



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Angel Alfaro

Noviembre once (11) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	528353105001-2018-00340-01 (093)
Juzgado de primera instancia:	Laboral del Circuito de Tumaco
Demandante:	Marcos Antonio Banguera Mairongo
Demandado:	Comunicaciones Celular S.A. –COMCEL S.A.-
Asunto:	Se resuelve apelación sentencia.
Acta No.	491

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación formulado por la parte demandada, contra la sentencia dictada en audiencia pública el 17 de febrero de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco, dentro del asunto reseñado.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Marco Antonio Banguera Mairongo, llamó a juicio a Comunicaciones Celular COMCEL S.A., para que, bajo los ritos del proceso ordinario laboral, se declare que el contrato laboral a término indefinido que lo vinculaba con la demandada, terminó el 15 de junio de 2018, mediante despido injusto, con desconocimiento del principio de proporcionalidad y razonabilidad entre la conducta y la sanción.

Consecuencialmente, procura se ordene a la pasiva, como obligación de hacer retractarse públicamente diciendo que no incumplió con sus funciones y que se informe esto a los demás trabajadores de la empresa a través de los canales informáticos que tiene; además se la condene al pago de: i) indemnización moratoria regulada en el artículo 65 del CST; ii) indemnización por despido injusto; iii) indemnización plena de perjuicios por lucro cesante calculada entre la fecha del despido y hasta la presentación de la demanda; y iv) costas procesales.

2. Hechos.

Los hechos con relevancia jurídica en los que el demandante apoya sus pretensiones, se resumen así:

Manifiesta que estuvo vinculado en la empresa demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido, entre el 7 de septiembre de 2009 y el 15 de junio de 2018; que el último cargo desempeñado entre marzo 1º de 2012 y junio 15 de 2018 fue Coordinador de Servicio Personalizado, en el Centro de Atención y Ventas ubicado en el Municipio de Tumaco.

Indica que conforme los lineamientos de la entidad en el “Manual de Políticas CAV Unidad de negocios de personas” se establece que los centros de atención y ventas “CAV”, están direccionados por un personal directivo integrado por un Coordinador, un Supervisor y un Asesor de servicio o Consultoría Integral, además del personal de servicios tercerizados como son el Almacenista, Servicio técnico, Cajeros, Promotor de Ventas, Servicios Generales y Vigilancia.

Enlista las funciones que cumplió como Coordinador de Servicio Personalizado y menciona otras actividades que le fueron asignadas relacionadas con el cargo de Supervisor; añade que también cumplía funciones de apoyo en trámites de las oficinas de Pasto, Tumaco, Buenaventura y Tuluá.

Cuenta que en el mes de marzo de 2018 era jefe de 20 trabajadores en calidad de consultores que atendían usuarios y la supervisión y control de los trabajadores vinculados con outsourcing o tercerizados, tales, los encargados de aseo, servicios generales, cajas, almacén, promotor, entrenador, accesorios, servicios técnicos y seguridad, para un total de 14; que el promedio diario de clientes era de 300 lo que le exigía un esfuerzo considerable, motivo por el cual informó a sus superiores jerárquicos la necesidad y urgencia de nombrar un Supervisor para atender las distintas demandas del CAV de Tumaco, dada la presión laboral que tenía al cumplir los dos cargos – *Coordinador y Supervisor*” pero sus requerimientos no fueron atendidos.

Sostiene que nunca tuvo llamados de atención, que sus labores eran direccionadas por sus jefes inmediatos Tatiana Correa y Carlos Mario González, quienes direccionaban su actividad desde Cali por medios electrónicos y exigían plena disponibilidad, que no realizaban inspección personal por lo que no se percataban de las condiciones físicas y personales en las que se realizaba la actividad laboral.

Afirma que con los videos de la empresa se prueba que jamás los trabajadores del CAV Tumaco procesaron la solicitud de un cliente sin que este tuviera turno asignado.

Expone los pormenores del proceso disciplinario que le siguió en su contra.

Destaca que el 15 de junio de 2018 le fue terminado el contrato de trabajo sin justa causa, indicando que la liquidación le fue cancelada tardíamente, sin indemnización por despido injusto. Que el salario devengado al momento del despido era de \$5.316.0000,00 y un salario variable promedio de \$ 640.000,00.

3. Contestación de la demanda.

La empresa demandada por conducto de apoderado judicial ejerció su derecho de defensa, oponiéndose a las pretensiones insertas en el libelo inaugural, frente a los hechos aceptó unos y dijo no constarle otros. Arguyó en su defensa que el contrato de trabajo terminó con justa causa, que al momento del despido se le expusieron los motivos y razones de la decisión; y, en seguida explica cada tópico. Frente a la liquidación asegura que la pagó en su totalidad dentro de un término prudencial. Propuso como excepciones de fondo: inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, calificación de justa causa por lo contratantes, pago, compensación, prescripción, mala fe del demandante, buena fe de la demandada y la genérica.

4. Decisión de primera instancia.

El Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco Ipiales, puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 17 de febrero de 2022, en la que declaró i) que el contrato de trabajo que existió entre las partes entre el 7 de septiembre de 2009 y el 15 de junio de 2018, terminó sin justa causa por el empleador COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.; y ii) no probadas las excepciones que propuso. En consecuencia, condenó a la pasiva a pagar a favor del actor a) Por INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO, la suma de \$36.827.933,33 y b) Por INDEMNIZACIÓN MORATORIA, la suma de \$8.139.866,66, y las costas del proceso. La absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamento de la anterior decisión, previa valoración del caudal probatorio incorporado al proceso, concluyó que no se logró demostrar el hecho generador del despido. De otro lado, luego de verificar la fecha de terminación del contrato de trabajo, señaló que la empresa empleadora después de 41 canceló la liquidación de salarios y prestaciones, resaltando que la justificación que entregó ante la tardanza, no es atendible para exonerarla de la sanción moratoria

5. La apelación.

Inconforme con la anterior decisión el apoderado del extremo pasivo de la Litis la apeló y sustentó. En lo esencial, aduce que en el proceso se probaron los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo por justa causa, los cuales fueron expuestos en la carta de despido, los que se contraen al incumplimiento del protocolo de servicio en cabeza del demandante, en cuanto permitió la atención de clientes sin el turno del tótem correspondiente, cuando todo el personal de la empresa, incluido él, conocen dicho protocolo. Preciso que los videos arrimados al proceso son suficientes para determinar que a los clientes se los direccionó sin generar el turno. Aduce que, con el demandante, pactaron como una falta grave de sus funciones, el

incumplimiento en los protocolos de servicios, que en este caso deviene del haber atendido clientes sin el correspondiente turno.

De otro lado, se duele de la condena a la indemnización moratoria del artículo 77 del CPTSS, exponiendo de manera extensa las razones que adopta para justificar la tardanza en el pago de las mismas, enfatizando que su conducta estuvo precedida de buena fe, además que la mora solo fue de un poco más de un mes, que es un plazo razonable y atendible.

Por último, reprocha la liquidación de la indemnización por despido injusto, al considerar que si bien está de acuerdo con el salario básico percibido de \$ 5.316.000,00, no ocurre lo mismo con el salario variable que se paga al actor por las comisiones recibidas, y que este afirmó en la demanda que correspondía a la suma de \$ 640.000,00, el cual no debió tenerse en cuenta porque existe duda sobre tal monto, porque para ello se debía atender el promedio del salario devengado el último año, de lo cual no se aseguró el actor y no le era dable al despacho partir de un supuesto para liquidarlo.

6. Trámite de segunda instancia.

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación, se dispuso correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, vencido el cual, las partes hicieron uso de este derecho.

La pasiva, insiste que en este caso quedó demostrada la justa causa de la terminación del contrato de trabajo, y para afianzar su defensa trae a colación los supuestos facticos y probatorios sobre los cuales edificó la alzada, aduciendo que, el demandante conocía su obligación de velar por el cumplimiento del procedimiento de atención a clientes del CAV Tumaco, y que aun así, decidió no acatarlo. Seguidamente, expone las razones por las que considera que la liquidación de la indemnización por despido injusto no se

ajusta a la legalidad, advirtiendo que al existir duda sobre el salario variable la misma debe efectuarse sobre el básico de \$ 5.316.000 y no \$ 5.956.000. Diserta sobre las razones por las cuales considera que el A quo erró al encontrar una supuesta mala fe en su actuar al tomarse un tiempo prudencial para la realizar la liquidación final.

