



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral**

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Septiembre veintitrés (23) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2019-00394-01 (067)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Alcira Magaly Córdoba Mafla
Demandada:	Olga Marina Suarez Rodríguez
Asunto:	Se confirma sentencia apelada.
Acta No.	397

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado por la parte demandante, contra la sentencia emitida el 10 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

ALCIRA MAGALY CÓRDOBA, llamó a juicio a **OLGA MARINA SUAREZ** con el propósito que se **DECLARE** la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido, entre el 15 de marzo de 2011 y el 15 de enero de 2018; que terminó por decisión unilateral e injusta de la empleadora.

Consecuencialmente, solicita que se **CONDENE** a la pasiva a pagar: prima de servicios, cesantías, dotación, vacaciones, reajuste salarial, aportes a seguridad social, horas extras, dominicales, indemnizaciones por despido injusto, no pago oportuno de cesantías (Art. 99 Ley 50/90) y de prestaciones (Art. 65 CST)

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones afirmando que laboró en la casa de habitación de la demandada, mediante contrato verbal a término indefinido, desarrollado dentro de las fechas señaladas en precedencia, cumpliendo labores de servicios generales en horario de lunes a domingo de 7:00 am a 8:00 p.m., que durante la relación laboral no recibió pagó de prestaciones sociales y demás acreencias laborales enlistadas anteriormente.

Sostiene que inició con salario de \$ 150.000, 00 y terminó recibiendo \$ 275.000, 00. Indica que laboró bajo continuada subordinación, sin solución de continuidad, siendo despedida el 15 de enero de 2018, sin pago del último mes de trabajo.

Informa que en dos ocasiones citó a la accionada ante el Ministerio de trabajo para audiencia de conciliación y nunca acudió ni justificó la inasistencia.

2. Contestación de la demanda.

Olga Marina Suarez, al ejercer el derecho de defensa, negó todos los hechos de la demanda bajo la egida que faltan a la verdad, por cuanto, quien le presta los servicios domésticos es María Graciela Achicanoy Muñoz.

Se opuso a todas las pretensiones, argumentando que nunca existió relación laboral con la demandante, que hubo entre ellas un lazo de amistad; afirma que la actora actúa de mala fe y que abusa del derecho al demandar acreencias laborales inexistentes. Inserta a la contestación, declaración extra proceso rendidas por la señora María Graciela Achicanoy Muñoz, Deicy Yurani Moncayo Ramírez, indicando que esta era su manicurista y por ello frecuentaba su casa y del señor David Esteban Gómez Benavides, de quien dice fue su arrendatario por 7 años.

Propuso como excepciones las de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia celebrada el 1º de septiembre de 2021, en la que declaró: **i)** probada las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo; **y, ii)** Absolver a la demandada **de** todas las pretensiones formuladas por la parte demandante.

Fundó esta decisión en déficit probatorio sobre la prestación del servicio, arguyendo que la prueba testimonial rendida en el proceso, no logró infundir convencimiento de que realmente la demandante prestó servicios personales a la convocada. Reseña que, aunque la declaración rendida por Odilia Córdoba, deja el sentimiento de que ciertamente hubo tal prestación, la misma le genera mucha duda, en cuanto, se trata de la hermana de la promotora del proceso; **y,** en lo que atañe al testigo Luis Alfonso Córdoba, sus dichos referentes a que una vez entró a la casa donde la actora dice haber trabajado y desde una ventana atisbó que lavaba los baños; **y,** que fue a recogerla a altas horas de la noche, los tilda de flojos. Agrega que, del análisis de las declaraciones de las partes, se percibe que fue amistad lo que existió entre ellas; que, si alguna vez le prestó algún servicio, fue como recompensa por todo lo que la demandada le brindaba y por haberla acogido como parte de la familia, incluso que la fotografía allegada para el despacho es constancia de dicha amistad.

