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandada **LA CIGARRA SAS** a pagar en favor de la parte demandante **LUIS FELIPE ORTEGA**, los siguientes valores por los conceptos que se indican a continuación

- a) **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO** \$15.492.057
- b) **Diferencia en primas de servicios** \$47.404,47 suma que deberá ser indexada a la fecha de su pago
- c) **Diferencia en Cesantías** \$842.771,45 valor que deberá ser indexado al momento de su pago.
- d) **Horas Extras Diurnas:** \$562.384,67 suma que deberá ser indexada al momento de su pago.

“QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada la CIGARRA SAS, respecto de la reliquidación por horas extras, y no probadas las restantes, conforme a las razones expuestas”.

SEGUNDO: **NEGAR** la solicitud de aclaración y complementación de la sentencia de fecha 31 de enero de 2022, solicitada por la parte actora, respecto de la indemnización por despido injusto, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: En todo lo restante se mantiene incólume la sentencia objeto de adición, proferida dentro del presente asunto, por esta Sala de decisión el 31 de enero de 2022.

CUARTO: GLOSAR al expediente para que haga parte integrante de esta providencia, la liquidación de horas extras efectuada por la Sala.

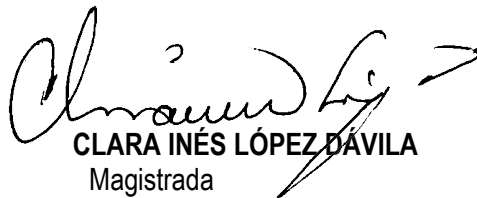
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 368. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

PRESCRIPCION: 5/03/2016
FECHA FINAL DEL CONTRATO: 7/11/2017

1. LIQUIDACION DE HORAS EXTRAS

DATOS DE LA LIQUIDACION

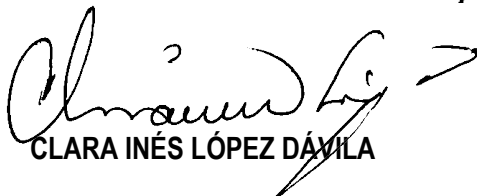
NUMERO HORAS EXTRAS SEMANALES DIURNAS: 2
NUMERO HORAS EXTRAS MENSUALES DIURNAS: 8

AÑO 2016		SALARIO MINIMO:		\$	689.455,00
MES	HORAS EXTRAS		VACACIONES		
	# H.E.	VALOR			
mar-16	6,93	\$ 24.896,99			
abr-16	8,00	\$ 28.727,29			
may-16	8,00	\$ 28.727,29			
jun-16	2,93	\$ 10.533,34			
jul-16	8,00	\$ 28.727,29			
ago-16	8,00	\$ 28.727,29			
sep-16	8,00	\$ 28.727,29			
oct-16	8,00	\$ 28.727,29			
nov-16	8,00	\$ 28.727,29			
dic-16	8,00	\$ 28.727,29			
HORAS EXTRAS DESDE 5-03-2016 A 31-12-2016 (Opera prescripción)		73,87	\$ 265.248,66		

AÑO 2017		SALARIO MINIMO:		\$	737.717,00
MES	HORAS EXTRAS		VACACIONES VACACIONES		
	# H.E.	VALOR			
ene-17	8,00	\$ 30.738,21			
feb-17	8,00	\$ 30.738,21			
mar-17	8,00	\$ 30.738,21			
abr-17	8,00	\$ 30.738,21			
may-17	8,00	\$ 30.738,21			
jun-17	8,00	\$ 30.738,21			
jul-17	8,00	\$ 30.738,21			
ago-17	8,00	\$ 30.738,21			
sep-17	8,00	\$ 30.738,21			
oct-17	4,00	\$ 15.369,10			
nov-17	1,33	\$ 5.123,03			
HORAS EXTRAS DE ENERO A NOVIEMBRE 2017		77,33	\$ 297.136,01		

TOTAL HORAS EXTRAS	\$ 562.384,67
--------------------	---------------


JUAN CARLOS MUÑOZ


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE:

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 520013105003 2019-00149-01 (183)

En San Juan de Pasto, a los seis (6) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MUÑOZ**, quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **CARMEN LUCIA JURADO**, contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

El suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado, por ello, obrando de conformidad con las previsiones del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