El demandante, alega que es inexistente la supuesta conducta omisiva en que se sustentó el despido, indicando que, luego del debate probatorio, la única prueba sobre la cual la empresa sustentó la carta de despido consistió en los videos calendados el 3, 4 y 7 de mayo de 2018; pues en los despachos comisorios de Cali y Bogotá y en la audiencia realizada ante el Juzgado, los testigos de la parte demandante, como de la confesión de la representante legal de la entidad demanda, admitieron que no existieron otros soportes que prueben la susodicha omisión. Sostiene que está probado que, la demandada generó un despido desproporcional frente a un hecho inexistente, en el que además desconoció que el trabajador ejercía el cargo de Coordinador y Supervisor. Expone los fundamentos sobre los cuales estima que la liquidación de la indemnización por despido injusto estuvo bien efectuada por el A quo y los motivos que respaldan la condena de la sanción moratoria.

III. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

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

2. Problemas jurídicos

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

¿El contrato de trabajo a término indefinido que celebraron los litigantes, terminó sin justa causa?

De definir que el despido fue injustificado, se verificará si el monto de la indemnización se liquidó con base en el salario correcto.

¿Existen elementos de juicio para derruir la condena por sanción moratoria?

3. Repuesta a estos interrogantes.

En el sub lite, emerge incontrovertible la existencia del contrato de trabajo a término indefinido y los extremos temporales señalados en la demanda esto es, inicio 7 de septiembre de 2009 y final el 15 de junio de 2018; así mismo, el último cargo desempeñado por el actor, vale decir, de Coordinador de Servicio Personalizado.

Los puntos de controversia radican en determinar con apoyo en el haz probatorio si el despido del pretendiente ocurrido a partir del 15 de junio de 2018, estuvo precedido, o no, de justa causa; y, subsidiariamente, en caso de encontrar mérito para confirmar la sentencia condenatoria objeto de alzada, verificar si existe yerro en la liquidación de la indemnización por despido injusto, y determinar si procede la sanción moratoria.

De cara al despido sin justa causa, importa memorar que, corresponde al trabajador acreditar tal hecho, a su turno, al empleador le concierne la justificación del mismo¹, para este último efecto lo debe motivar, probando en el proceso su veracidad y el cumplimiento de las formalidades necesarias, según lo vertido en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T., así ha sido decantado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 17 de agosto de 2016², criterio que no ha perdido vigencia.

Descendiendo al *sub judice*, tras examinar el acervo probatorio, colige la Sala que el actor cumplió con la carga de probar el hecho de la terminación del contrato laboral con la carta de despido visible a folio 80 a 82 del expediente, evento aceptado por la empleadora, siendo su deber entonces, probar que la decisión de poner fin al ligamen contractual laboral obedeció a justa causa estipulada legalmente, para exonerarse de la eventual indemnización prevista en el orden jurídico.

Al respecto, en la aludida carta, fechada el 15 de junio de 2018, mediante la cual la entidad demandada comunicó al demandante la decisión de dar por terminado unilateralmente y con justa causa el contrato de trabajo, se trae a colación, que mediante informe del área de seguridad y videos tomados en CAV Tumaco los días 03, 04 y 07 de mayo de 2018, se evidenció el incumplimiento grave de sus obligaciones laborales, al omitir que en el CAV Tumaco, a su cargo se sigan las políticas y procedimientos establecidos para la atención de clientes, dado que en las citadas datas, es posible evidenciar que se atendieron clientes sin el correspondiente turno de atención generado por el tótem/digiturno; que, esta circunstancia amerita la terminación unilateral del contrato de trabajo justificadamente; y, se le recuerda que estos hechos fueron objeto de investigación disciplinaria, mediante diligencia de

¹ Esto quedo sentado desde la sentencia 38872 del 23 de marzo de 2011. M.P. Dr. Carlos Ernesto Molina

² Sentencia del 17 de agosto de 2016. Radicado 48351 M.M. doctor Fernando Castillo Cadena

descargos, que se le garantizó plenamente su derecho de defensa y debido proceso.

La carta de despido, además de contener la narración de los hechos, pone en conocimiento que los mismos encuadran en las causales de terminación del contrato de trabajo por justa causa vertidas en los numerales 1º y 5º del artículo 58, los numerales 2º, 4º y 6º del literal a) del artículo 62 del CST y en los numerales 1º y 5º del artículo 52 y el numeral 4º del artículo 58 del Reglamento Interno de Trabajo. En consecuencia, le corresponde a esta instancia verificar la ocurrencia real de los hechos, calificados previamente como violatorios a tales preceptos.

Indagando en el plexo probatorio acopiado al proceso, en aras de verificar si la empleadora cumplió con su deber de probar los motivos que dieron lugar a terminar el vínculo laboral contractual con el promotor de esta acción, la Sala apunta que para el caso que ocupa nuestra atención, se cuenta con las siguientes pruebas:

-Contrato de Trabajo suscrito entre las partes el 7 de septiembre de 2009, en el que se observa que el cargo para el cual fue primigeniamente contratada fue el de CONSULTOR DE SERVICIO PERSONALIZADA A CLIENTES (Fls. 70 y ss Cd. Unido 1ª Inst.)

-Otro si del contrato de trabajo (Fl. 240 digital Cd. 1ª Inst.), en el que se insertan obligaciones adicionales del trabajador y se regulan causales especiales de terminación del contrato de trabajo, acordando que constituyen faltas graves en los términos del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, norma que subrogó el artículo 62 del CST, que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo, entre otras, *"El incumplimiento del protocolo del servicio establecido por el EMPLEADOR"*.

-Otro si del contrato de trabajo (Fl. 241 digital Cd. 1ª Inst.), en el que se agregan causales especiales de terminación del contrato de trabajo, enlistando unas adicionales que se consideran como faltas graves.

-Manual de Políticas CAV unidad de negocio personas, del que se avizora que está dirigido a Coordinadores y Supervisores. La estructura de personal directo se compone de Coordinador, Supervisor y Asesor de Servicio o consultor Integral (Rol en barra orientadora); y, personal de servicio tercerizado consta de Almacenista, Servicio Técnico, Cajero, Promotor de ventas y vigilancia. Señala que los CAV que no cuenten con supervisor, el coordinador deberá realizar las funciones de este. Dentro de las políticas generales, se encuentra que: ***"Todo el personal que labora en el CAV bien sea directo o que preste servicios tercerizados debe estar en capacidad de orientar al cliente correctamente hacia la persona que puede resolver su necesidad, así como cumplir con el protocolo de atención"***. Dentro de las funciones y responsabilidades generales del cargo de Coordinador, *entre otras-* está la de asegurar el desarrollo del personal a su cargo, desarrollar competencias en sus colaboradores que permitan el mejoramiento continuo de la atención al cliente, generando compromiso como líder multiplicador del cambio. Además, cuenta con un protocolo de atención que regula: *"El Coordinador, debe asegurar y hacer seguimiento de que todo el personal directo o que preste servicios tercerizados del CAV, al ser el rostro de la compañía ante los clientes, cumpla los lineamientos establecidos en el Protocolo de Atención de los Centros de Atención y Ventas, a fin de generar momentos memorables, buenas experiencias y recordación con de marca..."* (Fls. 85/105 Cd. Unido 1ª Inst.)

-Reglamento Interno de Trabajo (Fls. 126/138 Cd. unido 1ª Inst.).

-Liquidación definitiva de prestaciones sociales (Fl. 139/140 Cd. Unido 1ª inst.)

-Carpeta de videos, revisada cada una de las grabaciones se constata que corresponden a minutos de trabajo de los días 3 de mayo de 2018 (Archivo 01 expediente 1ª Ins)

-Diligencia de descargos, a la que el demandante asiste, manifestando que no desea estar acompañado. Luego, por petición del representante de Comcel S.A., explica el procedimiento de atención al público, indicando lo referente al trámite para emitir el turno en el tótem. Enfatiza que el nunca permitió que se atendiera a algún cliente sin asignación de turno.