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se reveló la parte demandante, la que, en sustento de su discordia, con miras a que la misma se revoque, aduce que no se analizaron detalladamente los testimonios de Odilia Córdoba Mafla y Luis Alfonso Yela, para negar la declaración de la existencia de la relación laboral, respecto de la que insiste que se llevó a cabo entre el 15 de marzo del año 2011 hasta el 15 de enero del año 2018 de manera continua e ininterrumpida, por ello, lo procedente era acceder a las pretensiones. Alega la presunción de los hechos por falta de asistencia de la demandada a la audiencia del artículo 77 del CPTSS. Enfatiza que quedó probado que fue contratada laboralmente, así como las funciones que realizaba y el horario que cumplía, todo lo cual quedó evidenciado con los testigos, cumpliéndose los requisitos del artículo 23 del

CST.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Bajo el espectro del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso las partes.

La parte demandante.

Sostiene que quedó acreditado, con los testimonios de Odilia Córdoba y Luis Alfonso Yela, que trabajó en favor de la señora Olga Marina Suarez Mafla, desde el marzo de 2011 hasta enero de 2018, de manera continua y sin ningún tipo de interrupción. Que no guarda correspondencia lo afirmado por la parte demandada sobre un vínculo de amistad, comoquiera que dentro de ese supuesto vínculo se cumplieran con las características principales de un contrato laboral, donde hay una prestación de un servicio a título personal por parte de la demandante y subordinación respecto de Olga Marina. De igual manera se debe precisar que, con las pruebas aportadas se lograron demostrar varios aspectos importantes de la relación laboral, tales como las funciones desempeñadas por la parte actora, comoquiera que las labores eran prestadas directamente a la parte demandada, conforme quedó evidenciado con las referidas pruebas testimoniales.

La parte demandada.

Manifiesta que coadyuva el examen acucioso realizado por el A quo al valorar el acervo probatorio aportado por la parte actora el cual se quedó huérfano al pretender neciamente demostrar una relación laboral que jamás tuvo lugar. Que de la prueba testimonial que militó en el proceso no se puede concluir como lo pretende hacer ver la apoderada de la señora Alcira Magaly Córdoba Mafla que concurren los tres elementos esenciales para una relación laboral. En consecuencia, pide desestimar el recurso de apelación y se confirme

la sentencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia en el recurso de la parte demandante. En consecuencia, nos plegaremos estrictamente la materia controvertida en el disenso.

2. Problemas jurídicos.

En virtud de los planteamientos esgrimidos por el recurrente, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

¿Incurrió el A Quo en los errores de valoración de la prueba testimonial traída a instancia de la promotora del juicio y por ende desatinó al desestimar la existencia del deprecado contrato de trabajo?

¿Si lo anterior resulta positivo, corresponde a la Sala verificar si la accionante tiene derecho al pago de las obligaciones laborales e indemnizaciones reclamadas?

3. Solución a estos planteamientos.

Escuchada la fundamentación de la impugnación, luce palmar que la opositora se duele de la valoración probatoria que el A quo desplegó, concretamente a la declaración de los testigos Odilia Córdoba Mafla y Luis Alfonso Yela, misma que a su juicio son suficientes para acreditar la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo que a través de este juicio reclama.

Al respecto cabe precisar que en tratándose de cuestiones probatorias, cumple memorar que la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 167 del CGP *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

Por su parte el artículo 164 del mismo Estatuto, regula que toda decisión

judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, lo que quiere decir que no se puede inferir condenas con base en meras suposiciones, dado que su providencia debe encontrarse suficientemente respaldada con las probanzas que se hayan hecho valer dentro del proceso.

Asimismo, debe recordarse por ésta Corporación, que los juzgadores dada la libertad de apreciación de las pruebas que tienen en virtud de lo establecido por el artículo 61 del CPTSS, cuentan con la facultad de evaluarlas con independencia y autonomía y fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso de apelación como fuente del quebranto que conduzca a dejar sin efecto la decisión adoptada.