CARMEN LUCIA JURADO, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.** a partir del 1º de abril de 2003. En consecuencia, se condene al fondo privado demandado a devolver a **COLPENSIONES** los valores cotizados por la actora, incluyendo los de administración, capitalización, indexación e intereses de mora. Así mismo, solicitó se condene a las demandadas a reconocer los perjuicios materiales causados a la actora y las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 23 de junio de 1967. Que cotizó al ISS desde el 1º de mayo de 1996 hasta el 1º de abril de 2003, data en la que PORVENIR S.A., sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual, pues no se le informó sobre la pérdida de las ventajas pensionales del RPM, ni tampoco que el acceso a su pensión fuera por encima de los 57 años.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendado 22 de mayo de 2019 (Fl. 47), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO”, “BUENA FE” y “PRESCRIPCIÓN”. (Fls. 54-62).

PORVENIR S.A. en su defensa propuso las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO”, e “INEXISTENCIA DEL DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA” y la “INOMINADA” (Fl. 95-141).

Por su parte, la Procuradora 12 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen. (Fls. 50-53).

El juzgado de conocimiento el 25 de marzo de 2022, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto en el cual declaró fracasada la

conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas.

Acto seguido, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento en la que una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, dirimió el asunto en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante a PORVENIR S.A. el 1º de junio de 2003, y en consecuencia declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al R.A.I.S. y por lo mismo, siempre permaneció en el R.P.M. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y DEVOLVER a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. 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, debidamente indexados. Condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., los conceptos descritos en el numeral anterior para que a futuro se consolide el derecho pensional de la actora. Declaró probada la excepción de fondo denominada buena fe propuesta por COLPENSIONES y se abstuvo de condenarla en costas. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls. 158-161).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que se debe declarar probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta la norma civil. Manifestó que el manejo de la prueba testimonial no fue adecuada, en tanto, la juez de primera instancia le otorgó un valor que no tenía, dado que los testigos no brindaron información precisar sobre las circunstancias del traslado. Manifestó que la falta de información alegada no fue la única razón que motivó el traslado de la actora. Así mismo, aseguró que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se generan como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo cual no es posible, pues en caso de que se mantenga la decisión relacionada con la ineficacia del traslado, sostuvo que debe acudir a la figura de las restituciones mutuas.

COLPENSIONES

El apoderado de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., más aún si se tiene en cuenta que la demandante es una persona profesional. Resaltó además que, de conformidad con la sentencia SL 413 de 2018 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la demandante ejecutó actos de reconocimiento hacia la entidad que denotan el compromiso de pertenecer a ella, por más de 20 años. Así mismo, advirtió que autorizar el traslado del demandante al RPM, implica prohiar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

La parte actora, solicitó se confirme la decisión adoptada por la Juez A Quo, como quiera que la A.F.P. demandada PORVENIR S.A., omitió asesorar debidamente a la demandante, pues su traslado se llevó a cabo sin explicar, de manera clara y suficiente las consecuencias del mismo, conforme lo establece la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia al respecto.

COLPENSIONES manifestó que la demandante no acreditó la falta de información que atribuye a las A.F.P., por lo tanto, el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando COLPENSIONES no intervino en ese acto y tampoco la actora presentó solicitud de traslado en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Finalmente, solicitó se tenga en consideración la sentencia SL 413 de 2018, donde la Corte Suprema de Justicia, asevera que situaciones como la información de saldos, actualización de datos, asignación de claves, pueden denotar compromiso con la pertenencia del afiliado a la AFP del RAIS del cual es parte,

lo importante es que existe correspondencia entre voluntad y acción, es decir que sea un reflejo de lo que aparece, cómo puede significar su pertenencia a este régimen por más de 10 años.

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

Por su parte el Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que PORVENIR S.A. no cumplió con la carga de la prueba sobre el deber de información que le correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, expuso que los argumentos esgrimidos por la demandada no son válidos, debiendo el fondo privado transferir a COLPENSIONES los saldos acumulados existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías. En consecuencia, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso esa entidad PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a decretar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ante el RAIS, administrado por la demandada PORVENIR S.A. Igualmente determinar si esa entidad debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora incluyendo la totalidad de las cotizaciones, sus rendimientos, gastos de administración, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales en lo pertinente, pues estableció que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.¹, argumentos ratificados entre otras en la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

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

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

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

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

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

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

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

personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

.