-Se cuenta además con los testimonios recaudado dentro del proceso de Claudia Isabel García Condoy, Víctor Manuel Correa, Leonardo Molano Acosta, Martha Paola Charria, Carlos Andrés Cañón y Tatiana Correa Peláez.

Determinado el anterior catálogo de medios probatorios incorporados al presente asunto, para la Sala resulta muy importante resaltar que la demandada al sustentar la alzada, con el propósito de demostrar que existió justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del promotor del proceso y con ello quebrar la sentencia de primer nivel, únicamente basa su discurso argumentativo en que los videos traídos al proceso, son suficientes para demostrar que el demandante incumplió los protocolos de servicio al cliente al permitir atención al público sin generar el turno.

Bajo esta precisión, este Colegiado con sujeción al ejercicio de contradicción y defensa expuesto por el recurrente, luego de hacer un análisis integral y crítico a los videos en mención, concluye que no ostentan la contundencia, para demostrar la comisión de la conducta endilgada al demandante, que sirvió de motivación para poner fin al contrato de trabajo, la que, en estricto sentido fue la supuesta permisión del actor para que los consultores brindaran atención a clientes sin generar el respectivo turno.

En efecto, el exiguo interregno de los tres videos, de los cuales se sirve el empleador para adoptar la extrema decisión de claudicar el contrato de trabajo del demandante, esto es el del 03 de mayo, 23 segundos, 04 de mayo, 31 segundos, el del 07 de mayo 30 segundos, resultan insuficientes para discernir que efectivamente los consultores, a la sazón dependientes de la convocada, materializaron el servicio por el cual cada cliente comparecía ante ellos soslayando el turno en referencia. Con todo, examinado el primero de los videos se advierte que una persona incursiona en el área donde se encuentran los consultores, sin embargo, a partir de allí, es imposible concluir el motivo que la instó a transitar esa área y si finalmente resultó atendida sin haber obtenido el respectivo turno, habida cuenta, que el video se suspende justo en el instante que ella se acerca a los cubículos de atención; este comentario se hace extensivo a los dos videos restantes.

Con todo, si la Sala admitiera sin reticencias que los citados videos realmente demostraran que se consumó atención a los clientes sin que se generara previamente el turno, tal evento no ostenta la entidad para adoptar la descomunal determinación de finiquitar el vínculo laboral con el accionante, toda vez, que luce absolutamente desproporcionado. Insistimos el nimio lapso en que eventualmente se registró el hecho que le sirve de estribo al empleador para atribuirle omisión al actor de cumplir el protocolo de atención a los clientes, específicamente la no generación del turno, no alcanza a construir motivo atendible para el despido del demandante.

Y es que ninguno de los acontecimientos captados en los videos superó un minuto, en efecto, el de mayor extensión fue 31 segundos, con el ítem que los mismos se consumaron en días diferentes, de tal manera que, en el extremo de aceptar la impropiedad en la atención a los clientes a partir del itinerario descrito, en criterio del Tribunal no constituye razón suficiente para asegurar que el promotor de la acción quebrantó los lineamientos de política de atención al cliente, como lo hace la empleadora en su afán de forjar la justeza

del despido, bajo la invocación de las causales vertidas en la carta de despido, a su vez, remitidas a los numerales 1º y 5º del artículo 58, los numerales 2º, 4º y 6º del literal a) del artículo 62 del CST y en los numerales 1º y 5º del artículo 52 y el numeral 4º del artículo 58 del Reglamento Interno de Trabajo; pues, si bien es cierto, en su condición de Coordinador del CAV Tumaco, tenía a su cargo velar por el cabal cumplimiento de los protocolos de atención al cliente establecidos en la empresa, dentro de las cuales estaba la de cerciorarse que el personal a su cargo, atendiera acorde con los turnos generados por el tótem, no puede desconocerse que al estar desempeñando al unísono la labor de Coordinador y de Supervisor, resultaba admisible que en intervalos absolutamente minúsculos, como los ya registrados, de cara a las jornada ordinaria de 8 horas, que a su turno comprenden 28.800 segundo, no se percatara de la contingencia de marras. Se magnifica la percepción del Colegiado, al no perder de vista, el tamaño de la edificación compuesto de dos plantas, tal cual, se palpa en los videos adosados por la convocada, en la medida, que esa situación tornaba más azarosa la gestión atribuida al accionante.

Al margen de las cogitaciones que preceden, en la relación de los elementos de convicción se trajo a colación prueba documental, en específico, *"-Manual de Políticas CAV unidad de negocio personas, del que se avizora que está dirigido a Coordinadores y Supervisores"*. Pero el mismo, se extiende a los demás empelados y colaboradores del establecimiento donde desplegaba tarea del promotor del juicio, al señalar ese compendio: "Dentro de las políticas generales, se encuentra que: ***Todo el personal que labora en el CAV bien sea directo o que preste servicios tercerizados debe estar en capacidad de orientar al cliente correctamente hacía la persona que puede resolver su necesidad, así como cumplir con el protocolo de atención***". Luego entonces, constituía un deber comunitario velar porque cada usuario fuese atendido por orden de turno, de tal manera, que en tan exiguos intervalos en que eventualmente se presentó la impropiedad en la atención, de tenerlo por

cierto, simplemente exhibe la proclividad desbordada del empleador para desvincular al demandante sin la condigna indemnización.

Los consultores, en últimas, estaban en la posibilidad de indicarles a los clientes que debían reclamar el tan mentado turno, prestando así la colaboración minina, que solo traduce un deber que impone el principio de solidaridad, que incumbe a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, por ello se itera, en este caso concreto, en modo alguno justifica la drástica determinación de separar de cargo al empleado, pues, ello resulta distanciado de proporcionalidad, fracturando al paso, el principio de estabilidad en el empleo, elevado a canon superior en el artículo 53 de la Carta Política.

Recapitulando, siendo que la jornada de trabajo asignada al promotor de la acción correspondía a la máxima legal según se consigna en el contrato de trabajo, ello significa que en las 7 horas y 59 minutos restantes de los tres días en que la empleadora encontró mácula en el comportamiento del trabajador, su labor no mereció ningún reproche. Erigiéndose lo anotado en un elemento adicional para concluir que la patronal asumió una decisión injustificada, no reparó que su empleado con más de ocho (8) años de antigüedad, no contaba con antecedentes conductuales contrarios a la ética y cumplimiento de sus funciones, pues, no hay prueba que acredite lo contrario.

Dadas las circunstancias que rodean este asunto, conviene referir que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2850 de 2020³ reprodujo apartes de sus precedentes en los que de vieja data frente al tema de despido, precisó:

³ CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO Magistrado ponente. Radicación N° 69106

*"... el Juzgador no puede determinar de modo objetivo la adecuación del hecho reprochado al trabajador, con prescindencia de las circunstancias acreditadas en el juicio en torno a esa conducta, como si no proviniera de un ser humano, sino que resulta indispensable que el Juez haga uso de la facultad de estimar y apreciar tales factores y circunstancias que justifiquen realmente el comportamiento que aparentemente y a primera vista puede ser injustificado"*⁴

*"Es claro el precepto reproducido en considerar como causa de despido la sola ocurrencia de cualquiera de las conductas que describe; sin embargo, estima la Corte que, ante la ocurrencia de alguna de las hipótesis allí contempladas, el aspecto subjetivo cobra importancia, como elemento definitorio exculpatario, sólo en cuanto estuviere probado que no fue el trabajador despedido quien dio lugar al acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina."*⁵

"... sobre la proporcionalidad del despido, en la sentencia CSJ SL8002-2014, explicó que: [...] la proporcionalidad de una decisión de despido debe ser examinada en relación con las circunstancias particulares de cada caso y, de cualquier manera, atendiendo factores tales como, la labor que desarrolla el trabajador, el contexto y las demás condiciones medioambientales en las que se desarrolla la labor."

Las pautas jurisprudenciales acabadas de citar catapultan la percepción que el Tribunal se ha formado, en el sentido, que la desvinculación del accionante fue crasamente injusta.

En armonía a lo arrojado por el estudio que antecede, los argumentos expuestos por la censura no tienen la virtualidad socavar la sentencia apelada respecto de la declaratoria del despido sin justa causa.