Jurisprudencialmente¹, se ha indicado que de acuerdo con el citado dispositivo, impera la potestad legal que tienen todos los jueces de apreciar libremente la prueba para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos con base en aquellos medios probatorios que más los induzcan a hallar la verdad real y no la simplemente formal que aparezca en el proceso, en donde las inferencias del juzgador mientras sean cobijadas por el principio de la sana crítica y de alguna manera aceptables, quedan abrigadas por la presunción de legalidad, tal como se dejó sentando por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de noviembre de 2003 radicado 21478, en la que puntualizó:

"(...) Al efecto y de vieja data la Corte ha considerado que dada la libertad de apreciación de las pruebas que tienen los juzgadores de instancia en virtud de lo establecido por el art. 61 del C.P. del T., el entendimiento que estos le den a aquellas, nace de la autonomía e independencia de que gozan y de la facultad de formar libremente su convencimiento con base en el principio de la sana crítica, que no es más que la lógica y la experiencia.

"Por lo dicho, las conclusiones que hace el Tribunal acerca del material probatorio recepcionado, mientras sean lógicamente aceptables, se encuentran cobijadas por la presunción de legalidad, por lo que priman sobre las conclusiones que hacen las partes en relación con el análisis de una o varias pruebas aun cuando dichas inferencias sean también lógicas y de recibo, dado lo cual, debe mantenerse la sentencia con base en esta conclusión del Tribunal"²

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, sentencia de octubre 15 de 2009. Rad. 37196.M.P. Luis Javier Osorio 15 de octubre de 2009.

² Posteriormente, en sentencia del 15 de septiembre del 2004, La Corte trajo en remembranza lo dicho en

Dada la claridad con la que nuestro máximo órgano de cierre tiene decantada su posición respecto a la libertad de valoración probatoria que tienen los operadores de justicia, sería del caso apartarnos del reproche que hace la opositora sobre la apreciación de las pruebas con las que la juez de primer grado formó el convencimiento, para desestimar la existencia del reclamado contrato de trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior y sin ánimo de menoscabar el principio de libertad en la valoración probatorio del cognoscente, teniendo en cuenta que la censura en su afán de desvirtuar los argumentos del fallador de instancia, trae como puntual señalamiento, la incorrección del análisis de la versión rendida por los testigos Odilia Córdoba Mafla y Luis Alfonso Yela, enfatizando que con la misma se acredita la existencia de los requisitos del contrato de trabajo vertidos en el artículo 23 del CST, pasa la Sala a examinar si ese análisis fue de tal desatino que contrario a la argüido por el A quo, si es posible establecer la existencia de la deprecada relación laboral.

Para ese efecto, veamos lo dichos por aquellos deponentes.

Odilia Córdoba Mafla. Se destaca que se trata de la hermana de la promotora del proceso, en tal calidad, afirma que aquella inició a trabajar para la demandada en el mes de marzo del año 2011 y terminó el 15 de enero de 2018, y que lo hizo en forma continua, detalla con exactitud todas las funciones que debía cumplir relacionadas con labores propias de un servicio doméstico, incluido el cuidado de un hijo de ella (la enjuiciada) lo que a veces hacía los domingos, horarios asignados en forma precisa, salario inicial y aumentos del mismo hasta el último devengado, atestigua sobre el no pago de prestaciones, falta de afiliación a seguridad social integral y no pago del sueldo del último mes. Asegura que alguna vez entró a la casa donde trabajaba su hermana, la vio lavando baños. Cuenta que a veces, cuando le extendían el horario de trabajo la iba a recoger y le tocaba esperar que saliera del sitio de trabajo.