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó la Juez A quo, al indicar que PORVENIR S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 2003, proveniente del extinto ISS administrador del RPM, no cumplió con el deber de información, pues contrario a lo que afirman los apoderados de las demandadas le correspondía a PORVENIR S.A., arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, la actora recibió por parte de esa entidad, independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos

y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada al demandante.

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

Ahora bien, conviene advertir que respecto del formulario de afiliación aportado visible a folio 14, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del formulario no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por lo tanto, no es posible concluir que PORVENIR S.A., cumplió con las obligaciones que le incumbían, pues esa entidad no aportó mayores elementos que permitan así concluirlo; aspecto que además le correspondía probar por carga dinámica de la prueba, situación probatoria que no es irregular, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer el demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional de la promotora de la litis y que pudo evitarse si hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, pues pese a que los testigos María Fredy Yela Cerón y Miguel Antonio Castro, no informaron sobre las condiciones en que se produjo el traslado de la actora, pues no lo presenciaron, el fondo privado demandado no probó que cumplió con el deber de información debida y transparente

Ahora bien, conviene recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1452 de 2019 que ya fue referida y entre otras en las sentencias SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019, definieron que la figura a aplicar en el caso que nos ocupa no es la de nulidad de traslado, sino que lo pertinente, es declarar su ineficacia; al respecto, expresamente la Corte señala: *“la reacción del ordenamiento jurídico – artículos 271 y 272 ley 100 de 1993 a la afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto de cambio del régimen pensional, por trasgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales...”*

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

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado hacia PORVENIR S.A., a partir del 1º de junio de 2003, como lo definió la primera instancia, ineficacia que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, conclusión que no implica como lo asegura el apoderado de COLPENSIONES una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

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

motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”.

De igual forma, también se le ordenará devolver a la demandada PORVENIR S.A., tal y como lo estableció la primera instancia, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021, con la precisión de 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 confirmará la decisión de la primera instancia y la que ordenó la indexación respecto de las primas destinadas a los seguros previsionales, 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 del traslado al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último de la actora es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea la demandante quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, por ello, se adicionará la decisión de la primera instancia en el sentido de establecer que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido la actora en él, corre PORVENIR S.A. a cargo de ello con sus propios recursos.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

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

En cuanto a la condena en costas el Código General de Proceso, acogió el sistema objetivo para su imposición, razón por la cual el artículo 365 en su numeral 1°, establece que ha de condenarse en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, que para el caso que nos

ocupa lo fue PORVENIR S.A., por ello la condena que irrogó la primera instancia al respecto resulta acertada.

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

EXCEPCIONES.

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepción de fondo las de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO” y “BUENA FE” respecto de las cuales se debe señalar que de conformidad con el análisis que se viene realizando en el transcurrir de esta providencia y en razón a que los fundamentos de aquellas se soportan en la inexistencia de la nulidad y/o ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

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

En cuanto a las costas de primera instancia la Juez A Quo se abstuvo de imponer condena en contra de COLPENSIONES declarando probada la excepción de buena fe; no obstante, lo procedente era declarar de oficio probada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, por lo tanto, se modificará el numeral cuarto de la sentencia en lo pertinente, por cuanto jurisprudencialmente la buena fe del empleador produce consecuencias jurídicas diferentes.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por esa entidad y por el fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el

artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala adicionar el numeral segundo de la sentencia y se modificar el numeral cuarto conforme se indicó. En lo restante la sentencia se confirmará.

COSTAS

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

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: **ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** y **MODIFICAR EL NUMERAL CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 25 de marzo de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante CARMEN LUCIA JURADO junto con sus rendimientos y devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos y/o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinados al fondo de garantía de pensión mínima estos tres últimos en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la actora 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”.