⁴ CSJ SL, 3 may. 2001, rad. 15496

⁵ CSJ SL, 1º jul. 2009, rad. 34935

En cuanto a la discrepancia que presenta el opositor respecto de la liquidación de la indemnización por despido injusto, tiene que ver con el valor adoptado como base de la misma, fincado *-en síntesis-* en que, si bien acepta el monto del salario base, esto es la suma de \$ 5.316.000,00, confuta el valor argüido como salario variable que adoptó el A quo, para conformar la base total de liquidación, en suma de \$ 640.000,00 tras considerar que este, se encuentra en duda y por ende no debió tenerse en cuenta para acrecentar la base de liquidación.

Sobre el punto de divergencia, el Colegiado advierte que se encuentra zanjado con la sanción procesal que impuso el juzgado de conocimiento, a propósito, de la inasistencia del representante legal de la convocada a la audiencia de conciliación regulada por el artículo 1 de la Ley 1149 de 2007. En efecto, en el desarrollo de ese acto de manera explícita el director del proceso, al remitirse al hecho 30 de la demanda, en el cual, el promotor del pleito afirmó que su salario variable ascendía a la suma de \$ 640.000, 00, lo tuvo por cierto. A la postre, el apoderado de la convocada no hizo ningún reproche a ese pronunciamiento, de tal manera que cobró firmeza. En consecuencia, ese patrón atendido para liquidar la indemnización por despido injusto en primera instancia, deviene plausible, no siendo este estadio procesal, nos referimos al recurso de apelación, el cauce legal para rebatir aquel punto.

Se magnifica la percepción que la Sala se ha formado respecto de la materia controvertida, al no perder de vista, que la prueba documental arrimada al plenario, en concreto la liquidación final de prestaciones sociales que obra a folio 138 del expediente unido, registra que el actor devengó por comisiones para el último mes \$1.413.705,00, monto que en últimas es superior al reclamado por el pretendiente en el escrito promotor, lo que significa que es absolutamente admisible el rubro de \$ 5.956.000,00 adoptado por el juzgado de conocimiento para tasar la resñada indemnización.

Ahora, como además de lo anterior, el recurrente exhorta la revisión de la liquidación de la indemnización por despido injusto, atendiendo este pedimento, conforme la efectuada por el Tribunal y que se verifica en el cuadro anexo, se logró constatar que en ningún dislate incurrió el fallador de instancia al cuantificar el monto, pues con acierto contabilizó un tiempo de trabajo de 8 años 9 meses y 9 días, tuvo en cuenta el salario establecido en precedencia, para obtener un resultado de \$36.827.933, que coincide con el monto obtenido en esta Corporación.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO			
SALARIO BASE MES		\$	5.956.000,00
PERIODO CONTRATO: DESDE:			7/09/2009
HASTA:			15/06/2018
TOTAL, TIEMPO LABORADO			8 AÑOS - 9 MESES - 9 DIAS
LIQUIDACIÓN ART. 64 COD. SUSTANTIVO DEL TRABAJO			
PRIMER AÑO	DÍAS:	30	\$ 5.956.000,00
AÑOS SUBSIGUIENTES	DÍAS:	20	\$ 27.794.666,67
FRACCIÓN POR MESES	DÍAS:	15	\$ 2.978.000,00
FRACCIÓN POR DÍAS:		0,5	\$ 99.267
TOTAL INDEMNIZACIÓN		\$	36.827.933,33

Por lo anterior, no entrará la Sala en más elucubraciones para secundar la cuantía de la indemnización en cuestión.

Por último, en cuanto a la disconformidad frente a la condena por la sanción moratoria regulada en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del CST, precisa la Sala que no le merece reproche la decisión que en tal sentido adoptó el A quo, como quiera que, en este caso

lucen palmar que el pago de salarios y prestaciones sociales se efectuó por fuera del margen establecido en dicho dispositivo, sin que los fundamentos traídos a instancia de la convocada, tengan la virtualidad de constituir razones atendibles para justificar su actuar y enmarcarlo dentro de los lineamientos de la buena fe, principio regulador de las relaciones obrero-patronales a luz de la jurisprudencia de la Sala laboral de la C.S.J (SL 1920 de 2019, 4537-2019, SL1012 de 2015, entre otras).

Y aunque no se desconoce que las situaciones de carácter administrativo al interior de una empresa imponen la inversión de tiempo, en este caso particular y concreto, el interregno comprendido entre la desvinculación (15 de junio de 2018) y el pago de la liquidación final (27 de julio de 2018) fue de 41 días, es un lapso que fractura la razonabilidad, atendiendo la situación expósita en la que se sumerge el trabajador cuando ha sido retirado del seno de la empleadora. Es evidente que se registró, al menos, un mes de nómina al reparar que el salario se pactó en forma mensual; de tal manera que no se puede aceptar que por situaciones administrativas el ex trabajador se vea afectado, pues el estado calamitoso en el que se subsume un trabajador retirado, apenas puede paliarse con el recibo de los emolumentos a los que por ley tiene derecho.

COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte demandada ante la no prosperidad del recurso de apelación. En consecuencia, las agencias en derecho que deberán incluirse en la liquidación concentrada de costas se fijan en la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

I. 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 Laboral del Circuito de Tumaco (N), en audiencia pública celebrada el 17 de febrero de 2022, dentro del proceso promovido por MARCO ANTONIO BANGUERA MAIRONGO contra COMUNICACIONES CELULAR COMCEL S.A.

SEGUNDO. - COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan en la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes

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

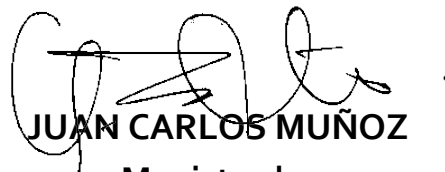
CUARTO. - REMITIR el expediente al juzgado de origen.



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
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. 2019-00351-01 (276)

En San Juan de Pasto, a los once (11) días del mes de noviembre 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 **JANETH EUNICE DIAZ GÓMEZ** contra **PROTECCIÓN 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

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

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 2 de febrero de 1965. Que se afilió al ISS desde el 1º de marzo de 1996, entidad en la que permaneció hasta el 1º de marzo de 2004. Que el 1º de mayo de 2004, **PROTECCIÓN S.A.**, sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al Régimen de Ahorro Individual, con Solidaridad. Que **PROTECCIÓN S.A.**, omitió información adecuada, suficiente y cierta, sesgando y tergiversando las consecuencias de su traslado al RAIS.

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 23 de septiembre de 2019 (Fl. 78), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

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. 86-90).

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”, “PRESCRIPCIÓN” “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, entre otras.(Fls. 162-177).

PROTECCIÓN 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.99-119).

El juzgado de conocimiento el 4 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 decretaron las pruebas solicitadas.

Acto seguido, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento en la que una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, dirimió el asunto en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante a PROTECCION S.A., el 1º de marzo de 2004, y en consecuencia declaró que para todos los efectos legales la actora nunca

se trasladó al R.A.I.S. y por lo mismo, siempre permaneció en el R.P.M. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y DEVOLVER a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Condenó a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A., los conceptos descritos en el numeral anterior para que a futuro se consolide el derecho pensional de la actora. Declaró probada las excepciones de fondo propuestas por PROTECCIÓN S.A., denominadas Ausencia de Prueba Efectiva del Daño e Inexistencia del Daño, y la excepción de Imposibilidad de Condena en Costas, propuesta por COLPENSIONES, y no probadas las restantes. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. (Fls.299-302).

RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.

El apoderado de PROTECCIÓN 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 la declaración de parte de la demandante esta última solo recordó lo que le conviene. Así mismo, aseguró que, el traslado es válido en la medida en que no se violó la voluntad de la actora. 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 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 debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, por ende, debe acudir a la figura de las restituciones mutuas. Finalmente, cuestionó el manejo que se le da a la carga de la prueba en este tipo de asuntos la cual vulnera el derecho de defensa del fondo, y se opuso a la condena en costas al resultar excesivas y al considerar que su representada actuó de buena fe y con apego a la ley.