Luis Alfonso Yela. Dice conocer a la demandante desde que era pequeña, que son vecinos y tienen una estrecha amistad; que a la demandada la divisó, más o menos en el año 2014, cuando Magaly (demandante) lo llevó a hacer un trabajo a su casa por una humedad que esta estaba presentando, siendo esta la única vez que entró al inmueble y que la conoció cuando acompañaba a la hermana a recogerla a la casa donde laboraba que eran 2 o 3 veces por semana. Cuenta

sentencia de 27 de abril de 1977, inédita, en la se puntualizando en otras palabras lo dicho en este fallo.

que el día que ingresó a la residencia a hacer el arreglo de la humedad, sólo estuvo 20 minutos negociando sobre el mismo con la señora Olga (demandada), que el trabajo lo realizó en día y medio, por fuera del apartamento, pero que por una ventana que daba a la cocina, la notó haciendo los quehaceres de la casa, también dice haber advertido la presencia de un niño al que Magaly llevaba a su casa. Afirma que la actora ingresó a trabajar en el año 2011 y terminó en el 2018 en forma continua.

Para la Sala, aunque el tema cardinal de este asunto gira entorno a la crítica que hace la censura a la valoración probatoria efectuada por el *A quo*, para definir sobre la existencia del deprecado contrato de trabajo, previo a emitir la apreciación frente a las reseñadas probanzas, conviene precisar que, por disposición legal³, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: **a)** La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; **b)** La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, es decir la continuada subordinación y **c)** Un salario como retribución del servicio.

Y, para que sea procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo, la actividad probatoria de quien la alega, debe estar orientada inicialmente, a conducir al fallador a la certeza efectiva de que hubo una prestación personal del servicio, pues acreditado este elemento, al tenor de lo dispuesto en el artículo 24 es dable presumir la existencia de la relación laboral. Igualmente, dicha actividad probatoria debe estar direccionada a demostrar los hechos de los que emergen los derechos que del vínculo laboral pretendido se pudieron derivar; así mismo, las circunstancias de forma y tiempo en que éste se desarrolló, tales como, los extremos temporales del contrato, la jornada de trabajo, la forma y periodicidad de la remuneración y la causal o motivo de terminación del contrato⁴.

Bajo las anteriores precisiones, tras analizar detalladamente las versiones rendidas por los citados testigos, este Juez plural estima que las mismas carecen de la solidez que se requiere para afianzar de manera fidedigna el cumplimiento de la prestación personal del servicio de la demandante; y, es

³ Artículo 23 CST

⁴ Al respecto, ver la sentencia de cinco (5) de agosto de 2009, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Luis Javier Osorio López, Rad. 36549.

que aquellas, se tornan dudosas, inspiran reducida confiabilidad, en cuanto, **Odilia Córdoba Mafla**, tiene un estrecho vínculo afectivo con aquella, por ser su hermana, y aunque esa circunstancia, per se, no conduce a descalificar el testimonio, si es menester examinarlo con mayor rigor, en aras de descartar si el interés en el éxito de las pretensiones de la demanda fue, o no, catalizador al momento de su exposición.

Se percata la Sala, que, en el hecho octavo del libelo inaugural, se afirma que el horario de trabajo de la actora estaba comprendido entre las 7 de la mañana hasta las 8 de la noche, en contraste, la declarante examinada adujo que fue sometida al inicio a horario 7:00 am a 2:00 de la tarde, que posteriormente varió, iniciando a las 7:00 de la mañana hasta las 10 de la noche. Luego, es palmar la ambigüedad de la declarante en un tópico crucial, de cara a elucidar la existencia de contrato de trabajo, contrario sensu, al quedar al desnudo el interés de la testigo en coadyuvar la suerte de las pretensiones, se desvanece la subordinación pregonada ab initio.

Y en este propósito por favorecer a la accionante, el relato de la señora Odilia Córdoba se explaya en detalles minuciosos y por demás exagerado al referirse sobre cada una de las actividades que atribuye realizaba su hermana al interior del sitio de trabajo, los horarios, el pago de salarios, con indicación precisa de los aumentos que se dieron desde el inició de la relación laboral en el año 2011 y los extremos temporales con fechas exactas de inicio y final; dejando en entredicho la sinceridad de sus revelaciones, pues, si se tiene en cuenta el contexto histórico en el que ocurrieron algunos hechos, resulta inusual que no haya olvidado ningún pormenor, después de tanto tiempo de ocurridos y que por el contrario los exhiba como si hubiera sido testigo directa. En ultimas, termina indicando que fueron varios los lugares donde se desplegaron las tareas, mientras en la demanda se especifica que fue exclusivamente en la carrera 16ª # 12-11, Apartamento 605-Edificio Torre Coliseo, correspondiente al sitio donde habitaba la convocada. Todos estos elementos muestran que la testigo, a la sazón, hermana de la demandante, tenía como especial motivación en favorecerla, distanciándose inclusive, de la cuestión fáctica invocada en el libelo primigenio, de forma, que se languidece su mérito de credibilidad.

Frente a la exposición rendida por el testigo **Luis Alfonso Yela**, su probidad es censurable, al no perder de vista, que basa sus dichos en una visita que hizo en el año 2014 al lugar donde la demandante dice haber laborado. Ello, resulta

insuficiente para desentrañar la prestación del servicio dentro de los horizontes temporales fijados en la demanda y a los que hace mención en su intervención. Tampoco este presupuesto aflora, con la afirmación que a veces la recogía en el sitio de trabajo, pues se trata de un evento casual, que no, periódico. Por ende, no comporta la entidad que sirva válidamente para sostener sin asomo de duda que, efectivamente hubo por parte de la actora tal prestación del servicio como trabajadora de servicio doméstico bajo subordinación de la pasiva. De otro lado, pese a que asegura que son vecinos y tiene una estrecha amistad con la actora, estos ítems, de contera no engendran la firme convicción capaz de demostrar el vínculo laboral alegado por la activa.

Ahora, siendo los anteriores testimonios las pruebas a las que se remite la alzada para combatir la decisión de primer grado, y al paso, probar el cumplimiento de los requisitos regulados en el artículo 23 del CST en punto de la configuración de contrato de trabajo, al no ofrecer los mismos, la contundencia probatoria para estructurar certeza de la pregonada relación de trabajo, forzoso es concluir, que en este caso particular y concretó no existe mérito para condenar a la convocada.

Finalmente, carece de incidencia procesal la inasistencia de la demandada a la audiencia de conciliación regulada en el artículo 11 de la Ley 1149 de 2007, habida cuenta que el juzgado de conocimiento en su momento no calificó ninguno de los hechos de la demanda y el apoderado de la parte demandante no hizo ningún requerimiento orientado a que el juzgado zanjara esa omisión.

En suma, no existen motivos atendibles para quebrantar la decisión de primer grado.

5. Costas

Dadas las resultas de este juicio, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 365 del CGP, sería del caso imponer costas a cargo de la demandante, pero debido al amparo de pobreza que le fue aceptado en primera instancia, no es procedente su imposición.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito**

Judicial de Pasto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

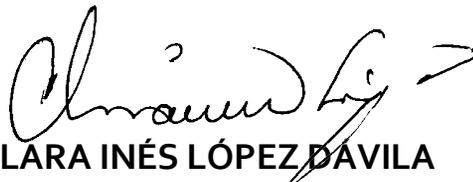
PRIMERO. -CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto el 10 de septiembre de 2021, dentro del proceso promovido por **ALCIRA MAGALY CÓRDOBA MAFLA** en contra de **OLGA MARINA SUAREZ RODRÍGUEZ**.

SEGUNDO. Sin lugar a costas, por lo motivado en precedencia.

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



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DAVILA
Magistrada

(Con permiso justificado)

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral**

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Ángel Alfaro

Septiembre veintitrés (23) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	52-001-31-05-002-2020-00046-01 (060)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Norberto Cuero Vallejo
Demandados:	- Porvenir S.A. - Protección S. A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona numeral primero
Acta No.	399

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 27 de enero de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

NORBERTO CUERO VALLEJO, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado a partir de del 27 de julio de 1994 al RAIS a través de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** Consecuentemente que se **CONDENE** a **COLPENSIONES** a recibir de **PORVENIR S.A.** todas y cada una de las cotizaciones realizadas para pensiones, bono pensional recibido con la respectiva capitalización, indexación e intereses de mora. Adicionalmente que se condene a las accionadas al reconocimiento y pago de perjuicios materiales y morales.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 30 de octubre de 1955, cuenta con 64 de años de edad, cotizó al RPM desde el 18 de mayo de 1987 hasta el 31 de julio de 1994, se trasladó al RAIS primero a través de las AFP Protección S.A. y luego a Porvenir S.A., pero sin recibir una asesoría idónea en materia pensional, con información sesgada y tergiversando las consecuencias de su traslado de régimen. Refiere que Porvenir S.A. realizó en 2018 una simulación de la pensión que arrojó un valor en la mesada pensional inferior al que recibiría si siguiera afiliado al RPM. En el año 2019 elevó reclamación administrativa ante Colpensiones solicitando la nulidad de la afiliación y del traslado con el propósito de retornar al RPM, a la postre, la entidad no le dio trámite. Finalmente señala que la falta de información de las AFP del RAIS sobre las consecuencias del traslado de régimen, le han ocasionado daños injustificados y una afectación anímica y constante preocupación, alterando su salud física y mental.

2. Contestaciones de la demanda.

- DE PORVENIR S.A.

Al contestar la demanda frente a los hechos aceptó y negó unos, dijo no constarle algunos y que deben probarse otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo la egida que la vinculación a PORVENIR S.A., fue un acto válido en la medida que fue resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre, que el demandante tuvo durante 26 años la posibilidad de regresar al RPM y nunca lo hizo y lo decidió de forma extemporánea cuando la normatividad ya no se lo permitía. Respecto del bono pensional refirió que no puede prosperar la pretensión que solicita su traslado a Colpensiones toda vez que aún no ha sido emitido, por lo cual es inexistente y no está en poder del

fondo privado; que no hay obligaciones pendientes cuyo incumplimiento dé lugar al reconocimiento de intereses moratorios. En torno a los perjuicios materiales y morales señala que no se han aportado pruebas que sustenten su causación. Formuló como excepciones de fondo las de buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa.

-DE PROTECCIÓN S.A.

Al contestar la demanda frente a los hechos aceptó y negó unos, dijo no constarle y que deben probarse otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que el acto de traslado fue válido toda vez que resultó de una decisión voluntaria, autónoma y libre del demandante quien tuvo durante 26 años la posibilidad de regresar al RPM y nunca lo hizo. Frente al bono pensional dice que el mismo aún no ha sido emitido, por lo cual es inexistente y no está en poder del fondo privado; que no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios porque no existen obligaciones pendientes y que todos los dineros depositados, fueron trasladados a Porvenir S.A. En cuanto a los perjuicios materiales y morales señala que son inexistentes toda vez que el fondo privado no está obligado a pagar al demandante suma alguna. Formuló como excepciones de fondo las de Buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa.

-DE COLPENSIONES.

Al responder el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y dijo no constarle otros. Se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado de régimen tiene plena validez, porque fue aprobado por el actor; que no existe prueba que permita acreditar que hubo engaño, vicio del consentimiento o falta de información por parte de las AFP del RAIS; que no es

posible el traslado de régimen en cuanto la solicitud la realizó cuando ya había cumplido la edad requerida para acceder al derecho pensional, desconociendo lo dispuesto por la ley 100 del 1993. Señala que no puede recibir el bono pensional atendiendo a que el acto jurídico de traslado de régimen pensional tiene plena validez. Respecto de los perjuicios materiales y morales manifestó que no se encuentran acreditados en la medida que no se allegó prueba siquiera sumaria de su causación. Formuló como excepciones de fondo la prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas y falta de legitimación en la causa por pasiva.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 27 de enero de 2022, en la que declaró: **i)** La ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; y, **ii)** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, salvo la formulada por Colpensiones de imposibilidad de condena en costas que declara probada.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A., como entidad en la que se encuentra afiliado el demandante, a trasladar a la ejecutoria de la sentencia, y a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por concepto de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las 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. Además, que al momento de cumplir la orden señalada, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES, la que se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos señalados. Condenó en costas a PORVENIR S.A. Así mismo, condenó a PORVENIR y a PROTECCIÓN S.A., a devolver, proporcionalmente, a COLPENSIONES, el porcentaje de gastos de administración, en que incurrieron respecto de las cotizaciones del actor, durante el tiempo que estuvo afiliado en cada fondo,

debidamente indexados. Impuso costas a cargo de Provenir S.A. y Protección S.A.

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

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

Actuando en representación de estas entidades la apoderada judicial, se opone a la decisión de primer grado, y con el propósito de derruirla arguye que debe prosperar la excepción de prescripción frente a la ineficacia de traslado, por tratarse de un acto jurídico de carácter comercial y no se debate el reconocimiento de prestaciones sociales. Manifiesta que la decisión de traslado del demandante fue voluntaria, libre de presiones, y no existen pruebas que haya sido afectada la manifestación de su voluntad. Que la falta de información no se puede invocar como única razón porque existen otras circunstancias que pueden considerarse frente a la decisión de traslado, como laborales, académicas o familiares de la demandante.

Tilda el fallo de contradictorio, porque en él, se afirma que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero en contraste, se ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos

financieros y el porcentaje de administración, lo cual no es procedente porque los rendimientos son el producto de un trabajo financiero especializado y profesional; además que se debe reconocer el costo de administración que dio lugar a la productividad de los ahorros; y, sobre todo que, al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos. Que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC.

Se duele de la condena a pagar la suma que llegaré a faltar para consolidar el derecho pensional en el RPM, al considerar que en este sistema la pensión no depende de la acumulación de capital, sino del cumplimiento de uso requisitos mínimos, como son 1.300 semanas de cotización y la edad de 62 años, *-en este caso-* que el IBC y el porcentaje que se cobra para aportes en el mismo en ambos regímenes y por ello no puede haber deficiencia de dinero.

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

Se opone a la condena en costas arguyendo que resultan excesivas con base en el acuerdo 10554 de 2016 emanado del CSJ, e improcedentes, toda vez que, siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión frente a las razones por las que no debe aceptarse el traslado; y, enfatiza que no está facultada para aceptar el traslado porque la accionante no hizo uso del derecho a de conformidad con las disposiciones legales y jurisprudenciales aplicables al caso, situación que se encuentra corroborada por lo dispuesto por la Corte Constitucional al destacar que la limitación de esos traslados tiene soporte en las sostenibilidad del sistema pensional administrado por el RPM; alega que no se encuentra acreditada la falta de información atribuida por el demandante a las administradoras, pero

que, si bien las AFP tienen el deber de información, también los consumidores financieros tienen la obligación de informarse y obtener asesoría para optar por la decisión más conveniente en materia pensional. Cuestiona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, aduciendo que no puede aplicarse en forma genérica y sin ninguna ponderación, pues deben atenderse las particulares de cada caso y así garantizar la igualdad entre las partes; y, con apoyo en un salvamento de voto¹, arguye que la declaratoria de ineficacia solo procede cuando el traslado causa perjuicios, y en este caso no se configuran.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión.

De esta facultad hicieron uso Porvenir S.A., Colpensiones y el Ministerio Público, en síntesis, expusieron:

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

El Ministerio Público, manifiesta que no se suministró la información completa, necesaria y suficiente para que el traslado se repute libre y voluntario, o por lo menos, no se demostró en el proceso, razón por la cual, la ineficacia del mismo es procedente, pues era obligación del fondo de pensiones brindar la información pertinente. Con base en lo anterior, pide confirmar la sentencia en su integridad.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

También se atenderá el grado jurisdiccional de consulta a favor de

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

Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante (CSJ-Sala de Casación Laboral, sentencia de tutela del 4 de diciembre de 2013, radicación No. 51237).