“CUARTO: “DECLARAR probada de oficio la excepción de **“IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”**, en favor de **COLPENSIONES**, y no probadas las restantes propuestas por esa entidad conforme se expuso. En cuanto a las excepciones propuestas por **PORVENIR S.A.**, únicamente se declarará probada la excepción de **“INEXISTENCIA DEL DAÑO”**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 25 de marzo de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

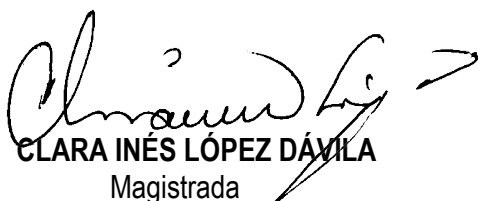
TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a favor del demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el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

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 369. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto.

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003-2019-00405-01 (038)

ACTA No. 372

San Juan de Pasto, seis (06) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **PATRICIA GÓMEZ DUQUE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS adelantado por PROTECCIÓN S.A. Solicita, en consecuencia, que se condene a esta última a trasladar a COLPENSIONES y a ésta recibir, lo ahorrado por concepto de aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros y utilidades, junto con la indexación e intereses moratorios, así como los gastos de administración y demás valores existentes en la cuenta de ahorro individual y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 1°. de diciembre de 1962 y cotizó al RPM entre el 4 de julio de 1989 y el 31 de enero de 2006; que sin mediar asesoría alguna el fondo PROTECCIÓN S.A. promovió su traslado al RAIS, el cual fue efectivo a partir del 1° de febrero de 2006; que en consulta realizada ante la administradora demandada conoció que en el evento de seguir cotizando el 100% del tiempo, en el RAIS accedería a una pensión aproximada de \$1.500.000 a los 60 años y de haber permanecido al RPM al menos contaría con un 55% de IBC, que a la presentación de la demanda asciende a \$13.382.200.

Señala, finalmente, que el 30 de agosto de 2019 radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, la cual se resolvió negativamente.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

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

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., expone que la decisión de traslado del demandante fue libre y voluntaria después de brindarle asesoría e información, la que estaba disponible y era obligatoria en ese momento para las administradoras, sin que durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS el demandante buscara la posibilidad de regresar al RPM. Con fundamento en lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada (fls. 125 a 158).

A su turno, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado de régimen tiene plena validez, pues no se acreditaron vicios del consentimiento o falta de información que le resten eficacia y que, en todo caso, esta decisión fue un acto libre y voluntario del promotor del litigio, cumpliendo los requisitos legales. Advierte que el retorno del actor al RPM se solicitó en forma extemporánea y con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo (fls. 56 a 65).

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 25 de noviembre de 2021, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional de la demandante con efectos a partir del 1º de febrero de 2006; en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la accionante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones de la actora, bonos pensionales si hubiera lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos, indexación, además de las

cuotas de administración; a la administradora del RPM a recibir de PROTECCIÓN S.A. los conceptos antes descritos para que a futuro se consolide el derecho pensional de la actora. Por último, condenó en costas a las administradoras pensionales PROTECCIÓN S.A y a COLPENSIONES, pese a que ello no se plasmó en el acta de audiencia virtual obrante a PDF 16 del expediente, así se resuelve en el audio que la soporta.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA PROTECCIÓN S.A.

Inconforme con esta determinación, quien representa los intereses de la administradora del RIAS traída a juicio, solicita al Juez Colegiado revocar la decisión y, en su lugar, absolver a su mandante de las condenas impuestas, incluidas las costas. Sustenta su recurso en que es procedente y así deberá declararse, la prescripción de carácter civil respecto de la acción que originó este proceso, toda vez que, insiste, el objeto del proceso y la fijación del litigio se circunscribieron a determinar la existencia, validez o ineficacia del acto jurídico de la afiliación, que efectivamente existió y produjo efectos durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada, haciendo aportes y recibiendo rendimientos financieros en la cuenta individual y, desde luego, la administradora haciendo uso del derecho legal de cobro de la cuota de administración por el trabajo desarrollado y la producción de esos beneficios.

Agrega que la prueba ha sido insuficiente y solo se ha contado con el interrogatorio de parte rendido por la demandante a quien le favorecen sus declaraciones, agregando que la información suministrada era la disponible en ese momento, pues la falta de información a la que se refiere la demanda no puede considerarse como la única circunstancia que dio lugar a la afiliación porque ello desconoce otros aspectos como la condición laboral de la afiliada, entre muchas otras, que no han merecido ningún tipo de estudio dentro del proceso.