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 PROTECCIÓN S.A., más aún si se tiene en cuenta que la demandante es una persona con estudios. Resaltó además que, de conformidad con la sentencia SL 413 de 2018 la Sala Laboral

de la Corte Suprema de Justicia, la demandante ejecutó actos de reconocimiento hacia la entidad que denotan el compromiso de pertenecer a ella. Así mismo, advirtió que autorizar el traslado de la 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 la demandante no acreditó la falta de información que atribuye a las A.F.P., por lo tanto, el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando COLPENSIONES no intervino en ese acto y tampoco la actora presentó solicitud de traslado en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Finalmente, solicitó se tenga en consideración la sentencia SL 413 de 2018, donde la Corte Suprema de Justicia, asevera que situaciones como la información de saldos, actualización de datos, asignación de claves, pueden denotar compromiso con la pertenencia del afiliado a la AFP del RAIS del cual es parte, lo importante es que existe correspondencia entre voluntad y acción, es decir que sea un reflejo de lo que aparece, cómo puede significar su pertenencia a este régimen por más de 10 años.

Así mismo, PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga de la prueba sobre el deber de información que le correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, expuso que los argumentos esgrimidos por la demandada no son válidos, debiendo el fondo privado transferir a COLPENSIONES los saldos

acumulados existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías. En consecuencia, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

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.

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 comporta el estudio de los antecedentes del afiliado sus datos relevantes y expectativas

“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)

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 PROTECCIÓN S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 2004, proveniente del extinto ISS administrador del RPM, no cumplió con el deber de información, pues contrario a lo que afirman los apoderados de las demandadas le correspondía a PROTECCIÓN S.A., arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, la actora recibió por parte de esa entidad, independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada al demandante.

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

que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de la declaración rendida por los testigos OSCAR MARINA GONZALEZ y MARLENY YEPEZ DAVALOS, compañeros de trabajo de la actora en el Centro de Salud del Rosario ESE, quienes comentaron que la suscripción del formulario se dio por una directriz de la Alcaldía Municipal del Municipio del Rosario, la cual ellos no cumplieron al estar vinculados mediante contrato de prestación de servicios, destacando que la actora si lo hizo, pero que en ningún momento contaron con la presencia de asesores.

Ahora bien, conviene advertir que respecto del formulario de afiliación visible a folio 138, 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 PROTECCIÓN 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 la demandante una negación indefinida de no haber sido informada, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PROTECCIÓN S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional de la promotora de la litis y que pudo evitarse si hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional.

Ahora bien, resulta pertinente 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. y COLPENSIONES, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado hacia PROTECCIÓN S.A. realizado según el documento visible a folio 139, el 1º de marzo de 2004 con efectividad a partir del 1º de mayo 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 ello, se adicionará el numeral primero de la sentencia 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 a la demandante y como esta última se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma el apoderado de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por la demandante hubiera recibido, las cotizaciones a pensión, rendimientos y utilidades obtenidos durante toda su permanencia en el RAIS, tal y como lo estableció 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 PROTECCIÓN S.A., tal y como lo estableció la primera instancia, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021, con la precisión de que al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias

SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se confirmará la decisión de la primera instancia y la que ordenó la indexación respecto de las primas destinadas a los seguros provisionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto, ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Solicitó el apoderado de PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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 4 de mayo de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

PRIMERO: “**DECLARAR** la **INEFICACIA** del acto jurídico de traslado realizado por la demandante **JANETH EUNICE DIAZ GÓMEZ**, de notas civiles identificadas en el proceso, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través **PROTECCIÓN S.A.** el 1º de marzo de 2004 con efectividad a partir del 1º de mayo del mismo año.

DECLARAR que para todos los efectos legales la actora 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 la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales si existieren, así como a devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos y/o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinados al fondo de garantía de pensión mínima estos tres últimos en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a ella, y al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique

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

SEGUNDO: CONFIRMAR 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 4 de mayo de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

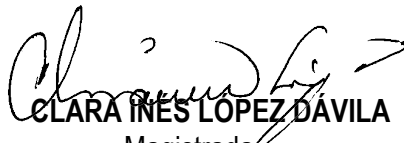
TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a favor de la demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en 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. 486. 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 LOPEZ 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. 2020-00070- 01 (285)

En San Juan de Pasto, a los once (11) días del mes de noviembre 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, CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA y LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**, profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **CECILIA LOURDES BURBANO GOYES** 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

CECILIA DE LOURDES BURBANO GOYES, a través de apoderada judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**, a partir del 1º de febrero de 2002 y se condene a **COLPENSIONES** a acoger a la demandante como afiliada del RPM. En consecuencia, se condene a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones y el bono pensional con la capitalización, indexación e intereses de mora. Así mismo, solicitó se condene a las demandadas a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales causados a la demandante con su traslado al RAIS sin contar con la asesoría idónea en materia pensional., junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **30 de agosto de 1962**. Que realizó cotizaciones al extinto ISS de manera interrumpida desde el 18 de febrero de 1988 hasta el 31 de marzo de 2000 y a **PORVENIR S.A.** desde el 1º de febrero de 2002 hasta el 31 de julio de 2019. Que **PORVENIR S.A.**, sin brindarle la asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado a esa entidad a partir del 1º de febrero de 2002. Que de haber permanecido afiliada al RPM

tendría la certeza de alcanzar su pensión en un monto mínimo del 55% del IBC, mismo que hasta octubre de 2019 ascendía a \$2.814.435, pues según proyección realizada por el fondo demandado su mesada pensional sería equivalente al salario mínimo. Que el 5 de diciembre de 2019, solicitó ante COLPENSIONES el traslado de régimen, petición que no fue resuelta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Segundo Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendado 6 de marzo de 2020 (Fl. 54), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas “PREESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE” “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” y “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”. (Fls. 57-67).

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”, “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. 95-144).

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. 148-151).

El Juzgado de Conocimiento el 19 de abril 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 que declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas por las partes, señalando fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 280-281).

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 26 de mayo de 2022 llevó a cabo la audiencia antes referida, acto procesal en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y estando clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad verificado ante PORVENIR S.A. el 26 de mayo de 2000. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la actora 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 sino hubiera realizado el mencionado traslado dejando sin efecto jurídico alguno. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar de la cuenta individual de la demandante, a COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Preciso que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Además, destacó que, en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A., transferencia económica que se producirá a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, quien por esa decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados. Declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., excepto la de imposibilidad de condena en costas propuesta por la primera de las entidades referidas. condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls. 291-293).

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 la prueba en el proceso fue general, precisando que del interrogatorio de parte de la actora, esta parece solo recordar lo que le conviene. 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 debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, por ende, debe acudir a la figura de las restituciones mutuas, pues además advirtió que no resulta

procedente cobrar los recursos provenientes del cobro de la póliza de invalidez o vejez, toda vez que atenta contra la naturaleza del contrato de seguros y además la actora estuvo cubierta por dichas pólizas, mientras estuvo afiliada al RAIS. Indicó que la falta de información no fue lo único que provocó el traslado de la demandante. Adicionalmente, cuestionó el manejo que se le da a la carga de la prueba en este tipo de asuntos y que no se debe ordenar asumir las posibles diferencias que se presenten en el traslado de régimen, debido a que el porcentaje de cotización en ambos regímenes es el mismo, lo que hace imposible que exista algún faltante. Finalmente solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe y con apego a las normas, pues además 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 de la demandante encuentra sustento en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, pues señaló que según varios pronunciamientos de la Corte Constitucional el periodo de permanencia en los fondos tiene por finalidad garantizar el principio de eficiencia y universalidad. Además, advirtió que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., destacando que la carga dinámica de la prueba debe analizarse según las circunstancias particulares de cada caso. Adicionalmente, resaltó que a la actora 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. Finalmente, manifestó que autorizar el traslado de la actora 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 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

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

La demandada COLPENSIONES manifestó que la 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 la actora no presentó solicitud de retracto en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 y tampoco solicitó al extinto ISS hoy COLPENSIONES asesoría frente sus derechos pensionales.

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 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 PORVENIR S.A. transferir a COLPENSIONES los saldos acumulados existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías En consecuencia, solicita se confirme la sentencia de primera instancia

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso esa entidad y PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a decretar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ante el RAIS, administrado por la demandada PORVENIR S.A. Igualmente determinar si esa entidad debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora incluyendo la totalidad de las

cotizaciones, sus rendimientos, gastos de administración, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Así mismo, establecer si a PORVENIR S.A. le corresponde asumir las diferencias que existan entre lo aportado al R.P.M y lo trasladado al R.A.I.S con sus propios recursos y si la condena en costas impuesta a esta última AFP resulta ajustada a derecho.

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

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)

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 1° 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, y 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 el Juez A quo, al definir que HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy POVENIR S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 2000 proveniente del RPM administrado por el extinto ISS, no cumplió con el deber de información, pues contrario a lo que afirman los apoderados de las demandadas le correspondía a PORVENIR S.A., arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, la actora recibió por parte de esa entidad, independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 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 a la demandante.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se indiquen los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares de la demandante o que se le hubiese brindado asesoría detallada respecto a la proyección de su mesada pensional y la edad a la que alcanzaría dicho beneficio. Igualmente, HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy 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 en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues de la Solicitud de Vinculación a CESANTÍAS y PENSIONES COLMENA hoy PORVENIR S.A. que data del 26 de abril de 2000 (fl.166), no se puede concluir que la demandada cumplió con las obligaciones que le competía tales como: ilustrar, informar y documentar al afiliado, ya que 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 los testigos MYRIAM DEL ROSARIO BURBANO GOYES y MARCO TULIO CHAMORRO VELASQUEZ, hermana y esposo de la actora quienes comentaron que cuando tenían una papelería familiar los visitaron asesores de los fondos de pensiones, los que les comentaron únicamente los beneficios que ofrecía el RPM; que el ISS se terminaría y no les explicaron de las desventajas ni les hicieron proyecciones, logrando el traslado de la actora y su esposo.

Ahora bien, conviene advertir que respecto del formulario de afiliación aportado por la demandada PORVENIR S.A., la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción del mismo no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por ende, no le asiste razón a los recurrentes cuando afirman 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 como lo sostiene el apoderado de esa entidad, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer la 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 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 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; 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 ello se adicionará la decisión de la primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 26 de abril de 2000, con efectividad a partir del 1º de junio del

mismo año, como se extrae del hecho 2º de la contestación de la demanda (Fl. 96), conclusión que no implica como lo asegura la apoderada de COLPENSIONES una afectación financiera, ya que como se verá más adelante el traslado de los aportes se ordenará con sus respectivos rendimientos y con el pago de la diferencia que en algún momento determinado pudiera existir.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió del fondo administrador del RAIS, este debe también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni a la demandante y como esta última se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma el apoderado de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por la demandante hubiera recibido, las cotizaciones a pensión, rendimientos y utilidades obtenidos durante toda su permanencia en el RAIS, tal y como lo ha establecido nuestro órgano de cierre en materia laboral en pronunciamiento radicado bajo el número 31989 de 8 de septiembre de 2008, *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”*.

De igual forma, también se le ordenará devolver a la demandada PORVENIR S.A., el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782,SL1008 y SL5514 de 2021. 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 la decisión de la primera instancia, para incluir el traslado de los bonos pensionales si los hubiere y se aclarará en el sentido de precisar que la indexación opera únicamente respecto de las primas destinadas a los seguros previsionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto, ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

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

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 “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR” e “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, 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, contrario a lo que afirma el apoderado de PORVENIR S.A., se declarará no probada en tanto 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 el numeral primero de la sentencia por las razones anotadas y aclarar y adicionar el numeral segundo de la sentencia. Se suprimirá el numeral tercero, en tanto, este resulta repetitivo y 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 lo que se refiere a la ineficacia del traslado. 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 vigentes a para cada una, esto es, la suma de \$2.000.000.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: **ADICIONAR** el numeral **PRIMERO** y **ACLARAR Y ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO**, de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 26 de mayo de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, el cual quedarán así:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto jurídico de traslado realizado por la demandante CECILIA DE LOURDES BURBANO GOYES, 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 la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y

CESANTÍAS HORIZONTES S.A. hoy PORVENIR S.A., realizado el 26 de abril de 2000 con efectividad a partir del 1º de junio del mismo año.

DECLARAR que para todos los efectos legales la actora 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 afiliada la demandante, trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, frutos y bonos pensionales si los hubiere, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y/o comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: **SUPRIRMIR el NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 26 de mayo de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: **CONFIRMAR** en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 26 de mayo de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: **CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA** a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales esto es, la suma de \$2.000.000, para cada una, costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

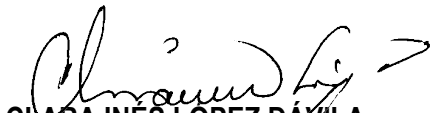
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 487. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

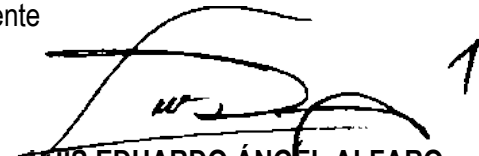
No siendo otro el objeto de la presente, se firma en constancia como aparece:



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. 2020-00095-01 (302)

En San Juan de Pasto, a los once (11) días del mes de noviembre 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 **NELLY MARIELA TOVAR ESPINOZA**, 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

NELLY MARIELA TOVAR ESPINOZA, 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 **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PORVENIR S.A.** En consecuencia, se condene a **COLPENSIONES** a acoger a la demandante como afiliado al RPM y a recibir de **PORVENIR S.A.** la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales, con la capitalización, indexación e intereses moratorios. Así mismo, solicitó se condene a las demandadas a reconocer los perjuicios materiales y morales y las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **1º de julio de 1961**. Que prestó servicios y realizó cotizaciones en la forma como se lee en el hecho 2º de la demanda. Que **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PORVENIR S.A.**, sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del 1º de marzo de 2000. Que **PORVENIR S.A.**, realizó simulación de su pensión arrojando que a los 60 años de edad puede aspirar a una pensión de \$828.116. Que cotizó hasta agosto de 2019 con un IBC de

\$2.049.779. Que de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tendría la certeza de alcanzar su pensión en un monto mínimo del 55% del IBC. Que el 19 de febrero de 2020, presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, solicitando el traslado de régimen, petición que no fue resuelta. Que la falta de información le ha causado daños injustificados como verse obligada en el evento de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual, a devengar una mesada pensional inferior al salario por ella recibido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendado 3 de agosto de 2020 (Fl. 63), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepción previa la de “INEPTA DEMANDA”, y como de fondo las denominadas “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSAS e INTERESES MORATORIOS”. (Fls.75-109).

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”, “INEXISTENCIA DEL 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, “ y la “INOMINADA o GENÉRICA”. (Fls. 149-199).

El juzgado de conocimiento el 2 de junio 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 Primero Laboral del Circuito de Ipiales, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento en la que una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, dirimió el asunto en el sentido de declarar

la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante a PORVENIR S.A. a partir del 1º de marzo de 2020. En consecuencia, condenó a PORVENIR.S.A. a devolver de la cuenta individual de la demandante a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, todos los valores depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros y utilidades obtenidas, así como el porcentaje de gastos de administración percibidos por la administradora del RAIS debidamente indexados. Preciso que en caso de existir alguna diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar la demandada y el que debería existir en la cuenta global de COLPENSIONES se considerará un deterioro o merma y será asumido en forma exclusiva por PORVENIR S.A. a cargo de sus propios recursos. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, salvo la denominada IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS propuesta por COLPENSIONES y la de “AUSENCIA DE DAÑO E INEXISTENCIA DE DAÑO”. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls. 325-329).

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 consentimiento de la actora no fue viciado y que la prueba aportada fue general. Así mismo, aseguró que, el fallo vulnera el principio de congruencia, 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, lo cual no es posible debido a que esos frutos fueron obtenidos por quien administró el bien, por ende, aduce que en caso de mantenerse la decisión de la primera instancia incólume, debe acudir a la figura de las restituciones mutuas. Por otro lado, indicó que la carga de la prueba que se exige en este tipo de asuntos afecta el derecho de defensa de la demandada. Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas ya que su representada actuó de buena fe y con apego a las normas, pues además resultan excesivas.

COLPENSIONES

La apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que no se acreditaron los elementos para que proceda el traslado de régimen, en tanto, no se probó que no se haya brindado una debida asesoría por parte del fondo privado. Finalmente, argumentó que autorizar el traslado de la 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 del 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 a la demandante, pues su traslado se llevó a cabo sin explicar, de manera clara y suficiente las consecuencias del mismo, conforme lo establece la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia al respecto.

COLPENSIONES manifestó que la demandante no acreditó la falta de información que atribuye a las A.F.P., por lo tanto, el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando COLPENSIONES no intervino en ese acto y tampoco la actora presentó solicitud de traslado en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Finalmente, solicitó se tenga en consideración la sentencia SL 413 de 2018, donde la Corte Suprema de Justicia, asevera que situaciones como la información de saldos, actualización de datos, asignación de claves, pueden denotar compromiso con la pertenencia del afiliado a la AFP del RAIS del cual es parte, lo importante es que existe correspondencia entre voluntad y acción, es decir que sea un reflejo de lo que aparece, cómo puede significar su pertenencia a este régimen por más de 10 años.

Así mismo, PORVENIR S.A. reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, referentes a la imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado, ordenar la devolución del porcentaje de administración, los rendimientos financieros 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 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 demandado transferir a COLPENSIONES los saldos acumulados existentes en la cuenta de ahorro individual del a

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 la demandante ante el RAIS, administrado por la demandada PORVENIR S.A. Igualmente determinar si esa entidad debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora incluyendo la totalidad de las cotizaciones, sus rendimientos, gastos de administración, y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Finalmente, resolver si la condena en costas en contra de 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

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

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 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

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)

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 PENSIONES Y CESANTIAS hoy PORVENIR S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 2000, proveniente del RPM administrado por el extinto ISS y luego CAJANAL, pues contrario a lo que afirman los apoderados de las demandadas le correspondía a PORVENIR S.A. arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para tal momento, la actora recibió por parte de esa entidad, independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues verificado el material probatorio obrante en el proceso esa entidad incumplió con la carga probatoria que le atañe, ya que de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada a la demandante.

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

que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Ahora bien, conviene advertir que respecto del formulario de afiliación aportado visible a folio 200, 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 como lo sostiene el apoderado de esa entidad, puesto que, de igual forma como lo ha dicho nuestro órgano de cierre al hacer la 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.

Es importante resaltar 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, pues pese a que los testigos JOSE EDUARDO RODRÍGUEZ JURADO y OSCAR ARTURO BOLAÑOS PAZMIÑO, no informaron sobre las condiciones en que se produjo el traslado de la actora, al no presenciarlo, de manera general indicaron que los asesores de Horizonte acudieron al Hospital Civil piso por piso o en los pasillos, el fondo privado demandado no probó que cumplió con el deber de información debida y transparente

Ahora bien, resulta pertinente 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 COLPENSONES, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado; pues si bien en el asunto bajo estudio la actora cotizó al extinto ISS y luego a

CAJANAL, como dan cuenta los folios 32 a 36 también lo es que, como la afiliación al régimen es una sola, y teniendo en cuenta que esas entidades eran administradoras del RPM, resulta procedente ordenar su regreso a ese régimen administrado hoy por COLPENSIONES, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, por virtud de la ineficacia declarada, misma 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 ello, se adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., según el documento del folio 200 el 1º de febrero de 2000 con efectividad a partir del 1º de marzo del mismo año, como se indica en el hecho segundo de la demanda, 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 confirmará la sentencia 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 a la demandante y como esta última se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad deberá contrario a lo que afirma la apoderada de la misma devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por la demandante hubiera recibido, las cotizaciones a pensión, rendimientos y utilidades obtenidos durante toda su permanencia en el RAIS, tal y como lo ha estableció 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., el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicho fondo, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. 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 en el anterior sentido ordenando 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.

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

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”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO”, “AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO” y “BUENA FE” e “IMPOSIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA O NULIDAD DE TRASLADO”, 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 la apoderada 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 adicionar el numeral 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** el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, el 2 de junio de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los que quedarán así:

“SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. como entidad a la que se encuentra afiliada la demandante NELLY TOVAR ESPINOZA, a trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidos, además de las cuotas de administración y/o comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, estos tres últimos en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a ella, y al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique

En caso de existir alguna diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar la demandada y el que debería existir en la cuenta global de COLPENSIONES, se considerará un deterioro o merma y será asumido en forma exclusiva por PORVENIR S.A., con cargo a sus propios recursos

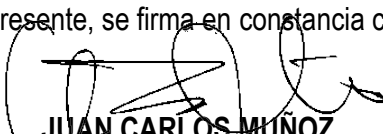
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 2 de junio de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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 de la 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. 488. 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



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Noviembre once (11) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2020-00234-01 (091)
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Tomas Tadeo López Ortiz
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia.
Acta No.	490

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 16 de febrero de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

TOMAS TADEO LÓPEZ ORTIZ, llamó a juicio a las referidas convocadas con

el propósito que se **DECLARE** la ineficacia de la afiliación a la **AFP PORVENIR S.A.**; y, que en consecuencia se condene a esta entidad trasladar y a **COLPENSIONES** a recibir en la cuenta global del RPM la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta individual, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidas a lo largo de su permanencia en el RAIS; igualmente, los gastos de administración debidamente indexados. Además, el reconocimiento y pago de perjuicios morales causados al demandante derivados del traslado de régimen y las costas procesales.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 07 de marzo de 1962; cotizó al ISS, hoy Colpensiones, desde el 1° de marzo de 1985 hasta el 12 de noviembre de 1986, y del 1° de febrero de 1997 hasta el 31 de marzo de 2001. A partir de marzo del 2001 fue afiliado a la Administradora de Fondos Pensionales Porvenir S.A., luego de asistir a una reunión con todo el personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la que asesores de dicha fondo privado explicaron los beneficios que obtendría con el traslado al RAIS, como pensionarse a una menor edad, que las mesadas pensionales estaban aseguradas y no se sometían a ciertas condiciones financieras, que su pensión no sería inferior a la que recibirían en el RPM, además la posible liquidación del ISS; pero que en últimas, no suministraron información veraz y suficiente, y omitieron su deber de dar una asesoría completa y comprensible, por lo que su afiliación fue producto de engaño colectivo. Derivado de lo anterior, ha sufrido daños injustificados que le afectan emocionalmente. El día 3 de marzo del 2020 realizó reclamación administrativa ante Colpensiones la cual fue rechazada.

2. Contestaciones de la demanda.

- DE PORVENIR S.A.

Por auto del 29 de junio de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de esta convocada, decisión que no fue controvertida. (Fl. 135 Exp. Unido)

-DE COLPENSIONES.

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó total y parcialmente unos, negó y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones

de la demanda, señalando que existe una indebida aplicación de las normas en materia de la asesoría de traslado pensional, porque la normatividad vigente para el momento del traslado del actor era distinta, y exigía menos obligaciones a las administradoras, lo cual vulnera el principio de legalidad y el debido proceso. Señala que la carga dinámica de la prueba no debe ser aplicada de forma genérica, y sin ninguna ponderación, debiendo atender las circunstancias de cada una de las partes involucradas en el proceso. Que, en el caso del demandante, se registra un cambio de régimen pensional al RAIS administrado hoy por PORVENIR SA desde el 1º de abril de 2001, y solo utilizó su derecho a trasladarse hasta el 7 de marzo de 2014 cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Formuló como excepciones de falta de legitimación en causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, ausencia de vicios del traslado, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, imposibilidad de intereses moratorios, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de Ineficacia o nulidad del traslado.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 16 de febrero de 2022, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado efectuado por TOMAS TADEO LÓPEZ a la AFP Porvenir S.A., que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; y, **ii)** declarar probada la excepción de buena fe propuesta por Colpensiones, en consecuencia, abstenerse de condenarla en costas.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar de la cuenta individual demandante a la cuenta global de COLPENSIONES el saldo existente con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional por invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos y demás información relevante que los justifique. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Apoyada en copiosa jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado y en los medios de prueba acopiados al proceso, precisó que el fondo de pensiones, no asumió la carga probatoria que le correspondía, que no hay elementos de prueba para concluir que el demandante tuvo la información clara, precisa comprensible, adecuada a su nivel de formación profesional, jamás recibió una proyección pensional, no conoció de las desventajas y tampoco del derecho a retractarse respecto de la afiliación al RAIS y por lo tanto al no existir esa información en las exigencias que establece la ley para cada una de estas etapas de información, debe declararla ineficacia del traslado. Respecto del pago de perjuicios morales y materiales, dice que no existe prueba de perjuicios causados al actor con el traslado; que, por esta razón, prospera la excepción de ausencia de prueba efectiva del daño, formulada por la demandada Porvenir S.A. Agrega que la información otorgada por el fondo de pensiones fue incompleta, alejada de los parámetros establecidos en la ley y la jurisprudencia, por tanto, no cumplió con su deber de información. Además, memora que la AFP Porvenir S.A., no contestó la demanda y el efecto procesal genera un indicio en su contra el cual no se desvirtuó en el proceso.

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A.

Con el propósito de derruir la sentencia de primera instancia, inicia su discrepancia reprochando el manejo que se le da a la excepción de prescripción al considerar que debe prosperar dado que el plazo para ejercer las acciones ha sido superado con creces, en la medida en que ha transcurrido el término establecido para las acciones de carácter ordinario o extraordinario en la legislación civil, en cuanto lo que se busca con este proceso es la declaración de inexistencia, invalidez o ineficacia de un acto jurídico de naturaleza civil, no la validez, existencia o reconocimiento de prestaciones de tipo laboral.

Señala que la decisión se toma con base en la manifestación general del demandante sobre la falta de información por parte de la administradora, pero más allá de ello, no existe prueba que se haya incurrido en alguna afectación de su voluntad frente al traslado, el que derivó de un acto o contrato válido,

libre de todo vicio, que debe ser considerado eficiente y que produjo efectos.

Tilda el fallo de contradictorio, porque se afirma que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero se ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros y el porcentaje de administración; que tal devolución no es procedente porque los rendimientos son el producto de un trabajo financiero especializado y profesional; además que se debe reconocer el costo de administración que dio lugar a la productividad de los ahorros; y, sobre todo que, al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos. Que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC. Además, en lo referente al reintegro de la póliza del seguro provisional dada la naturaleza del contrato de seguros, si la contingencia para la cual se contrataron no se configura, estos no pueden ser devueltos.

Manifiesta que, la aplicación de la carga dinámica de la prueba afecta el derecho de defensa de la administradora, ya que con la sola afirmación del demandante de que no se le brindo información tiene asegurado el proceso; se está ante un desequilibrio de las partes, al no tener en cuenta las afirmaciones que hace la AFP en su defensa.

Finalmente se opone a la condena en costas arguyendo no solo resultan excesivas con base en el acuerdo 10554 de 2016 emanado del CSJ, sino improcedentes, toda vez que, siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Expone que durante el debate probatorio no se logró demostrar que faltó información por parte del fondo privado, dado que el demandante no es un afiliado lego ya que cuenta con estudios superiores y no hizo ninguna pregunta a los asesores del fondo privado, ni se acercó a Colpensiones o al ISS para solicitar información, por lo cual se puede concluir que estaba satisfecho con su situación pensional. Sostiene que jurisprudencialmente se ha indicado que existen comportamientos que demuestran su voluntad de trasladarse y permanecer en un régimen pensional, uno de ellos fue permanecer en el RAIS por más de 20 años.

Precisa que, a pesar que los fondos privados trasladen a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta de ahorro individual del actor, esto afecta al sistema pensional, pues según lo dicho por la Corte Constitucional, la sostenibilidad económica del sistema pensional se basa en un ahorro constante y continuo que garantiza un tracto sucesivo, financiando las prestaciones de los demás integrantes del sistema, situación que se vulnera con la declaratoria de ineficacia, creando una desigualdad con respecto a los demás afiliados al RPMPD.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Bajo el espectro del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, facultad de la cual hicieron uso, el demandante, las demandadas y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

El demandante, con miras a que se confirme la sentencia de primer enfatiza sobre la obligación de las AFP del RAIS de brindar información y el incumplimiento de este deber, con base en ello pretende abrigar las razones sobre las cuales el A quo edificó la misma.

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

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

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

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

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

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

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

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

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

A la luz de las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes del sistema pensional, esto es, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación escrita que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o

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

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

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

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

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

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

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

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado, tal cual lo concebido la pacífica y reiterada jurisprudencia de la CSJ-Sala Laboral, entre otras, la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, al asentar:

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

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente¹, se evidencia de la historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A., que el actor cotizó al RPM, en este reporte se consigna que, según la historia laboral reportada en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda lo hizo entre el 1º de febrero de 1997 al 31 de marzo de 2002; y, del reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones, se constatan cotizaciones para pensión efectuadas en esta entidad, también entre el 1º de febrero de 1997 y el 31 de marzo de 2001, por lo que, se da por acreditado que durante dicho lapso hizo aportes para pensión en el I.S.S. hoy Colpensiones.. (Ver Fls. 16 y 26 anexos a la demanda). Precisado lo referente a la afiliación del accionante al RPM, del examen efectuado al formulario visible a folio 193 del expediente unificado se evidencia que se trata del traslado de régimen, suscrito el 6 de febrero de 2001, en él se registró como administradora anterior el ISS, quedando afiliada a Porvenir S.A., y según certificado de este fondo privado, dicho vinculo se hizo efectivo a partir del 1º de abril del mismo año (Fl. 194 expediente unido), todo lo anterior se corrobora en el certificado de Asofondos que obra a folio 195 idem.

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

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado al accionante para la fecha en la que se trasladó, información

¹ Fl. 18 expediente escaneado

suficiente, necesaria clara y transparente que le permitiera elegir libremente la opción que mejor se ajustara a sus intereses, en los términos dispuestos por uno de los más recientes pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL.12055-2022 Rad.87911)

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

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

De otra arista, la ineficacia del traslado **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión de la A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, acogiendo la inversión de la carga

de la prueba con sujeción de los precedentes de la jurisprudencia especializada, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto.

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

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada², la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que implica desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que debe entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

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

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

² CSJ SL-1688 de 2019.

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

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

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

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

el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados³.

En lo atinente al valor de las primas de los seguros previsionales, este juez plural se aparta de los argumentos expuestos por Porvenir S.A., para controvertir la orden de traslado de las mismas, pues, estima procedente la devolución de lo que la AFP demandada descontó de la cotización obligatoria de la demandante con destino a cubrir el valor de las primas de los seguros previsionales, en tanto reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido, por eso es que la Corte Suprema de Justicia, sobre el tema, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización, por mencionar algunas traemos a colación, tal y como lo ha establecido en estos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021.

Recapitulando, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por Porvenir S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros, los gastos de administración y primas de seguros previsionales, que en estricto sentido es de lo que en concreto se duele la administradora del RAIS.

Por vía de consulta a favor de Colpensiones se debe establecer que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media

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

y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A., por lo que hay lugar a adicionar el numeral segundo de la sentencia, para incluir este aspecto.

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 de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea ella, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado.

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

De la prescripción propuesta por Porvenir S.A.

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

Finalmente, en lo concerniente a las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, cumple señalar que si bien, la A quo encontró con vocación de prosperidad la de BUENA FE que dio lugar a absolverla de condena

en costas, este juez plural estima que para ese aspecto específico, es loable también declarar probada la de imposibilidad de condena en costas en primera instancia, por lo que, en este sentido se adicionará el numeral cuarto de la sentencia. Los otros medios exceptivos no alcanzan prosperidad pues con ellos se buscaba enervar las demás pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió

5. Costas

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

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

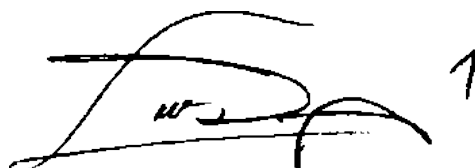
PRIMERO. - ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 16 de febrero de 2022 por el Juzgado tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última, dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **TOMAS TADEO LÓPEZ ORTIZ**, en el sentido, de incluir en el mismo lo siguiente: *"En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A."*, en lo demás de queda incólume.

SEGUNDO. – ADICIONAR el numeral cuarto de la mencionada sentencia, declarando probada también la excepción de imposibilidad de condena en costas en primera instancia, formulada por Colpensiones.

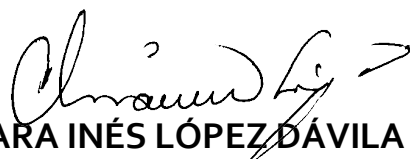
TERCERO. - CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

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

QUINTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.