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

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

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

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

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el

derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones.

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

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

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

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

En suma, indefectiblemente la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado,

previa información o asesoría de la administradora pensional, además de las consecuencias del traslado, en tanto la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte, que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

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

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones², que el accionante cotizó aportes para pensión en esta entidad desde el 18 de mayo de 1987 hasta el 1º de junio de 1994, por lo que se encuentra acreditado que estuvo inicialmente vinculado al RPM.

Del examen efectuado al formulario visible a folio 85³, se constata que el 25 de julio de 1994, suscribió la solicitud de traslado a la AFP Colmena hoy

² Fl. 37 y siguientes archivo 01

³ Ver archivo 01

Protección S.A. en la que señaló como su administradora anterior al I.S.S. hoy Colpensiones; y, a folio 39⁴, se atisba formulario de traslado a Horizonte-Pensiones hoy Porvenir S.A., suscrito por el actor 10 de diciembre de 2001.

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el efectuado del fondo público al privado, obedeció *–en lo esencial–* a falta de información y sin análisis sobre la situación pensional del promotor del proceso. Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado al accionante la información oportuna y veraz, en los términos ilustrados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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

Tal decisión **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP

⁴ Archivo 01

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

Se concluye, atinada la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, acogiendo la inversión de la carga de la prueba, por ende, deviene su confirmación frente a este aspecto; sin embargo, teniendo en cuenta que entre Colmena hoy Protección S.A. y Horizontes Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., operó un nuevo traslado y el cognoscente guardó silencio al respecto, es menester la adición del numeral primero, en el sentido de declarar también la ineficacia del traslado entre estos.

En atención que Porvenir S.A. y Protección S.A., de manera conjunta cuestionan la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos financieros y, gastos de administración, desde ya dirá la Sala que en ningún despropósito incurrió el A Quo al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada⁵, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado asistidos por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, lo que acarrea desconocer los efectos jurídicos del acto desde el momento de su nacimiento, debiéndose entender que el negocio jurídico jamás existió.

De otro lado, la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Luego, tales restituciones implican para el caso de

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, esto es, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula en igual porcentaje en ambos regímenes pensionales, según el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

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

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

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

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

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁶.

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

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

⁶ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989- 2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".

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

Así mismo, atinó al ordenar que Porvenir asuma de sus propios recursos las diferencias que resulten entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, toda vez que al solicitar el demandante en el petitum de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto razonablemente ajustado a sus devengos, no siendo razonable que sea él, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, en consecuencia, el reparo frente a este punto no encuentra eco en esta instancia.

En cuanto la discrepancia de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición. En consecuencia, los argumentos expuestos por el vocero judicial de estas entidades, no tienen la virtualidad fracturar la condena en costas irrogada.

De la excepción de prescripción. En lo que atañe al reparo que presentan las accionadas Porvenir y Protección, tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa, este Colegiado ya tiene sentado su criterio frente a la improsperidad del mismo, como quiera que la línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible.

Finalmente, en lo concerniente a las excepciones de mérito propuestas por la

entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de **imposibilidad de condena en costas**, que con acierto el A quo declaró probada, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió

5. Costas

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

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. – ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 27 de enero de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **NORBERTO CUERO VALLEJO**, el cual quedará así:

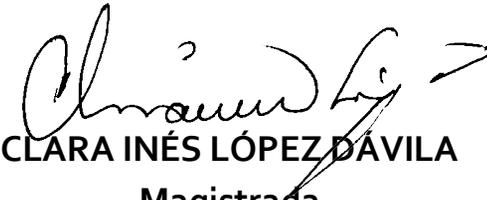
"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado realizado el 25 de julio de 1994 por el demandante NORBERTO CUERO VALLEJO, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número 18.122.414 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.; así como el traslado realizado entre esta AFP y Horizontes Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A."

SEGUNDO. – CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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

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


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado Ponente


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

(Con permiso justificado)
JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.