Señala que existe un desequilibrio procesal, pues de conformidad con el análisis jurisprudencial efectuado por el despacho, el solo dicho de la demandante garantiza el éxito de sus pretensiones, sin que se le de valor alguno a las manifestaciones de la entidad demandada.

Enfatiza en la afectación del principio de congruencia, de conformidad con la contradicción en que se incurre con la decisión atacada, en tanto si no hay acto jurídico eficaz y la actora nunca salió del RPM, tampoco hay lugar a devolver los rendimientos ni la cuota de administración, pues ellos se generaron gracias a una gestión adecuada, profesional y sería de su representada que sin duda se refleja positivamente en la cuenta

individual de la accionante y que, a la luz del Código Civil, se trata de mejoras debidamente regladas, por lo que no es posible retrotraer las cosas al estado anterior, trasladando todas las sumas declaradas.

Finalmente refiere que no se debe imponer condena alguna a su apoderada por costas procesales, por cuanto estas resultan improcedentes y excesivas, sin considerar que la entidad privada siempre actuó de buena fe y con apego a la Constitución, a la Ley y conforme a las buenas prácticas comerciales y contractuales.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES

El apoderado judicial de la parte demandada COLPENSIONES, expone su desacuerdo en procura de que se revoque el fallo de primer orden, con base en iguales argumentos esbozados desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, insistiendo en que en el sub examine no es posible migrar del sistema pensional.

Sostiene que no se demostró una indebida información o engaño por parte de PROTECCIÓN S.A., pues además existe una ratificación del deseo de permanencia en el RAIS, la que se puede confirmar con solicitudes de información de saldos, actualizaciones, asignación de claves, entre otros, tal como lo ha definido la jurisprudencia.

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

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1°. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial del 23 de agosto de 2022.

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

Por su parte, COLPENSIONES manifiesta a través de su agente, que se ratifica en las razones de defensa esbozadas con la contestación de la demanda y, como consecuencia de ello, solicita declarar probadas las excepciones, así como exoneración de las pretensiones incoadas por la parte actora y de las condenas impuestas en primera instancia.

Por último, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, solicita que la decisión impartida en primera instancia sea confirmada pero se modifique en el sentido de señalar que en el evento de presentarse diferencia en el monto a trasladarse, este se asumirá con cargo a los recursos del fondo privado, que la devolución comprende la indexación no solo de los gastos de administración sino del porcentaje de las primas de seguros previsionales y el destinado a la garantía de pensión mínima, también que el la indexación y capitalización de las cotizaciones trasladadas no es procedente porque sobre ellas se reconoce los frutos o rendimientos y finalmente que se revoque la condena en costas a cargo de Colpensiones por no haber participado en el acto jurídico de traslado.

CONSIDERACIONES

Conforme lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por la operadora judicial de primera instancia, quien declaró la ineficacia del acto jurídico de

traslado de régimen pensional del demandante del RPMPD al RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A.¿ ii) ¿Igualmente se ajusta al ordenamiento jurídico la declaratoria de ineficacia y el consecuente retorno de la actora al RPM, la devolución de los dineros depositados en su cuenta individual, la distribución de la carga de la prueba, además de los rendimientos financieros y los gastos de administración? Por último, iii) ¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

1) INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

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

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

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

En otras palabras, era obligación de las administradoras de este régimen desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, artículos 13 literal b), 271 y 272 y con el Decreto 693 de 1993, numeral 1º modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003

(disposiciones relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal y aún lo es, incluso con mayor rigor, garantizar que el usuario, antes de tomar esta determinación de traslado, comprenda las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada una de los regímenes pensionales, lo que incluye hacerle conocer la existencia de unos beneficios de transición y su eventual pérdida. En suma, era de su cargo hacerle conocer toda la verdad, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro, sin que en ningún caso ésta se entienda surtida con el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación.

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

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

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

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

hubieren causado. Tal precepto regula las restituciones mutuas en el régimen de las nulidades y por analogía es aplicable a la ineficacia.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible o cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones tendientes a resarcir o compensar de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

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

Las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad quedan igualmente obligadas a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, replicada en la sentencia CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, entre otras). Igualmente se obliga a restituir el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia y los recursos destinados al fondo de garantía mínima previstos en los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021.

