

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. 2019 00087 01 (540)

San Juan de Pasto, a los diecinueve (19) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo el día y hora previamente señalados por auto que antecede los Magistrados **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **ERNESTO NAPOLEÓN VILLAREAL DORADO** contra **YOLANDA ELVIRA PALACIOS** y **FLOTA GUAITARA S.A.** 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

ERNESTO NAPOLEON VILLAREAL DORADO, a través de apoderado judicial instauró demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de **YOLANDA ELVIRA PALACIOS** y **FLOTA GUAITARA S.A.**, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que entre el demandante y la Sra. **YOLANDA ELVIRA PALACIOS**, existió un contrato de trabajo desde el 1º de enero de 2007 vigente a la fecha de presentación de la demanda. Consecuencialmente, solicitó se condene a la demandada y de manera solidaria a **FLOTA GUAITARA S.A.**, al reconocimiento de las prestaciones sociales, e indemnizaciones y demás emolumentos consignados en el libelo introductor, junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que inició el 1º de octubre de 2007, una relación subordinada en favor de la demandada Yolanda Elvira Palacios Villota, para desempeñarse como conductor de una camioneta de servicio público de propiedad de la demandada, afiliada a la empresa de transportes Flota Guaitara S.A. Que el demandante cubre las rutas referidas en el hecho 2º de la demanda, y que la sociedad demandada es beneficiaria de los servicios prestados por el actor. Que el salario devengado fue el mínimo. Que con el propósito de insinuar una relación contractual diferente a la real, el 27 de octubre de 2012, la demandada Yolanda Palacios Villota, le exigió suscribir un documento tratando de mostrar una relación independiente, bajo la órbita de un contrato de arrendamiento. Que Flota Guaitara S.A. desde el año 2013, afilió a todos sus conductores al

Régimen de Seguridad Social. Que el 20 de febrero de 2014, reclamó a su empleadora el pago de salarios, cesantías, primas, vacaciones, entre otras, sin obtener respuesta. Que su empleadora no le ha consignado las cesantías de manera anual, tampoco le ha pagado las primas de servicios, y desde el 20 de febrero de 2014 le adeuda los salarios derivados del contrato de trabajo, así como tampoco ha sufragado las cotizaciones por pensión, siendo FLOTA GUAITARA S.A. responsable solidaria responsable en los términos del artículo 34 del C.S.T.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Fue asignado el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 18 de marzo de 2019 (Fls. 45-46), en el que se ordenó la notificación de los demandados, actuaciones que se surtieron en legal forma.

FLOTA GUAITARA S.A., a través de apoderada judicial contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma, al considerar que consignó el valor de su liquidación cuando terminó el contrato por abandono del puesto. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de “PRESCRIPCIÓN”, “FLOTA GUAITARA NO ES BENEFICIARIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO”, “EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO” “AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO”, “CONSIGNACIÓN, PAGO DE LA LIQUIDACIÓN, CESANTÍAS, INTERESES A LA CESANTÍAS, DEMÁS PRESTACIONES Y BUENA FE”, “BUENA FE DE LA SEÑORA YOLANDA PALACIOS VILLOTA” entre otras. (Fls. 53-58).

Así mismo, la sociedad demandada, llamó en garantía al Sr. JOSE LUIS VILLA PALACIOS, propietario del vehículo de placas SOW -300 (Fls. 89- 91), llamamiento que fue aceptado mediante auto calendarado 18 de junio de 2019

Mediante auto calendarado 13 de agosto de 2019, se ordenó el emplazamiento del Sr. JOSE LUIS VILLA PALACIOS a quien se le designó curador para la litis (Fls. 114-115), y dio contestación en la forma que dan cuenta los folios 223-228.

Por su parte, la demandada YOLANDA ELVIRA PALACIOS VILLOTA, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por el actor, en tanto, aseguró que suscribió un contrato de arrendamiento del vehículo automotor de placas SOW 300, el cual se encontraba afiliado a la empresa FLOTA GUAITARA S.A. Propuso como excepciones previas las de “INEPTITUD DE DEMANDA POR FALTA O INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES”, y “PRESCRIPCIÓN”. Como excepciones de fondo formuló las de “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL ENTRE LAS PARTES”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “NO DERECHO A INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR EXISTENCIA DE BUENA FE DE LOS DEMANDADOS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COMPENSACIÓN Y PAGO TOTAL”, entre otras (Fls. 138-149).

El Juzgado de Primer Grado el 23 de marzo de 2020, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto procesal en el que declaró no probadas las excepciones previas propuestas por la demandada Yolanda Palacios; declaró fracasada la etapa de conciliación ante la falta de ánimo conciliatorio, fijó el litigio, decretó las pruebas solicitadas por las partes y se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 235-238).

La referida audiencia se llevó a cabo el 13 de septiembre de 2021, acto público en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), declaró probada la excepción denominada “INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL ENTRE LAS PARTES” y absolvió a los demandados de las pretensiones de la demanda incoadas por el actor a quien condenó en costas (Fls. 246-250).

En síntesis, el Juez A Quo, después del análisis de las pruebas, concluyó que el demandante condujo el vehículo de servicio público de propiedad del Sr. José Luis Villa Palacios, siendo la demandada Yolanda Palacios la administradora del mismo, por lo que advirtió que la explotación económica del vehículo beneficiaba a su propietario hasta al menos septiembre de 2015, y no a la demandada, advirtiendo en todo caso a partir del 1º de agosto de 2013, fue trabajador de la empresa Guaitara. Adicionalmente, manifestó que si lo anterior no fuera suficiente los testigos no fueron claros en las fechas del inicio y terminación de la relación laboral, por lo que absolvió a los demandados de las pretensiones de la demanda.

II. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el proveído estudiado adverso a los intereses de la parte demandante, esta Corporación en cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., modificado por el artículo 13 de la ley 1149 de 2007, lo admitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Así mismo, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, vigente para la época se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los que se sintetizan así:

La parte demandante, indicó que se encuentra demostrado que el actor fue trabajador de FLOTA GUAITARA, encontrándose bajo las directrices de la demandada YOLANDA ELVIRA PALACIOS VILLOTA, por lo tanto, aduce que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 15 de 1959 el Juez A Quo debió concluir la existencia del contrato de trabajo.

FLOTA GUAITARA, manifestó que la parte actora no demostró los elementos de un contrato de trabajo frente a la demandada YOLANDA PALACIOS VILLOTA, lo que impide que se acceda a las pretensiones más aún cuando la sociedad demandada se encuentra demandada en solidaridad.

Por su parte, la demandada YOLANDA PALACIOS, manifestó que el demandante no fue su trabajador subordinado sino independiente, y que ésta solo percibía el valor del canón de

arrendamiento sin que realizara algún control. Mencionó que la administración del vehículo se generó hasta el mes de julio de 2013, cuando FLOTA GUAITARA S.A., informó a la demandada que de conformidad con las normas nacionales ya no era posible que los propietarios de los vehículos siguieran alquilándolos, sino que deberían vincularlos laboralmente a la empresa. Finalmente, resaltó que el proceso se encuentra cubierto por el fenómeno de la prescripción,

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 del demandante, le corresponde a esta Sala de Decisión establecer si entre el demandante y la demandada YOLANDA ELVIRA PALACIOS VILLOTA, existió un contrato de trabajo que se ejecutó desde el 1º de enero de 2007 hasta la fecha de la presentación de la demanda. En caso afirmativo determinar la procedencia de las condenas y examinar si FLOTA GUAITARA S.A. es responsable solidaria en el pago de las mismas.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO.

Descendiendo al *sub examine* y de cara a resolver el disenso presentado, se tiene que el fallador de instancia consideró que en el plenario no se encontraba acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, al concluir del análisis de los medios de prueba recaudados en el presente asunto, que no se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte del demandante en favor de la demandada Yolanda Elvira Palacios Villota, conclusión que implicó la absolución de la parte pasiva de la Litis respecto de los pedimentos expuestos.

En este orden de ideas, esta Corporación, en forma por demás prolija ha venido sosteniendo que quien judicialmente procure la declaración de derechos en su favor, se encuentra en la imperativa obligación de acreditar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, ya que en virtud del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 del C. G. del P., aplicable por analogía al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., es deber de quien acciona el aparato judicial, allegar al proceso todos los medios acreditativos que respalden sus súplicas, siendo aplicable para tal efecto el contenido del artículo 54 del C.S. del T. que establece que *"La existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios"*.

Para resolver el asunto, necesario es acudir al artículo 23 del CST, norma que menciona los elementos esenciales del contrato de trabajo a saber: la actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia de este respecto del empleador que le da

la facultad de impartir órdenes e instrucciones y el salario. También al artículo 24 ibídem, por cuanto “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Ahora, en forma pacífica nuestro Tribunal de cierre, ha señalado que opera esta presunción legal a favor del demandante, cuando prueba la prestación personal del servicio, caso en el cual, surge a cargo del convocado a juicio, la obligación de demostrar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación de trabajo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.¹

PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIO

En este orden de ideas, determina la Sala que resulta procedente establecer si en el plenario se encuentra debidamente acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre los extremos de la litis, por tal razón se procede a analizar si el demandante cumplió con su *onus probandi*.

En cuanto a este primer elemento la demandada YOLANDA ELVIRA PALACIOS VILLOTA, al contestar la demanda indicó que entre el Sr. Ricardo Rubio Villareal, quien fuera su exesposo y el actor, suscribieron el 27 de octubre de 2006 un contrato de alquiler del vehículo automotor de placas SOW300, el cual se encontraba afiliado a la empresa FLOTA GUAITARA S.A., vínculo que expuso se mantuvo vigente hasta el 26 de octubre de 2011, cuando el Sr. José Luis Villa Palacios, en calidad de propietario del vehículo automotor otorgó un poder a la demandada para que lo administre, procediendo esta última a suscribir un contrato de alquiler de vehículo con el actor, contratos en los que en su ejecución asegura el actor contaba con plena autonomía, pues a partir del 1º de agosto de 2013, el demandante fue vinculado por la empresa FLOTA GUAITARA mediante contrato de trabajo a término fijo.

Ahora bien, para acreditar la prestación personal del servicio del actor en favor de la demandada obran en el expediente las siguientes pruebas relevantes:

1. Contrato de Alquiler de vehículo de servicio público suscrito entre el demandante y el Sr. Ricardo Rubio Villareal, el 27 de octubre de 2006 (Fls. 126-127 y 150-151).
2. Poder otorgado por el Sr. José Luis Villa Palacios el 18 de junio de 2011 a la demandada Yolanda Palacios Villota, para que administre el vehículo de placas SOW30, vinculada a la empresa Flota Guaitara con el numero interno 88 (Fl. 162).

¹ C.S.J., Sala Casación Laboral, sentencia 39377 del 29 de junio de 2011. “En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

3. Contratos de Alquiler de vehículo de servicio público suscrito entre el demandante y la Sra. Yolanda Elvira Palacios Villota, el 27 de octubre de 2011 y el 27 de octubre de 2012, (Fls. 163-164 y 22-23).
4. Contrato Individual de trabajo a término fijo suscrito entre el actor y la Flota Guaitara S.A. el 13 de agosto de 2013 (Fls. 165-171).
5. Planillas de Despacho de Pasajeros de algunos meses de los años 2011, 2012 y 2013 en la que figura como conductor del Vehículo de placas SOW 300 el Sr. Napoleón Villareal Dorado (Fls. 28-34).
6. Liquidación laboral definitiva de acreencias laborales por parte de FLOTA GUAITARA al actor, del periodo comprendido entre el 1º de junio de 2013 y el 28 de febrero de 2014 por valor de \$364.134, dinero que fue consignado mediante depósito judicial (Fl. 69).
7. Contrato de Compraventa de Vehículo automotor suscrito entre el Sr. José Luis Villa Palacios como propietario del vehículo y los Sres. Mario Andrés Villacres Ortega y Fredy Jovanny Villacres Ortega, el 1º de septiembre de 2014 (Fls. 177-178).

Ahora bien, el demandante citó a la testigo Nancy Guevara, quien manifestó ser su cuñada, por ello le consta que era el conductor de la camioneta de placas SOW300, desde el año 2007, pues precisa que al llegar de cada viaje le rendía cuentas a la Sra. Yolanda. Indicó que los viajes los hacía por turnos según los asignaba la empresa. Aseguró que las órdenes las impartía la demandada y que el demandante no podía disponer del carro, hechos de los que sostiene se percataba cuando el demandante llegaba a su casa después de cada viaje, por las llamadas telefónicas que escuchaba y los comentarios que le hacía al respecto. Finalmente, manifestó que desconoce quién era el despachador de la empresa Flota Guaitara y sabe que la demandada le pagaba por cada viaje que realizaba.

Por su parte, el testigo Carlos Cesar Cerón Rosas, aseguró que conoce al actor hace 7 años y que le consta que trabajaba en Flota Guaitara, porque se lo encontraba en diferentes municipios donde el testigo también trabajaba. Aseguró que el demandante viajaba para Cali; desconoce cuándo empezó a laborar, y tampoco sabe quién le pagaba y le daba órdenes.

Por su parte, los testigos traídos por la demandada Yolanda Palacios Villota y la sociedad demandada; Ricardo Villareal, exesposo de la demandada, Vicente Vallejo Mera, directivo de Flota Guaitara, Nora Urrego jefe de rodamiento, fueron coincidentes en afirmar que inicialmente, es decir, en el año 2007 hasta el 2013, el actor suscribió contratos de arrendamiento de vehículo, los que ejecutó con autonomía; ya que viajaba donde quería, no cumplía horario, decidía cuantos pasajeros llevar y no debía solicitar permiso, pues advirtieron que el demandante dejó el vehículo por razones personales relacionadas con la salud de un familiar, precisando que cuando el Ministerio de Transporte dispuso que los conductores debían ser contratados mediante contrato de trabajo, estos se vieron lesionados en sus ingresos y además perdieron autonomía, situación que no fue de agrado del demandante.

Así las cosas, del análisis en conjunto y crítico de la prueba, encuentra la Sala que el demandante no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía, pues no se logra confirmar que aquel

hubiera prestado un servicio personal a favor de la demandada Yolanda Palacios Villota, en los términos que se afirma en la demanda, puesto que se acreditó que el actor condujo el vehículo de placas SOW300 de propiedad del Sr. José Luis Villa Palacios, siendo que la demandada por virtud de un poder otorgado a esta fungió únicamente como administradora del vehículo a partir del año 2011, persona contra la cual se dirigieron las pretensiones de la demanda, pese a que el propietario del vehículo se insiste lo era el Sr. José Luis Villa Palacios, quien fue vinculado como llamado en garantía y representado por Curador Ad Litem.

Además, conviene advertir que tampoco se probaron las condiciones en la cuales el actor se desempeñó como conductor, aspectos que no se extraen de lo manifestado por los testigos traídos por el actor, Nancy Guevara y Carlos Cesar Cerón Rosas, quienes no son testigos directos de los hechos discutidos en la demanda, en tanto, la primera de las referidas únicamente da cuenta de las situaciones que observaba cuando el demandante llegaba a su casa con la camioneta y de lo que el demandante le contaba convirtiéndose en un testigo de oídas, mientras que el segundo testigo solo informó que el actor viajaba a Cali, pero desconoce cuándo empezó a laborar, y tampoco sabe quién le pagaba ni le impartía las órdenes.

Además de lo anterior, conviene resaltar que a partir del 1º de junio de 2013, el actor se vinculó mediante contrato de trabajo con la Flota Guaitara, vínculo que terminó el 28 de febrero de 2014, lo que tampoco conduce a que se acredite la prestación personal en favor de la demandada Yolanda Palacios Villota, quien se insiste no era la propietaria del vehículo y fue demandada en forma principal.

Por lo discurrido resulta acertado concluir que en el presente asunto el demandante no logró demostrar el elemento básico del contrato de trabajo relacionado con la prestación personal del servicio alegada, lo que implica que no se pueda aplicar la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., ya que no probó el contrato realidad alegado en el hecho 6º de la demanda, razones por las cuales se confirmará la decisión de la primera instancia que absolvió al convocado a juicio de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, al quedar el plenario huérfano de medios probatorios que avalen las afirmaciones vertidas en el libelo demandatorio.

COSTAS

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, por no haberse causado.

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. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, (N), el 13 de septiembre de 2021, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva

de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

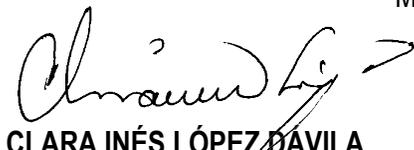
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 438. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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 DAVILA
Magistrada


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

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. 2019-00300-01 (193)

En San Juan de Pasto, a los diecinueve (19) días del mes de octubre 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 **HECTOR RAMIRO VILLAREAL VIVAS**, contra **PROTECCIÓN S.A.**, **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

HECTOR RAMIRO VILLAREAL VIVAS, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se decrete la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, producido el 1º de septiembre de 1994. Consecuencialmente, solicitó se condene a **COLPENSIONES** a acoger como afiliado al RPM al demandante y condenar a **PORVENIR S.A.** a trasladar a la primera de las entidades referidas las cotizaciones, bono pensional con la capitalización e indexación, intereses de mora, rendimientos financieros y los gastos de administración. Finalmente, solicitó se condene a las demandadas a reconocer los perjuicios materiales y morales causados al actor junto con las costas procesales.

De manera subsidiaria solicitó se declare ilegal el traslado del demandante por no cumplir con el requisito de permanencia de mínimo tres años para trasladarse de régimen pensional.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 31 de enero de 1963. Que cotizó al ISS desde el 24 de julio de 1991 hasta el 31 de agosto de 1994; a COLMENA desde el 1º de septiembre de 1994 hasta el 30 de noviembre de 1999 y a partir del 1 de diciembre de 1999 hasta el 31 de octubre de 2018 a PORVENIR S.A. Que sin mediar asesoría idónea en materia pensional COLMENA promovió su traslado al régimen de ahorro individual administrado por esa entidad a partir del enero del 1º de septiembre de 1994. Que de haber permanecido afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tendría certeza de alcanzar su pensión en un monto mínimo del 55% del IBC último que asciende a \$2.340.947 mientras que en el RAIS el demandante puede aspirar a una pensión equivalente a \$938.000. Que el 8 de febrero de 2019, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, la cual no fue resuelta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 26 de agosto de 2019 (fls. 61-62), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, actuaciones que se surtieron en legal forma.

Trabada la Litis, las entidades accionadas 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 del actor, provino de una decisión libre, voluntaria, consciente y debidamente informada.

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones las de “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” y “SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES” entre otras. (Fls. 143-154).

PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en su defensa propusieron 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”, “AUSENCIA DE DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA” (Fls. 106 a 35 (parte 2) y Fls. 43 a 96).

Por su parte, el Procurador 30 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. Propuso como excepciones las de “Improcedencia de condena en costas a cargo de Colpensiones” (Fls. 72-76 parte 1).

El 11 de noviembre de 2021, el Juez A Quo llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto procesal en el que declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio, decretó las pruebas solicitadas por las partes y señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 160-164 parte 2).

El Juez A Quo, el 6 de abril de 2022, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, acto público en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM, y por ello continuará en ese régimen administrado por COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiere llegar a tener sino hubiere realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo. Condenó a PORVENIR S.A. a devolver de la cuenta individual del demandante a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en el que el actor permaneció afiliado a ella, suma que se trasladará debidamente indexada. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los montos que resulten del traslado del demandante desde el RAIS administrado por PORVENIR S.A. Declaró probada la excepción propuesta por PORVENIR S.A. denominada como ausencia de PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO. Absolvió de las restantes pretensiones a PORVENIR S.A. Declaró no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y probada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” a favor de COLPENSIONES. En cuanto a PROTECCIÓN S.A. declaró probada la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO”. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls. 164-172)

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 debe declararse probada la excepción de prescripción por ser el acto jurídico de traslado de naturaleza civil. Así mismo, indicó que el traslado fue libre, voluntario, espontáneo y por lo tanto produjo efectos. Advirtió que de la prueba recaudada se puede establecer que contrario a lo que sostiene el demandante si recibió información clara y completa sobre el traslado. Expuso, que la carga dinámica de la prueba que se viene aplicando en este tipo de casos no puede acogerse de manera absoluta e indefinida, pues vulnera el derecho de defensa del fondo demandado. Así mismo, indicó 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 genera como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo cual no es posible debido a que esos frutos se obtuvieron por quien administró

el bien, quien desplegó un trabajo financiero especializado y profesional, advirtiendo que en caso de quedar incólume la decisión se acuda a la figura de las restituciones mutuas. Finalmente, se opuso a la condena en costas por cuanto su representada actuó de buena fe y asegura resultan excesivas.

COLPENSIONES

La apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que la negativa de esa entidad de negar el traslado del demandante encuentra sustento en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003. Advirtió, que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., pues además resaltó que al demandante le asistía el deber de solicitar información. Mencionó que, se debe tener en cuenta el salvamento de voto de la sentencia SL 1452 de 2018, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Advirtió que autorizar el traslado del actor al RPM, implica prohijar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional.

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 el Juez A Quo, debido a que atiende los principios constitucionales y legales que rigen el sistema de seguridad social en pensiones, y acoge las reglas jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quiera que su representada no recibió una asesoría idónea, pues la escogencia del régimen pensional no estuvo precedida de una información suficiente que le permitiera elegir cual era más favorable.

La demandada COLPENSIONES manifestó que el demandante no acreditó la falta de información que atribuye a la A.F.P., por lo tanto, el traslado por ella realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más

aún cuando se probó que el actor se afilió a varias administradoras del R.A.I.S. y no presentó solicitud de retracto en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Así mismo, PORVENIR S.A. reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, referentes a la improcedencia de la ineficacia del traslado, la imposibilidad de ordenar la devolución del porcentaje de administración, los rendimientos financieros y 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 las A.F.P. PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., incumplieron con la carga de la prueba sobre el deber de información que les correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, PORVENIR S.A. debe pasar a COLPENSIONES los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, 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, solicitó se confirme la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado.

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

II. 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 declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante ante el R.A.I.S., administrado por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. Igualmente, determinar si PORVENIR S.A., debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor incluyendo la totalidad de las cotizaciones y sus rendimientos, así como los gastos de administración; y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Así mismo, establecer si la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. resulta procedente.

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 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

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)

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 COLMENA hoy PROTECCIÓN. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual el demandante inicialmente se trasladó en el año 1994, ni PORVENIR S.A. a la que fue trasladado en el año 1999, cumplieron con el deber de información que les correspondía, puesto que del material probatorio se observa que con anterioridad a ello estuvo en el RPMD, administrado por el extinto ISS. En consecuencia, contrario a lo que afirma el apoderado de dichos fondos, les correspondía a las respectivas A.F.P. arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para efectos de los traslados el actor recibió por parte de las demandadas 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.

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 del 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, las demandadas no demostraron en el sub lite que se hubiera presentado al accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir el actor en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues del formulario de solicitud de vinculación o traslado suministrado por parte de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., que datan del 2/8/1994 y del 27 de octubre de 1999, visibles a folios 35 y 97 parte 2, no se puede concluir que las demandadas cumplieron con las obligaciones que les competía tales como; ilustrar, informar y documentar al afiliado, 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.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de la declaración rendida por el Sr. Oscar Francisco Santander, quien manifestó que cuando fueron compañeros de trabajo en la Universidad de Mariana, convocaron a una reunión al personal para brindarle una charla a la que acudieron representantes de los fondos privados, quienes les comentaron que el ISS iba a desaparecer, pero no les brindaron una información clara ni precisa acerca de los alcances del traslado, tampoco se le explicó las incidencias del cambio de régimen pensional, ni se realizó una proyección del derecho pensional que en determinado momento se configuraría, ya que, solo se les habló de las ventajas del RAIS.

Ahora bien, respecto de los formularios de afiliación conviene advertir que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción de los mismos no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por ende, no les asiste razón a los recurrentes, ya que PROTECCIÓN S.A. ni PORVENIR S.A. cumplieron con su deber de información, aspecto que contrario a lo sostenido por el apoderado de los fondos referidos, les correspondía probar por carga dinámica de la prueba, como lo ha dicho nuestro órgano de cierre, por cuanto al hacer el demandante una negación indefinida de no haber sido informado, 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 PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional del promotor de la litis y pudo evitarse si el demandante hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento

en el que se realizó el traslado de régimen pensional, por lo que se concluye que esas entidades, no cumplieron con el deber de información que les correspondía.

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 PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, declarándose la ineficacia del traslado que el demandante realizó ante CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA, según el documento del folio 98 de la parte dos del expediente, el 2 de agosto de 1994 con efectividad a partir del 1º de septiembre del mismo año, así como el realizado a PORVENIR S.A. el 27 de octubre de 1999 con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1999, 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, por ende, se modificará el numeral primero de la sentencia.

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 de los fondos administradores del RAIS, éstos deben 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 al demandante y como a la fecha este último se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad por ser la última administradora deberá devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por el 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 lo 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 las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. ante COLPENSIONES, 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, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a dichos fondos, 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. Considera la Sala que la devolución de los conceptos mencionados debe imponerse adicionalmente a favor de PROTECCIÓN S.A., a pesar de la omisión en que incurrió la primera instancia, por cuanto está demostrado en el expediente que inicialmente el actor se trasladó del RPM a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., lo anterior para garantizar la devolución de todos los conceptos con destino a COLPENSIONES, entidad en favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta.

Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en el anterior sentido, ordenando además 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 el demandante en el petitum de la acción, la ineficacia del traslado al R.A.I.S., 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 del actor es también obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al establecido por PORVENIR S.A., no siendo razonable que sea el demandante quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, por ello se adicionará el numeral tercero de la sentencia para indicar que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, en el caso de que el actor hubiere permanecido en él PORVENIR S.A. corre a cargo de esta última 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 1º, 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 recurrente 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 5º 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 excepciones de fondo las de “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “BUENA FE” y “ FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, 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 ineficacia reclamada por la parte activa del contradictorio, estas excepciones están destinadas al fracaso.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN, contrario a lo que afirma el apoderado de PORVENIR S.A, la misma se declarará no probada, como quiera, que 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.

Con relación a las excepciones formuladas por PROTECCIÓN S.A. se declararán no probadas teniendo en cuenta que también se impuso condena en su contra, por ello, se modificará el numeral 8º de la sentencia.

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 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 modificar los numerales primero, segundo, se adicionará el numeral tercero de la sentencia conforme se advirtió y, se modificará el numeral 8º de la sentencia. Se confirmará la decisión en lo restante.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P. se tiene que dadas las resultas 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: MODIFICAR los numerales **PRIMERO, SEGUNDO y ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 6 de abril de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los cuales quedarán así:

“PRIMERO: “DECLARAR la INEFICACIA del acto jurídico de traslado realizado por el demandante HECTOR RAMIRO VILLAREAL VIVAS, de notas civiles identificadas en el proceso, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN el 2 de agosto de 1994 con efectividad a partir del 1º de septiembre del mismo año, y el efectuado a PORVENIR S.A. el 27 de octubre de 1999 con efectividad a desde el 1º de diciembre del mismo año.

DECLARAR que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, conservando todos los

beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo”.

“SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. como entidad a la que se encuentra afiliado el demandante a trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado por el actor por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, y proporcionalmente con PROTECCIÓN S.A., las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por cada una de ellas durante el tiempo que el actor permaneció en el RAIS, 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.

“TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, así como los rendimientos y demás sumas que se deben trasladar, si luego de este ejercicio financiero aun existiera diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, en el caso de que el actor hubiere permanecido en él, PORVENIR S.A. deberá asumir dicha diferencia con sus propios recursos por ser la última entidad administradora del RAIS a la que estuvo afiliado el demandante”.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **OCTAVO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), el 6 de abril de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, el cual quedará así:

“OCTAVO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A., conforme a las consideraciones antes expuestas”.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 6 de abril de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: 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.

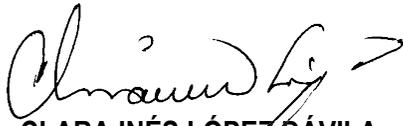
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 437. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

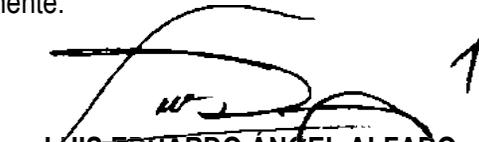
No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE DECISIÓN LABORAL

JUZGAMIENTO

MAGISTRADO PONENTE

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

Ordinario Laboral No. 2020-00026-01 (527)

En San Juan de Pasto, a los diecinueve (19) día del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo el día y hora previamente señalados por auto que antecede los Magistrados **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente, **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA** y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **PEDRO PABLO ESCOBAR MORA**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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

PEDRO PABLO ESCOBAR MORA, a través de apoderada judicial instauró demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada condene a la demandada a reconocerle una pensión de invalidez a partir del 23 de septiembre de 2014, fecha de estructuración de la misma. Consecuencialmente, solicitó el pago del retroactivo pensional causado desde el 23 de septiembre de 2014 hasta el 15 de diciembre de 2017; se le reintegre la suma de \$1.646.300 por concepto de aportes a seguridad social en salud y los realizados en pensiones desde el 1º de octubre de 2014 hasta junio de 2019, junto con los intereses moratorios y las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que le fueron diagnosticadas las enfermedades de origen común referidas en el hecho 1º de la demanda. Que mediante dictamen No 108-2018 del 28 de diciembre de 2018 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 59.25 %, estructurada el 23 de septiembre de 2014. Que el 30 de abril de 2019, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de una pensión de invalidez,

entidad que mediante Resolución No SUB142182 del 5 de junio de 2019, le reconoció una pensión de invalidez a partir de junio de 2019, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición con el fin de que le reconociera el retroactivo pensional causado desde el 23 de septiembre de 2014, así como la devolución de sus aportes y el pago de los subsidios por incapacidad. Que Colpensiones, mediante acto administrativo SUB178556 del 10 de julio de 2019, le ordenó reconocer y cancelar un retroactivo desde el 23 de diciembre de 2017 hasta agosto de 2019, mismo que ascendió a \$13.712.209 por mesadas pensionales y \$781.242 como mesada adicional. Que de dicho retroactivo se ordenó descontar la suma de \$1.646.300 por concepto de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud para una total de \$12.847.151. Que Colpensiones al realizar la deducción de la anterior suma, efectuó un pago doble al Sistema Integral de Seguridad Social en Salud, en razón a que venía cotizando y cancelando los aportes al mencionado sistema, primero con SALUDCOOP EPS, después con CAFASALUD EPS y por último con MEDIMAS EPS. Que la demandada le negó el reconocimiento del retroactivo porque aduce que el último pago realizado por subsidio de incapacidad al demandante fue efectuado el 22 de diciembre de 2017, afirmación que no concuerda con la realidad, por cuanto para esa fecha MEDIMAS EPS, procedió al pago de la incapacidad comprendida entre el 16 de diciembre de 2017 y el 22 de diciembre de esa anualidad, sin tener en cuenta que todas las incapacidades generales con anterioridad no han sido pagadas. Que el demandante fue trabajador dependiente desde el año 1995 y le otorgaron las incapacidades que se relacionan en el hecho 13 de la demanda. Que la empresa TRANSPORTES T Y M SAS, demandó a COLPENSIONES, MEDIDAS EPS y CAFESALUD EPS. Que mediante consignación del 31 de agosto de 2018, MEDIMAS EPS S.A. canceló a favor de “TRANSPORTES T Y M SAS la suma de \$9.866.248, por concepto de las incapacidades que se leen en el hecho 16 que comprenden desde el 20 de junio de 2016 hasta el 18 de agosto de 2017. Que el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, mediante sentencia calendada el 6 de mayo del año 2019, condenó a las entidades demandadas a devolver los dineros cancelados por la empresa TRANSPORTES T Y M por concepto de pago de los subsidios de incapacidad, previo el descuento del pago realizado por MEDIMAS EPS el 31 de agosto de 2018. Que desde el 23 de julio hasta 15 de diciembre de 2017 el actor no recibió ningún subsidio por incapacidad.

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 **8 de julio de 2020** (Fl. 144), en el que se ordenó la notificación de la demandada, actuación que se surtió en legal forma.

Trabada la litis, la demandada **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que los pagos por conceptos de incapacidad temporal resultan incompatibles con las prestaciones derivadas de la invalidez. En su defensa propuso como excepción previa la de “FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO” y como de fondo las de “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE”, entre otras (Fls. 154-165).

La Procuradora 12 Judicial I para Asuntos de Trabajo y la Seguridad Social de Pasto, intervino en la forma como se lee a folios 187 a 189, y manifestó que se atiende a lo que resulte probado durante el trámite procesal; no obstante, indicó que en el caso no se advierte que el actor hubiera recibido el pago de las incapacidades por parte de la EPS pese a que las mismas fueron legalmente expedidas, omisión en que incurrieron las empresas respectivas, luego entonces, debe reconocerse el retroactivo pensional causado desde el 23 de septiembre de 2014 a cargo de los recursos de COLPENSIONES. En cuanto al reintegro de los aportes el Sistema General Social en Salud, consideró preliminarmente que tal argumento no tiene vocación de prosperidad. Propuso como excepción la de “Prescripción”.

El Juzgado de conocimiento el 21 de julio de 2021, llevó a cabo la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., acto público en el que declaró fracasada la audiencia de conciliación se fijó el litigio, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 623-624).

El 23 de septiembre de 2021, se llevó a cabo la audiencia referida, acto público en el agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto (N), declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez a partir del 23 de septiembre de 2014, descontando las incapacidades satisfechas entre el 8 de noviembre de 2014 y el 22 de julio de 2017. Consecuencialmente, condenó a COLPENSIONES, a pagarle el retroactivo insoluto de la pensión de invalidez, respecto de los periodos comprendidos entre el 23 de septiembre y el 7 de noviembre de 2014 y el 23 de julio y el 15 de diciembre de 2017, el cual asciende a \$5.178.168. Indicó que los intereses moratorios deben correr desde entonces hasta cuando se pague efectivamente esos valores de acuerdo con los salarios mínimos legales mensuales vigentes o sea sobre el importe de la obligación a su cargo a la tasa máxima de intereses moratorios vigentes en el instante en que produzca el pago. Precisó que la demandada se encuentra habilitada para deducir el porcentaje legal con destino al sistema de seguridad social en salud del demandante. Absolvió a la demandada de las pretensiones relacionadas con el reintegro por concepto de aportes en salud y pensión. Condenó en costas a la demandada (Fls. 1112-1113).

El Juez A Quo con base en el material probatorio expuso que se acreditó que la fecha de estructuración de la pensión de invalidez lo fue el 23 de septiembre de 2014; sin embargo, teniendo en cuenta que al demandante le fueron canceladas incapacidades por su empleador desde el 8 de noviembre de 2014 hasta el 22 de julio de 2017, las mismas debían descontarse del respectivo retroactivo, generándose entonces un retroactivo causado entre el 23 de septiembre hasta el 7 de noviembre de 2014 y desde el 23 de julio hasta el 15 de diciembre de 2017, el cual ascendió a un total de \$5.178.168. Negó la solicitud de devolución de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión. En cuanto a los intereses moratorios indicó

que eran procedentes sobre las mesadas adeudadas los cuales debían correr desde ese entonces hasta cuando se paguen efectivamente.

RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

La apoderada judicial de COLPENSIONES, se mostró inconforme con la decisión adoptada por el Juez A Quo, en tanto, aseguró que la entidad que representa mediante Resolución 178556 del 10 de julio 2019, determinó como fecha de estatus pensional del actor el 23 de septiembre de 2014, limitándose la efectividad el 23 de diciembre de 2017, teniendo en cuenta la incompatibilidad que existe frente a las incapacidades, pues en el expediente se encuentra probado que el actor recibió incapacidades entre el 1º de septiembre al 11 de septiembre de 2014, de septiembre 15 a septiembre 19 de 2014, de septiembre 27 a septiembre 29 de 2014, con la observación de pagada, de noviembre 6 a 15 de noviembre de 2014. Adicionalmente, expuso que militan en el expediente los fallos proferidos por esta Corporación, en donde se ordenó el pago de las incapacidades y que en la resolución expedida por Colpensiones, no fue posible conceder el retroactivo teniendo en cuenta que Medimás informó a Colpensiones que el pago de incapacidades se había realizado hasta el 22 de diciembre de 2017, razón por la cual se procedió al reconocimiento de la prestación a partir de dicha data. En cuanto a los intereses moratorios expuso que los mismos no son procedentes, ya que no ha desconocido derecho alguno, destacando que al actor no acreditó ante Colpensiones que las incapacidades se encontraban canceladas o pendientes de pago, situación que generó que Colpensiones realizara el reconocimiento del retroactivo, como quiera que podía incurrir en un doble pago. Adicionalmente, destacó que los intereses moratorios no fueron solicitados con la reclamación administrativa y por tratarse de una petición subsidiaria la misma no resultaría procedente.

PARTE DEMANDANTE

La apoderada de la parte actora, solicitó el reconocimiento de la mesada adicional que de conformidad con el artículo 50 de la Ley 100 de 1993, debe cancelarse en el mes de diciembre, pues asegura que en razón a que el estatus pensional del demandante se hizo desde el año 2014, la misma debe pagarse. Así mismo, solicitó el pago de la mesada pensional comprendida entre el 16 de diciembre de al 22 de diciembre de 2017, ello, por cuanto, se puede establecer que el reconocimiento de la pensión los fue a partir del 23 de diciembre de 2017; sin embargo, el Juez A Quo, hizo reconocimiento del retroactivo pensional hasta el 15 de diciembre del mismo año.

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, el recurso de apelación fue admitido 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:

COLPENSIONES, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación referentes a que los conceptos de incapacidad temporal resultan incompatibles con las prestaciones derivada de la invalidez, y se revoque la condena por intereses moratorios.

Por su parte el Procurador 34 Judicial II Para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, solicitó se confirme la decisión de la primera instancia, con base en la sentencia SL 1562 de 2019, ya que le asiste el reconocimiento al pago del retroactivo de la pensión de invalidez a partir del 23 de septiembre de 2014, descontando las incapacidades satisfechas entre el 8 de noviembre de 2014 y el 22 de julio de 2017, con derecho a los intereses moratorios.

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 del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES y el recurso de apelación que interpuso esa entidad, le corresponde a esta Sala de Decisión determinar si en el caso bajo estudio i) al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado entre el 23 de septiembre hasta el 7 de noviembre de 2014 y del 23 de julio hasta el 15 de diciembre de 2017 como lo determinó el Juez A Quo o si por el contrario debe reconocerse hasta el 22 de diciembre de 2017; ii) definir si procede el pago de la mesada adicional (13), y iii) si es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Sea lo primero señalar que en el caso bajo estudio se encuentran acreditados los siguientes aspectos i) la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, mediante dictamen calendarado 28 de diciembre de 2018, le determinó al demandante una pérdida de capacidad laboral del 59.25%, estructurada el 23 de septiembre de 2014 y derivada de origen común (Fls. 18-21); ii) Colpensiones mediante Resolución SUB142182 del 5 de junio de 2019, le reconoció al actor una pensión de invalidez a partir del 1º de junio de 2019 en cuantía de \$828.116 (Fls. 22-29); iii) el anterior acto administrativo fue modificado mediante Resolución SUB 178556 del 10 de julio de 2019, en el sentido de reconocer la pensión de invalidez desde el 23 de diciembre de 2017 en cuantía de \$737.717 cancelándole un retroactivo pensional por valor de

\$12.847.151, precisándose en la parte motiva de dicha resolución que “revisado el expediente pensional se evidencia certificado de incapacidades emitido por parte de MEDIMAS EPS, donde dice que la última incapacidad paga fue para el 22 de diciembre de 2017, razón por la cual se estudió la prestación a partir del 23 de diciembre de 2017” (Fls. 34-41). iv) al demandante se le expidieron incapacidades, entre el periodo comprendido entre el 6 de noviembre de 2014 al 22 de diciembre de 2017, algunas con pequeñas interrupciones tal y como se extrae de los documentos visibles a folios Fls. 49-57 y 251-276 y del hecho 14 de la demanda fl.2 del que se puede advertir que el empleador del actor TRANSPORTES T Y M SAS le canceló por concepto de incapacidades desde el 6 de noviembre de 2014 al 18 de agosto de 2017, la suma de \$16.695.762.;v) que TRANSPORTES T Y M S.A.S. instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, MEDIMAS EPS SAS Y OTRAS, la cual se tramitó bajo el radicado 520013105003-2018-00077-01 en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto y que concluyó con sentencia calendarada 2 de mayo de 2019, modificada por esta Corporación mediante providencia del 27 de febrero de 2020, en la cual se concluyó que desde el 6 de noviembre de 2014 al 22 de julio de 2017, el empleador le canceló las incapacidades al actor, ordenándole a la entidades encargadas de reconocer las incapacidades el reembolso del dinero respectivo (Fl.228 vinculo).

DEL RETROACTIVO PENSIONAL DE INVALIDEZ, LAS INCAPACIDADES Y LA MESADA ADICIONAL 13 –RETROACTIVO-

Dicho lo anterior, conviene recordar que el primer problema jurídico planteado se limita a definir si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional de invalidez, causado entre el 23 de septiembre hasta el 7 de noviembre de 2014 y del 23 de julio hasta el 15 de diciembre de 2017, como lo determinó el Juez A Quo o si por el contrario debe reconocerse hasta el 22 de diciembre del mismo año, como lo solicita la recurrente.

Al respecto, conviene advertir que si bien no existe duda respecto de la fecha de estructuración del estado de invalidez del actor que lo fue el 23 de septiembre de 2014, y que sería a partir de esa data que nace a la vida jurídica el derecho, conforme lo establece el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, no es menos cierto que, al demandante le fueron expedidas incapacidades desde el 6 de noviembre de 2014 hasta el 22 de diciembre de 2017, esto es, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, incapacidades de las cuales como lo confesó el demandante a través de su apoderada fueron canceladas por su empleador desde el 6 de noviembre de 2014 al 18 de agosto de 2017, conforme se expuso en los hechos 13 a 14 de la demanda, afirmación que concuerda con el documento obrante a folio 67 en el que aparece como liquidadas incapacidades hasta el 18 de agosto de 2017, situaciones que contrario a lo que decidió el Juez A Quo, conllevan a que el reconocimiento de la pensión de invalidez se haga a partir de la expedición de la última incapacidad y no desde la época en que se determinó la estructuración de la invalidez, pues nuestro órgano de cierre en reciente sentencia de casación SL5170-2021 del 20 de octubre de 2021, con ponencia del Magistrado, Dr. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, sostuvo que las mesadas pensionales inician a reconocerse en

forma retroactiva, desde la fecha de estructuración, salvo que, con posterioridad a esta, se hubieran entregado subsidios por incapacidad, continuos o discontinuos, tal y como lo dispone el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, que estableció que mientras se reciba subsidio de incapacidad temporal no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez, pues, ante esos eventos, la prestación comienza a partir de la expiración de la última de estas, así lo decanto:

“Ahora, téngase en cuenta que dentro del proceso incapacitante pueden existir períodos cortos e intermitentes de recuperación o mejoría de la salud del trabajador, durante los cuales la acción protectora de la seguridad social cesa para dar paso a las obligaciones remunerativas a cargo del empleador o a los ingresos que perciba el trabajador independiente, períodos en los cuales no se activa la protección de la seguridad social y, en consecuencia, no se pagan las dichas prestaciones.

Lo anterior pone en evidencia la complejidad de la articulación en la secuencia de la situación protegida, en el sentido de que la misma contingencia puede producir diversas situaciones que deben ser atendidas --incapacidad temporal, la invalidez y la muerte--, cada una de las cuales inicia con un hecho causante. El paso de la invalidez a la muerte se presenta con claridad, pero no sucede lo mismo con la secuencia entre la incapacidad temporal y la invalidez.

*En estos casos no hay una línea muy definida entre el tránsito de la incapacidad temporal y la invalidez, razón por la cual el eje central de delimitación está en el momento en que se califica el estado de invalidez, quedando a partir de allí extinguida la incapacidad temporal, pero **limitándose la retroactividad de la nueva prestación al momento en que se efectuó el último pago de la prestación que la antecede**, dado el carácter secuencial de la acción protectora de la seguridad social, donde los efectos económicos de las prestaciones no siempre coinciden con el hecho causante en sentido material, pues la previsión legal es muy clara en relacionar la fecha inicial de la prestación por invalidez con la fecha de finalización formal de la incapacidad temporal.*

En el marco de las incompatibilidades de las prestaciones que aquí ocupan la atención, la legislación anterior a la Ley 100 de 1993 también consagraba el mismo criterio tanto para los trabajadores particulares como para los servidores públicos, como se desprende del artículo 10° del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, al señalar que, «Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio»; y que, por su parte, el artículo 64° numeral 3° del Decreto 1848 de 1968 consagró que «la pensión de invalidez se debe desde que cese el subsidio monetario por incapacidad para trabajar y su pago se comenzará a hacer inmediatamente después del señalamiento de la incapacidad».

Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar su doctrina, en el sentido de señalar que cuando existen subsidios por incapacidad temporal, continuos o discontinuos, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, las mesadas pensionales se comenzarán a pagar sólo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad, postura con la cual queda rectificad y delineada su posición con relación a criterios anteriores que le hubieren sido contrarios (SL1562-2019)”. Subrayas y negrilla fuera de texto.

Así las cosas, de conformidad con el anterior precedente judicial, la Sala encuentra que la decisión de primera instancia no se ajusta a derecho y en consecuencia, será revocada para en su lugar declarar probadas las excepciones de fondo propuestas al momento de contestar la demanda, rotuladas como “*inexistencia de la obligación y cobro de no debido*”

COSTAS

En cuanto a las costas de primera instancia, al revocarse la sentencia, resulta procedente condenar en costas de primera instancia a la parte demandante fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 SMLMV, esto es, 1.000.000. En la segunda instancia no se impondrán costas al prosperar el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES. Las costas 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: REVOCAR de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 23 de septiembre de 2021, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada COLPENSIONES, conforme se explicó en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de fondo propuestas por pasiva, denominadas “*inexistencia de la obligación y cobro de no debido*”. En consecuencia, **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas en su contra por el Sr. PEDRO PABLO ESCOBAR MORA, por las razones expuestas anteriormente.

TERCERO: CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandante y a favor de la demandada, fijándose las agencias en derecho en 1 smlmv; esto es, \$1.000.000, que serán liquidadas por el juzgado de conocimiento en la forma regulada por el artículo 366 del C. G. del P. Sin lugar a condenar en costas de segunda instancia al haber prosperado el recurso de apelación instaurado por COLPENSIONES.

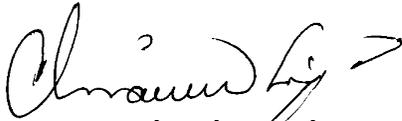
NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No.441. 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

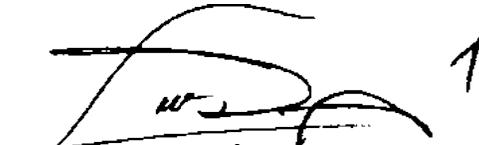
Magistrado Ponente: Juan Carlos Muñoz.



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



LUIS EDUARDO ÁNGLE ALFARO
Magistrado

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. 2020 00039 01 (536)

San Juan de Pasto, a los diecinueve (19) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), siendo el día y hora previamente señalados por auto que antecede los Magistrados **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente y **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA Y LUIS EDUARDO ÁNGE ALFARO** profieren decisión dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **MARIA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MAYAG** contra **JORGE EFRAÍN PANTOJA ROMO**, 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

MARIA DEL CARMEN RODRÍGUEZ MAYAG, a través de apoderado judicial instauró demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de **JORGE EFRAIN PANTOJA ROMO**, para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 20 de julio de 1994 hasta el 21 de septiembre de 2018. Consecuencialmente, solicitó se condene a las demandadas al reconocimiento de las prestaciones sociales, e indemnizaciones y demás emolumentos consignados en el libelo introductor, junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que celebró un contrato verbal de trabajo con el demandado el 20 de julio de 1997, mismo que terminó de manera unilateral por parte del empleador el 21 de septiembre de 2018. Que las labores que ejecutó a favor del demandado fueron como Administradora de finca, mismas que cumplió a cabalidad de manera subordinada y dependiente. Que devengó como salario la suma de \$50.000. Que la partes acordaron como salario en especie el 30% del salario mínimo, consistente en la vivienda en la finca donde desarrollaba sus labores. Que el horario que cumplía era de 7:00 a.m. a 12: p.m. y de 2:00 p.m. a 7:00 p.m. Que en vigencia de la relación laboral no le fueron canceladas las acreencias laborales que le correspondían. Que citó al demandado a la Inspección de Trabajo, sin embargo, no asistió.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Fue asignado el conocimiento del proceso al Juzgado Civil del Circuito de Túquerres, (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 9 de octubre de 2020 (Fl.24-25), en el que se ordenó la notificación de la demandada, actuaciones que se surtieron en legal forma.

El demandado, a través de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de “INEXISTENCIA DE CONTRATO VEBAL DE TRABAJO”, “FALTA DE CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “PRESCRIPCIÓN”, entre otras (Fls. 27-32).

El Juzgado de Primer Grado el 26 de agosto de 2021, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto procesal en el que se declaró fracasada la etapa de conciliación ante la falta de ánimo conciliatorio respecto de la parte demandada, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 104-107).

La referida audiencia se llevó a cabo el 4 de noviembre de 2021, acto público en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres con Funciones de Conocimiento Laboral de Nariño, declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por el demandando denominadas “INEXISTENCIA DE CONTRATO VERBAL DE TRABAJO, FALTA DE CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y PASIVA, AUSENCIA DE LOS EXTREMOS TEMPORALES DE LA RELACION LABORAL, COBRO DE LO NO DEBIDO”, en consecuencia negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenas en costas a la demandante por contar con amparo de pobreza (Fls. 108-110).

En síntesis, la Juez A Quo, concluyó que la demandante no acreditó la prestación personal del servicio en favor del demandado, por lo tanto, no era posible aplicar a la presunción legal establecida en el artículo 23 del CST., resaltando además que la actora tampoco probó la remuneración recibida.

II. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el proveído estudiado adverso a los intereses de la parte demandante, esta Corporación en cumplimiento a lo establecido en el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., modificado por el artículo 13 de la ley 1149 de 2007, lo admitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Así mismo, de conformidad con lo previsto 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, sin intervención de las mismas.

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 del demandante, le corresponde a esta Sala de Decisión establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 21 de septiembre de 1994 al 21 de septiembre de 2018. En caso afirmativo determinar la procedencia de las condenas.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO.

Descendiendo al *sub examine* y de cara a resolver el disenso presentado, se tiene que la falladora de instancia consideró que en el plenario no se encontraba acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, al concluir del análisis de los medios de prueba recaudados en el presente asunto, que no se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte de la demandante en favor de la parte accionada, conclusión que implicó la absolución de la parte pasiva de la Litis respecto de los pedimentos expuestos.

En este orden de ideas, esta Corporación, en forma por demás prolija ha venido sosteniendo que quien judicialmente procure la declaración de derechos en su favor, se encuentra en la imperativa obligación de acreditar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones, ya que en virtud del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 del C. G. del P., aplicable por analogía al procedimiento laboral por disposición del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S., es deber de quien acciona el aparato judicial, allegar al proceso todos los medios acreditativos que respalden sus súplicas, siendo aplicable para tal efecto el contenido del artículo 54 del C.S. del T. que establece que *"La existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios"*.

Para resolver el asunto, necesario es acudir al artículo 23 del CST, norma que menciona los elementos esenciales del contrato de trabajo a saber: la actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia de este respecto del empleador que le da la facultad de impartir órdenes e instrucciones y el salario. También al artículo 24 *ibidem*, por cuanto *"se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*.

Ahora, en forma pacífica nuestro Tribunal de cierre, ha señalado que opera esta presunción legal a favor del demandante, cuando prueba la prestación personal del servicio, caso en el cual, surge a

cargo del convocado a juicio, la obligación de demostrar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación de trabajo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.¹

PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIO

En este orden de ideas, determina la Sala que resulta procedente establecer si en el plenario se encuentra debidamente acreditada la existencia de un contrato de trabajo entre los extremos de la litis, por tal razón se procede a analizar si la demandante cumplió con su *onus probandi*.

En cuanto a la prueba testimonial, la Sala Preliminarmente encuentra necesario definir el valor probatorio que se le dará a las declaraciones de los testigos JOSE NECTARIO TELLO VELASQUEZ y CARLOS EDUARDO PANTOJA JURADO, deponentes que fueron tachados por sospecha por la parte actora, al laborar el primero para el demandado como administrador mientras que el ultimo es su yerno, situaciones que considera esta Corporación son óbice para que sus relatos gocen de la imparcialidad necesaria para darle pleno valor probatorio, toda vez que dichos testimonios una vez analizado con mayor rigor, se concluye que se tratan de unos testigos que no ofrece credibilidad en el *sub examine*, puesto que en razón de su dependencia y el lazo de consanguinidad que detentan aquellos, implica que su relato no sea imparcial, lo cual se evidencia en las afirmaciones por ellos suministrados, por lo que concluye la Sala que prescindirá de sus testimonios, al no gozar los mismos de mérito probatorio conforme las explicaciones que anteceden y dando aplicación a las directrices contempladas en el artículo 58 del C. P. del T. y de la S. S., en concordancia con el artículo 211 del C. G del P.

Ahora bien, la demandante hizo comparecer como testigo a la Sra. María Teotista León, quien afirma haberla conocido en la finca de propiedad del demandado, pues fue su vecina durante 12 años, ya que viven en la misma vereda, por ello, asegura que en repetidas ocasiones observó a la actora, sacando leña, prendiendo candela, limpiando papas para los peones, entre otras. Manifestó, que no presencié que el demandado le impartiera órdenes a la demandante, pues únicamente, observaba el trabajo que esta realizaba. Preciso que los trabajadores o peones se encontraban en la finca en los periodos en que había cosecha, siembra o fumigación de cultivos, resaltando que aun cuando no había personal miró a la actora cortar leña y dar agua al ganado. Informó, que no le consta que la Sra. María del Carmen Rodríguez, estuviera obligada a cumplir horarios, pero asegura que su rutina empezaba a las 5:00 a.m. y terminaba a las 7:00 p.m. Advirtió que no tiene conocimiento del por qué la actora dejó de vivir en la finca de propiedad del demandado; sin embargo, recuerda que lo fue aproximadamente en septiembre de 2018. Informó que desconoce si el accionado le pagaba

¹ C.S.J., Sala Casación Laboral, sentencia 39377 del 29 de junio de 2011. “En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

alguna suma de dinero a la Sra. María del Carmen Rodríguez. Destacó que la actora vivía en la finca del convocado a juicio con su hijo y nieto y que la testigo en repetidas ocasiones fue a recibir desechos de comida que le regalaba la demandante cuando tenían trabajadores. Indicó que inicialmente la Sra. María del Carmen Rodríguez vivía en otra casa de propiedad, en su creencia también del demandado, pero que no le consta lo que ella hacía ahí porque solo fue su vecina en la segunda casa donde vivió, es decir, en los últimos 12 años.

Por su parte, el testigo Javier Arturo Pulsara, traído por el demandado, quien es comisionista, informó que conoció a la demandante hace 20 años cuando llegó a vivir a la finca del demandado. Aseguró que la Sra. María del Carmen, no trabajó con el demandado y que su llegada a la casa se debió a que el Sr. Franco Rodríguez, hijo de la actora laboraba con el accionado y porque ella no tenía donde vivir. Informó que al ser vecino del convocado a juicio nunca vio a la demandante realizar actividad alguna que lo beneficiara, pues solo la observó recolectando hierba para sus animales. Precisó que de la preparación de los alimentos para los trabajadores se encargaban la “cocineras” traídas por el demandado, alimentos que asegura eran elaborados en la casa donde vivía la actora. Manifestó que, el Sr. Jorge Pantoja Romo, no realizaba ninguna actividad en las fincas donde vivió la accionante, pues este solo las rodeaba y visitaba a los trabajadores. Indicó que el administrador de las fincas es el Sr. Nectario Tello. Comentó que la razón por la cual que la demandante dejó de vivir en el predio del demandado fue porque el demandado compró ganado y contrataron un mayordomo. Finalmente, informó que el testigo visitaba al demandado en la finca aproximadamente cada mes, y que sabe que entre la demandante y el demandado no existía acuerdo alguno porque este último se lo comentó.

El testigo Francisco López Ramírez, quien trabaja para el demandado hace 15 años como cuidador de finca, aseguró conocer a la actora desde esa misma data. Informó que no le consta que la demandante hubiera realizado alguna labor para el demandando, y que la razón por la que ella vivía en la finca de este último era porque le prestó la casa ella y a su hijo. Aseguró que la actora no recibía órdenes, no cocinada para los trabajadores y tampoco se ocupaba del ganado. Comentó el testigo que el tiempo que el permanecía en la finca eran dos o tres días semanales y en otras ocasiones iba cada 15 días. Informó que el demandado no le pagaba ninguna suma de dinero a la demandante. Destacó que en principio la actora vivía en una casa que quedaba en una finca de propiedad de la esposa del demandado, pero que como esa casa se vino al piso, este último la llevó a su finca. Finalmente, cuando se le preguntó de la razón por la cual la actora dejó de vivir en el predio del demandado indicó que *“la razón es de que pues ella ya estaba muy mayor ya no se desempeñaba en nada porque nunca se ha desempeñado en nada, entonces como el ya necesitaba una persona que le preste servicio entonces ella ya le tocó de irse, porque ella ya no se desempeñaba en nada”*.

Del interrogatorio de parte rendido por la demandante indicó que laboró para el demandando desde el año 1994, desempeñando labores propias del cuidado de una finca. En cuanto al pago indicó que el demandado le cancelaba con la vivienda, pues su acuerdo consistía en cuidar la casa y cocinar para los trabajadores a cambio de la vivienda, agregando que cada 2 o 3 meses le daba \$20.000 o \$50.000.

Del análisis en conjunto y crítico de la prueba, encuentra la Sala que la demandante no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía, pues no se logra confirmar que aquella hubiera prestado un servicio personal a favor del demandado en los términos que se afirma en la demanda, puesto que si bien se acreditó que la actora realizaba algunas labores en la finca, pese a que el demandado intentó probar que la Sra. María del Carmen Rodríguez, no ejecutaba ninguna actividad, lo cual resulta contradictorio con lo manifestado por el testigo JAVIER ARTURO PURSARA SANTA CRUZ, cuando informó que su salida de la casa se debió a que “*ya no se desempeñaba en nada*”, la demandante no logró demostrar con certeza las condiciones en que prestó esos servicios; la continuidad del mismo, ni que esas actividades se hubieran efectuado en un escenario de una relación laboral, aspectos que tampoco se extraen de lo manifestado por la testigo Sra. María Teotista León, quien su conocimiento proviene de lo que observaba como vecina hace aproximadamente 12 años y respecto de la última vivienda que ocupó la actora ubicada en el predio del demandado, pues recordemos que inicialmente la actora ocupó una casa ubicada en la propiedad de la esposa del demandado de la cual la testigo no brindó información.

Por lo discurrido resulta acertado concluir que en el presente asunto la demandante no logró demostrar el elemento básico del contrato de trabajo relacionado con la prestación personal del servicio alegada, lo que implica que no se pueda aplicar la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., pues tampoco se probó la remuneración que percibía la demandante, concluyéndose que las actividades que ejecutó la actora, se dieron por virtud de un vínculo de carácter civil, - comodato-razones por las cuales se confirmará la decisión de la primera instancia que absolvió al convocado a juicio de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, al quedar el plenario huérfano de medios probatorios que avalen las afirmaciones vertidas en el libelo demandatorio.

COSTAS

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, por no haberse causado y por contar la demandante con amparo de pobreza.

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. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres, (N), el 4 de noviembre de 2021, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 439. 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.

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 DAVILA
Magistrada


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

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. 2021-00119 -01 (259)

En San Juan de Pasto, a los diecinueve (19) días del mes de octubre 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 **SERGIO ANTONIO MUÑOZ CASTILLO**, 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

SERGIO ANTONIO MUÑOZ CASTILLO, 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.** En consecuencia, se condene al fondo privado demandado a devolver a **COLPENSIONES** los valores cotizados por el actor, el bono pensional si lo hubiere, sumas adicionales y la correspondiente indexación. Así mismo, solicitó se condene a las demandadas a pagar las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró como empleado público adscrito a la Gobernación de Nariño en la Asamblea Departamental de Nariño, Gobernación de Nariño e Industria Licorera de Nariño. Que en el año 1988 se vinculó al Ministerio de Educación Nacional. Que se afilió **PORVENIR S.A.** en el año 1999 hasta octubre de 2006. Que el 1º de noviembre de 2006, realizó su traslado al RPM administrado por **COLPENSIONES**. Que cuando fue elegido como Diputado para el periodo 2012 -2015, **PORVENIR S.A.**, sin brindar asesoría idónea en materia pensional fue afiliado nuevamente al régimen de ahorro individual. Que al no contar con la

información acerca de dicho traslado, el 9 de diciembre de 2011, realizó una solicitud de desistimiento de traslado; no obstante, el 27 de diciembre del mismo año PORVENIR S.A., da respuesta informando que no es posible aplicar el desistimiento ya que no ha recibido formulario de solicitud de vinculación a pensiones, dando el actor por entendido que se encontraba vinculado al RPM. Que mediante oficio calendado 23 de abril de 2020, PORVENIR S.A., le informó que la posible mesada pensional que alcanzaría a los 62 años sería de \$877.803. Que solicitó la ineficacia de traslado ante las entidades demandadas, peticiones que le fueron negadas.

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 18 de mayo de 2021 (Fl. 129), 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 del actor 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. 280-312)

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” (Fls. 140-190).

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. 524-527).

El juzgado de conocimiento el 25 de mayo 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 el demandante a PORVENIR S.A. el diciembre de 2011, y en consecuencia declaró que para todos los efectos legales el actor 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 del 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 del actor. Declaró probada la excepción de fondo denominada “ausencia de prueba efectiva del daño” e “inexistencia del daño”, propuesta por PORVENIR S.A. y no probadas la denominada “imposibilidad de condena en costas” y las demás excepciones de fondo propuestas. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls. 545-552).

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, en el caso la valoración de la prueba no fue adecuada, en tanto, solo se tuvo en cuenta la simple afirmación del actor referente a que no se le brindó afirmación; no obstante, resalta que en diligencia de interrogatorio de parte este último manifestó que conocía que el RAIS no le convenía pero que luego se desentendió del trámite de retracto. Manifestó que, la falta de información alegada no fue la única razón que motivó el traslado del actor, y que la carga de la prueba que se utiliza en este tipo de asuntos vulnera el derecho de defensa del fondo. 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. Advirtió que, la cotización en los dos regímenes es iguales y en ningún caso habría faltante. Finalmente, se opuso a la condena en costas al considerar que su representada actuó de buena fe y además son excesivas.

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 el 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, el demandante ejecutó actos de reconocimiento hacia la entidad que denotan el compromiso de pertenecer a ella, más aún cuando si bien el actor realizó una solicitud con el ánimo de retornar al Colpensiones “*lo dejó libre al azar*”; no obstante, tuvo un margen de tiempo en el que pudo haber regresado y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el RAIS. 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 13 de la ley 2213 de 2022, 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 al 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 el 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 el actor 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 del actor, 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 el demandante ante el RAIS, administrado por el fondo privado demandado. Igualmente determinar si esa entidad debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor 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.

Finalmente, establecer si la condena en costas impuestas en contra de PORVENIR se encuentra ajustada.

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

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)

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 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 de 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 3º 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 el demandante se trasladó en el año 2011, proveniente del extinto ISS hoy COLPENSIONES

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, el actor 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 1º 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 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 al accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir el actor 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 por la parte actora visible a folio 68, 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 sí 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 del promotor de la litis y pudo evitarse si hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, aspectos que el fondo privado demandado no acreditó.

Aunado a lo anterior, se observa que ni siquiera PORVENIR S.A. tramitó la solicitud de retracto que presentó el actor el 13 de diciembre de 2011 visible a folio 69, aduciendo que a la fecha no se había recibido ningún formulario de solicitud de vinculación a Pensiones Obligatorias con esa administradora, lo cual era contrario a la realidad, induciendo al actor en error.

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 de diciembre de 2011 con efectividad 1º de febrero de 2012, como se extrae del documento visible a folio 218, 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. Por lo anterior se adicionará la decisión de la primera instancia en lo pertinente.

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 al 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 el 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 el demandante permaneció afiliado a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y 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 provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto, ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021. Por otro lado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia en el sentido de incluir el traslado de los bonos pensionales si los hubiere.

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar el 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 del actor es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea el 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 el actor 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.

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 los numerales primero y segundo de la sentencia 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 resultas 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** los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 25 de mayo de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por **SERGIO ANTONIO MUÑOZ CASTILLO**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No 98.322.218, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, desde diciembre de 2011 con efectividad a partir del 1º de febrero de 2012, en consecuencia **DECLARAR** que, para todos los efectos legales, el accionante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida”.

“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 del demandante junto con sus rendimientos así como los bonos pensionales si los hubiere, 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 el actor permaneció afiliado a ella, y al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

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

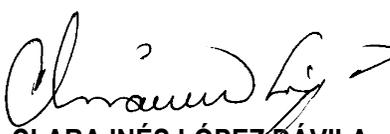
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 25 de mayo de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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.

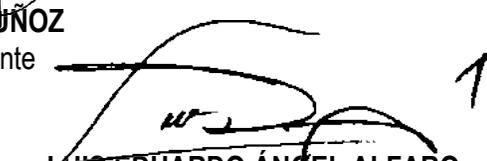
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 442. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro 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:


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada


JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

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. 2021-00319-01 (212)

En San Juan de Pasto, a los diecinueve (19) días del mes de octubre 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 **VICTOR HIGO ORTEGA CALDERON**, 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

VICTOR HUGO ORTEGA CALDERON, 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. En consecuencia, se tenga como única afiliación válida al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, la efectuada al RPM que en su momento fue administrado por **CAJANAL**, y se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros, utilidades y bonos pensionales obtenido, así como los gastos de administración debidamente indexado. Finalmente, solicitó se condene en costas a las demandadas.

Fundamentó sus pretensiones en que fue el 22 de marzo de 1984 fue afiliado a **CAJANAL**, cuando se vinculó con el Hospital Civil Regional de Ipiales, como Jefe de Sección Médica. Que el 28 de agosto de 1996 la AFP **HORIZONTE**, 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. Que **PORVENIR S.A.**, realizó una simulación de su posible

pensión en la que le indicó que equivaldría a 2.7 SMLMV. Que COLPENSIONES mediante oficio calendarado 13 de septiembre de 2019, le negó la solicitud de traslado.

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 calendarado 20 de septiembre de 2021 (Fl. 190), 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 del actor 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”, “FALTA DEL DERECHO PARA PEDIR, POR OSTENTAR UNA SITUACIÓN PENSIONAL CONSOLIDADA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO”, “BUENA FE” y “PRESCRIPCIÓN”, entre otras. (Fls. 331-).

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” (Fls. 194-244).

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. 400-404).

El juzgado de conocimiento el 26 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 el demandante a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS el 28 de agosto de 1996, y en consecuencia declaró que para todos los efectos legales el actor 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 del 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. Preciso 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. Condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., los conceptos descritos en el numeral anterior y le ordenó que acredite las semanas efectivamente cotizadas en el RPM, teniendo para todos los efectos como si nunca se hubiese afiliado al RAIS. Declaró probadas las excepciones de fondo denominadas “Ausencia de prueba efectiva del daño” e “Inexistencia del Daño”, propuestas por PORVENIR S.A. e “Imposibilidad de Condena en Costas”, propuesta por COLPENSIONES, y declaró no probadas las restantes excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls. 465-470).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

La apoderada 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 información brindada fue general. Manifestó que la falta de información alegada no fue la única razón que motivó el traslado del actor. 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, lo cual no es posible; no obstante, advierte que en caso de que se mantenga la decisión relacionada con la ineficacia del traslado, solicita se acuda a la figura de las restituciones mutuas. Por otro lado, indicó que la carga de la prueba que se utiliza en este tipo de casos vulnera el derecho de defensa y se opuso a la condena en costas.

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 el 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, el 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 prohijar 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 13 de la Ley 2213 de 2022, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

COLPENSIONES manifestó que el 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 el actor 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 del actor, 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 el 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 del actor 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. Así mismo, determinar si resulta procedente la condena en costas.

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

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 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 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

“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)

comporta el estudio de los antecedentes del afiliado sus datos relevantes y expectativas pensionales, todo esto, para que se de 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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., incumplió con el deber de información que le asistía puesto que del material probatorio se observa que el demandante con anterioridad a ello estuvo en el RPMD, administrado por CAJANAL, según el documento del folio 35. En consecuencia 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, el actor 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 del 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 el actor 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.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de la declaración rendida por la testigo VICTORIA HERNANDEZ FIGUEROA, compañera de trabajo en el Hospital Civil de Ipiales, quien comentó que en esa entidad se llevaron a cabo varias reuniones por parte de los asesores de HORIZONTE, quienes les comentaron únicamente los beneficios que ofrecía el RPM, sin que se les explicaron las incidencias del traslado, pues además se comentaba que CAJANAL se liquidaría.

Ahora bien, conviene advertir que respecto del formulario de afiliación aportado visible a folio 38, 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 HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy 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.

Así las cosas, la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional del promotor 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, por lo que resulta se concluye que esa entidad no cumplió con el deber de información que le correspondía.

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 28 de agosto de 1996 con efectividad a partir del 1º de octubre del mismo año, 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. Por lo anterior se adicionará la decisión de la primera instancia en lo pertinente.

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 al demandante y como este último se encuentra vinculado 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 el 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 el demandante permaneció afiliado a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y 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 provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto, ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021. Por otro lado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia en el sentido de incluir el traslado de los bonos pensionales si los hubiere

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar el 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 del actor es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea el 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 el 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.

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 los numerales primero y segundo de la sentencia. 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 resultas 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** los numerales **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 26 de abril de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por **VICTOR HUGO ORTEGA CALDERON**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No 10.535.260 de Ipiales del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **HORIZONTE** hoy la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, el 28 de agosto de 1996 con efectividad a partir del 1º de octubre del mismo año, en consecuencia **DECLARAR** que, para todos los efectos legales, el accionante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida”.

“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 del demandante junto con sus rendimientos así como los bonos pensionales si los hubiere 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 el actor permaneció afiliado a ella, y al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, **IBC**, aportes y demás información relevante que los justifique.

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

SEGUNDO: **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 26 de abril de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

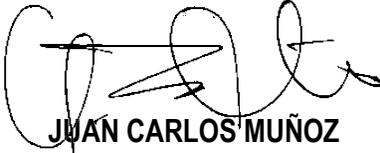
TERCERO: **CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA** a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a favor del demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en 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. 444. 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