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

En efecto, si el afiliado asegura que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual se acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código

General del Proceso, según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba; igualmente, en el artículo 1604 del mismo compendio sustantivo, para indicar que le corresponde a la administradora del RAIS acreditar la prueba de la diligencia o cuidado porque es ella quien ha debido emplearlo (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

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

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

2) CASO CONCRETO

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

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, contrario a lo increpado por las alzadistas por pasiva, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a la sociedad administradora demandada, no por capricho

del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019), como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitadamente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta a la demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PROTECCIÓN S.A. incumplió con su doble obligación vigente para el momento en que se surte el traslado, por una parte, brindar información y por otra, asesorar al afiliado llegando incluso, si ese hubiere sido el caso, a desanimarla de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por la accionante ante PROTECCIÓN S.A., con efectividad el 1º de febrero de 2006, según el certificado de ASOFONDOS (fl. 161), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD al cual se afilió válidamente, según constancia emitida por Colpensiones (fl. 19) y su historia laboral (fls. 21 a 33), con la posibilidad de acceder a los beneficios pensionales que el sistema ofrece.

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

en lo pertinente, la historia laboral como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

Igualmente se le ordenará a la demandada PROTECCIÓN S.A. devolver ante COLPENSIONES, debidamente indexados, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los gastos de administración y/o comisiones, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. En este sentido, el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión de primera instancia será modificado y adicionado.

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

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

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

Lo anterior tampoco implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia consagrados en los artículos 66A del mismo compendio y el 281 del C.G.P., pues si bien en el escrito inaugural se omitió pedir que se declaren todas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen, luego de realizar un análisis armónico, en la forma planteada en la sentencia SL911-2016, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, para este Juez Colegiado el fin último perseguido por el demandante es alcanzar, a futuro, una pensión de vejez acorde con el ingreso base de cotización, no siendo razonable que asuma los efectos negativos de las falencias en el proceso de traslado de régimen pensional.

3) COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA

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

En todo caso, el numeral 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 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.

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

No corre la misma suerte la demandada COLPENSIONES, quien también la fustigó, pues su imposición no es una forma de castigar las conductas de las partes, como erradamente lo consideró la jueza de primer grado, sino una obligación que debe asumir quien resulte efectivamente vencido en el proceso. Ahora, como lo viene sosteniendo este Cuerpo Colegiado, la presente contienda judicial se cimienta en actuaciones del fondo pensional privado que conducen a declarar la ineficacia del acto jurídico de traslado, en el cual la administradora del RPM no participó y por ello, se insiste, es procedente que la misma sea exonerada de esta obligación.

Por consiguiente, la decisión de primera instancia será modificada en su numeral quinto con este propósito, pues a pesar de que en el acta de audiencia virtual no se plasmó la referida condena a cargo de COLPENSIONES, ello fue impuesto a viva voz por la jueza cognoscente y consignada en el audio que soporta la referida diligencia. De contera, se declarará probada la excepción de *imposibilidad de condena en costas* formulada oportunamente por el fondo público pensional.

4) EXCEPCIONES

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

Lo anterior impone igualmente la modificación del numeral cuarto de la decisión objeto de estudio.

Conforme de desatan los recursos de apelación formulados por las traídas a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de las demandadas y a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, a cargo de PROTECCIÓN S.A y de 1smlmv; 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.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 25 de noviembre de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

“SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar de la cuenta individual de la demandante PATRICIA GÓMEZ DUQUE, a la cuenta global administrada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hubiere lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos o rendimientos causados. Además, las cuotas de administración y/o comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por la administradora del RAIS durante el tiempo que el actor permaneció en él, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma la asumirá la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia”.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

“TERCERO. DECLARAR no probados los medios exceptivos de defensa propuestos por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, con excepción de la IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS formulada por el fondo público pensional, la cual alcanza prosperidad”.

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

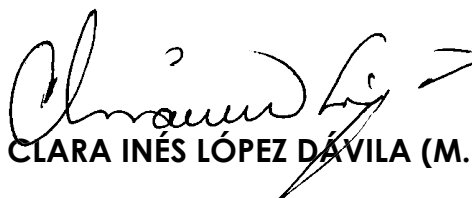
“CUARTO. CONDENAR en costas de primera instancia a la demandada PROTECCIÓN S.A., a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 3 smlmv”.

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

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

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO