



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Angel Alfaro

Diciembre siete (7) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2019-00296-01 (177)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Rosa Emérita Portilla Maya
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones.
Asunto:	Se modifica y adiciona sentencia apelada y consultada.
Acta No.	556

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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 28 de marzo de 2022 por el Juzgado Primero Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II.ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Procura la demandante que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través

de la **AFP PORVENIR S.A.**, y que en consecuencia, se **CONDENE** a **COLPENSIONES** a acogerla como afiliada al RPM y a recibir de **PORVENIR S.A.** las cotizaciones, con la capitalización, indexación pertinente e intereses de mora, bono pensional existente a su nombre, así como los rendimientos financieros y gastos de administración, desde el 1º de noviembre de 1997 hasta la fecha que se realice su retorno definitivo al RPM. Así mismo, que se condene a Porvenir a reconocerle y pagarle los perjuicios materiales y morales causados con dicho traslado. También deprecia condena en costas a las demandadas.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 24 de septiembre de 1959, prestó sus servicios y realizó cotizaciones en el RPM, en la forma que relaciona en el hecho 3º de la demanda. Que la AFP Porvenir S.A., sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual el cual se hizo efectivo el 1º de noviembre de 1997, siendo posteriormente trasladada entre administradoras de fondos de pensiones tal como lo indica el hecho 6º de la demanda. Enfatiza en la falta de asesoría e información u omisión del deber de Porvenir de suministrarla y que jamás conoció de las desventajas del traslado. Indica que dicho fondo privado, en octubre 31 de 2018 le realizó simulación de pensión, arrojando como resultado el equivalente a \$781.242 a sus 59 años de edad de seguir cotizando el 100% del tiempo, cuando de haber permanecido en el RPM su pensión sería y en un monto mínimo a 55% de IBC. Que lo anterior, le causó afectación anímica alterando su salud física y mental ante la imposibilidad de acceder a su pensión. Que elevó reclamación administrativa ante sin obtener respuesta.

2. Contestaciones de la demanda.

- DE PORVENIR S.A.

Al contestar la demanda acepta y niega unos hechos y que no le constan y deben probarse otros. Se opone a las pretensiones al considerar que el deber de asesoría por parte de la entidad se cumplió en los términos que para la fecha de afiliación a la actora eran válidos y legales, que se le brindó información clara, sin engaño que la condujera a error; indica que el traslado solicitado fue voluntario y libre, que permaneció por más de 18 años en el RAIS de manera voluntaria sin que hubiera reflexionado verificado o buscado información de su

situación pensional y que teniendo la posibilidad de regresar al RPM nunca lo hizo, lo que hace entender que se encontraba conforme. Que no existen pruebas de perjuicios causados con el traslado.

Formuló como excepciones: buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la innominada.

-DE COLPENSIONES.

Al contestar el libelo introductor aceptó unos hechos y dijo no constarle otros. Se opuso a las pretensiones, arguyendo que la única legitimada para satisfacer las pretensiones de la actora es la Administradora del Régimen de Ahorro Individual a la cual se encuentra afiliada la demandante, asegura que es ella quien debía demostrar que el traslado del Régimen realizado fue conforme a la libre voluntad de la trabajadora, de igual manera advierte que la fecha de solicitud de traslado incoada ante la entidad la hizo cuando ya tenía cumplida la edad requerida para acceder al derecho pensional y no cuenta con los presupuestos legales para el traslado en cualquier tiempo. Sostiene que no tuvo incidencia en el traslado y recuerda que la obligación de brindar la información a los afiliados para que adopten la decisión más conveniente es de los fondos del RAIS. Formuló como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas, falta de legitimación en la causa por pasiva, y las que de oficio resulten probadas.

-Del MINISTERIO PÚBLICO.

Expone que los hechos no le constan y en cuanto a las pretensiones se atiene a lo que se pruebe en el proceso. Trae a colación jurisprudencia que trata sobre el tema en cuestión. Advierte sobre la imprescriptibilidad de la ineficacia de traslado y propone la excepción de improcedencia de condena en costas a cargo de Colpensiones.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 28 de marzo de 2022, en la que declaró: i) La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; ii) Probada la excepción de Falta de prueba efectiva del daño formulada por Porvenir S.A. y la de imposibilidad de condena en costas propuesta por Colpensiones, y no probados los demás medios exceptivos propuestas por estas entidades.

Como secuela de lo anterior, condenó a Porvenir S.A a devolver y a Colpensiones a recibir, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, el porcentaje de gastos de administración, debidamente indexada. Condenó en costas a Porvenir y la absolvió de las demás pretensiones.

Se apoyó en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde se ha dejado sentado que el traslado resulta ineficaz cuando las AFP no cumplen con el deber de información sobre las incidencias, ventajas, desventajas que puede conllevar el cambio de régimen de ahorro individual con solidaridad, para luego señalar que en el caso de autos, la AFP Porvenir S.A., no actuó de manera diligente para determinar que en la generación del cambio de la actora del régimen pensional le hayan brindado un estudio detallado para que conociera no solo los beneficios de dicha decisión, sino también las consecuencias negativas de la misma

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.

Dentro de los reparos que presenta, esta su desacuerdo con la improsperidad de la excepción de prescripción, arguyendo que, no se está discutiendo derechos laborales, ni reconocimiento pensional, que es claro que lo perseguido es la declaración de inexistencia, invalidez o ineficacia de un acto jurídico respecto del cual se han superado todos los términos de las acciones de carácter tanto ordinario como extraordinario previstas en la normatividad

civil, por lo que ha ocurrido el fenómeno de la prescripción.

Sostiene que no existe prueba que demuestre que la entidad incurrió en afectación de la voluntad de la actora, y que la falta de información no es la única circunstancia que dio lugar a la afiliación porque esto supone el desconocimiento de importantes hechos y circunstancias que en efecto pudieron rodear el momento en que se hizo la misa. Refiere que en este caso existe una afectación al derecho de defensa, por cuanto con la afirmación de la demandante se tiene garantizado el éxito del proceso

Aduce que el fallo incurre en afectación del principio de congruencia, es contradictorio en cuanto al declarar ineficaz el traslado al RAIS, se entiende que el acto no produjo los efectos que estaban destinados a producirse, es decir no hubo aportes, no se generan rendimientos financieros ni existió el cobro de la cuota de administración; sin embargo, se ordena hacer una devolución de estos conceptos favoreciendo solo al afiliado. 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.

Finalmente cuestiona y se opone a la condena en costas, pues le resultan excesivas e improcedentes alegando que excede el límite según lo reglado en el Acuerdo 10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que la entidad siempre ha actuado de buena fe y con apego a la Constitución y la ley.

- COLPENSIONES

Se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión frente a las razones por las que no debe aceptarse el traslado; y, enfatiza que no es posible el retorno al RPM administrado por Colpensiones porque la accionante no se encuentra dentro de las previsiones dispuestas en la ley, pues no es beneficiaria de lo dispuesto en el decreto 3800 de 2003, no hizo uso del derecho dentro de los términos establecidos en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 y no cumple las previsiones para trasladarse en cualquier tiempo. Que se encuentra acreditada la voluntad de la actora en permanecer en el RAIS. Precisa que, si bien las administradoras tienen el deber de información, también los consumidores financieros tienen la obligación de informarse y obtener asesoría del derecho pensional. Agrega que no hay posibilidad de retorno, pues si bien es cierto, la Corte Suprema tiene

determinado que la falta de información genera la declaratoria de ineficacia, también lo es, que dentro de la sentencia No. 1452, el Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno presentó salvamento de voto, destacando que la declaratoria de ineficacia procede, siempre y cuando la ausencia de información o la inexistencia del consentimiento informado, produzca un perjuicio para el afiliado en el momento en el que se produce el traslado y no simplemente porque con el paso del tiempo, se considere, que con tal afiliación, no se cumplen sus aspiraciones pensionales, situación que no se acredita en este caso.

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, derecho del cual hicieron uso, la parte demandante, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., además el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

La demandante, con miras a que se confirme la sentencia de primer grado trae a colación un amplio discurso argumentativo, insistiendo en que al momento del traslado no se le brindó la información o la asesoría idónea requerida para optar libremente por el mismo y no se demostró lo contrario. Trae a colación criterios jurisprudenciales que sirven para respaldar la decisión del A quo.

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.

Ministerio Público, esta delegada, además de solicitar la confirmación de la sentencia apelada y consultada, exhorta para que se modifique en el sentido de señalar (i) que el fondo privado debe asumir con cargo a sus propios recursos, cualquier diferencia que se presente en el monto trasladado y que, (ii) la devolución comprende el porcentaje de las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima. Sobre la condena en costas se remite al artículo 365 del CGP, señalando que este artículo consagra un criterio objetivo para su imposición, entre otros eventos, a cargo

de quien es vencido en juicio independientemente que su actuar este revestido de buena fe, razón por la cual, la condena en costas en contra de la AFP Porvenir S.A. es acertada

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

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

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

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

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

4. Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia fustigada está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministraron a la promotora del proceso una información completa, clara y comprensible, información que según sentencia SL-1452 del 2019 las administradoras de pensiones están obligadas a brindar, de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, las características de cada régimen, ventajas y

desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, del reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones, se evidencian cotizaciones para pensión efectuadas en esta entidad entre el 27 de abril de 1989 y el 31 de octubre de 1997¹, lo que basta para dar por establecido lo referente a la afiliación de la accionante al RPM. Ahora, del examen efectuado al formulario visible a folio 41 del expediente unificado se evidencia que se trata del traslado de régimen, suscrito el 27 de septiembre de 1997, en él se registró como administradora anterior el ISS, quedando afiliada a Porvenir S.A., y según certificado de este fondo privado, dicho vínculo se hizo efectivo a partir del 1º de noviembre de 1997 (Fl. 174 expediente unido), todo lo cual, se corrobora en el certificado de Asofondos que obra a folio 155 ídem.

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 la información oportuna y veraz, pues, la sola suscripción del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad per se, no constituye prueba idónea para acreditar que a la actora se le ofreció, una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

¹ Ver Fls. 35 y ss expediente unido

si fuera beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

De otro lado, frente al tópico de la inversión **de la carga de la prueba**, este Colegiado con sujeción a lo previsto por la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reafirma que al estar frente a una negación indefinida como ocurre en este evento, en el que la actora afirma que no recibió la asesoría necesaria para decidir sobre el traslado de régimen, la carga de probar lo contrario recae sobre la AFP demandada, sin que este hecho implique ningún desequilibrio procesal; 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, abriéndose paso 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 el 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

² CSJ SL-1688 de 2019.

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.

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 2° de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a las entidades que los administran, lo que es indicativo de que bajo ningún punto de vista es admisible, so pretexto de la buena fe o un 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. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejó en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración.

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

Ahora, advierte la Sala que, aunque con acierto el A quo dispuso el traslado de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, omitió incluir lo concerniente al porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora, razón por la cual, por vía de consulta, se adicionará el numeral segundo a efectos de incluir dichos conceptos debidamente indexados, acogiendo lo 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, y, que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, la suma correspondiente sea asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A., por ser la que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si la demandante hubiese permanecido en él, por cuanto al existir omisión en sus deberes de información y debida asesoría procedió la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado (art. 963 Código Civil y sentencia 31989 de 2008), sin que la convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

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 actora

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

en 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, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso. En consecuencia, los argumentos expuestos por el vocero judicial de estas entidades, no tienen la virtualidad fracturar la condena en costas irrogada.

Pasando a otro reparo de la alzada de Porvenir, alegó que frente el acto de ineficacia de traslado operó la prescripción. Al respecto, sólo se dirá que este Tribunal, copiosamente en casos similares al presente, ha desestimado la prosperidad de este medio exceptivo en aplicación a la línea jurisprudencial que actualmente impera, que prevé que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en cuanto no encontró con vocación de prosperidad la aludida excepción.

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

5. Costas

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

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

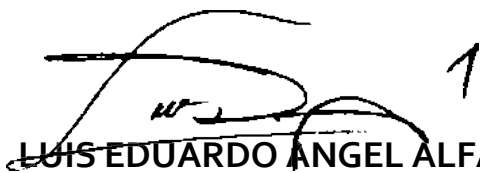
PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 28 de marzo de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **ROSA EMÉRITA PORTILLA MAYA**, el que quedará así:

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

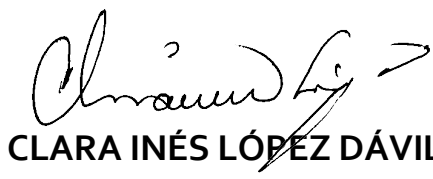
SEGUNDO. - CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

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

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



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



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. 2019-00427-01 (398)

En San Juan de Pasto, a los siete (7) días del mes de diciembre 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 **SOFIA ISABEL DIAZ CAMPAÑA**, contra **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.**, y **COLPENSIONES**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

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

I. ANTECEDENTES

SOFIA ISABEL DIAZ CAMPAÑA, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se decrete la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, de **ING PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PROTECCIÓN**, y de **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PORVENIR S.A.**, producido a partir del 1º de marzo de 1997. Consecuencialmente, solicitó se condene a **COLPENSIONES** a acoger como afiliada al RPM a la demandante y condenar a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, las cotizaciones, bono pensional con la capitalización e indexación, intereses de mora. Finalmente, solicitó se condene a las demandadas a reconocer los perjuicios materiales y morales causados a la actora junto con las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **30 de enero de 1957**. Que prestó servicios y realizó cotizaciones en la forma como se lee en el hecho 2º de la demanda. Que **COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, sin brindar asesoría idónea en materia

pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del 1º de marzo de 1997 y fue trasladada entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS. Que PORVENIR S.A., realizó simulación de su pensión arrojando que a los 62 años de edad puede aspirar a una pensión de \$1.399.700. Que cotizó hasta diciembre de 2018 con un IBC de \$7.604.902. 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 25 de julio 2019, presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, solicitando el traslado de régimen, petición que mediante oficio del 7 de agosto del mismo año, COLPENSIONES resolvió no dar trámite.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 28 de octubre de 2019 (fls. 66-67), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, actuaciones que se surtieron en legal forma.

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

COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones las de “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE”, “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” y “SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES” entre otras. (Fls. 149-160 parte 1).

PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en su defensa propusieron las excepciones de “BUENA FE DEL DEMANDADO”, “FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”, “INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS”, “PRESCRIPCIÓN”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR”, “AUSENCIA DE DAÑO”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA” (Fls.87-138 y 195 parte 1).

Por su parte, el Procurador 30 Judicial I Para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, intervino en el sentido de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado y el deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, así como la carga de la prueba que al respecto tienen. Propuso como excepciones las de “Improcedencia de condena en costas a cargo de Colpensiones” (Fls. 69-73 parte 1).

El 24 de febrero de 2022, el Juez A Quo llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto procesal en el que declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, fijó el litigio, decretó las pruebas solicitadas por las partes y señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento (Fls. 207-208 parte 2).

El Juez A Quo, el 8 de agosto 2022, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, acto público en el que agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de primera instancia y clausurado el debate del mismo, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM, y por ello continuará en ese régimen administrado por COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiere llegar a tener sino hubiere realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo. Condenó a PORVENIR S.A. a devolver de la cuenta individual de la demandante a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en el que la actora permaneció afiliada a ella, suma que se trasladará debidamente indexada. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los montos que resulten del traslado de la demandante desde el RAIS administrado por PORVENIR S.A. Declaró probada la excepción propuesta por PORVENIR S.A. denominada como ausencia de PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO. Absolvió de las restantes pretensiones a PORVENIR S.A. Declaró no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y probada la excepción de “IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS” a favor de COLPENSIONES. En cuanto a PROTECCIÓN S.A. declaró probada la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO”. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls. 210-213)

RECURSOS DE APELACIÓN

DEMANDANTE

La parte actora, solicitó se modifique la parte resolutive de la sentencia, en tanto, no se declaró la ineficacia respecto de PROTECCION S.A., quien debe acarrear con los efectos del traslado, imponiéndose condenas en su contra, entre ellos, los gastos de administración y la condena en costas.

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 debe declararse probada la excepción de prescripción por ser el acto jurídico de traslado de naturaleza civil. Así mismo, indicó que el traslado fue libre,

voluntario, espontáneo y por lo tanto produjo efectos. Advirtió que de la prueba recaudada fue general y que se redujo al interrogatorio de parte de la demandante quien solo recuerda lo que le conviene, olvidando que recibió información clara y completa sobre el traslado. Expuso, que la carga dinámica de la prueba que se viene aplicando en este tipo de casos no puede acogerse de manera absoluta e indefinida, pues vulnera el derecho de defensa del fondo demandado. Así mismo, indicó que, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se genera como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo cual no es posible debido a que esos frutos se obtuvieron por quien administró el bien, quien desplegó un trabajo financiero especializado y profesional, advirtiendo que en caso de quedar incólume la decisión se acuda a la figura de las restituciones mutuas. Finalmente, se opuso a la condena en costas por cuanto su representada actuó de buena fe y asegura resultan excesivas.

COLPENSIONES

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

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

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

Así mismo, los recursos de apelación fueron admitidos por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos, los cuales se resumen así:

La parte actora, solicitó se modifique la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar la ineficacia de traslado realizado por la demandante ante PROTECCIÓN S.A., como quiera

que esta fue la primera administradora ante quien realizó dicho acto, para luego trasladarse a PORVENIR S.A. Lo anterior, debido a que atendiendo los principios constitucionales y legales que rigen el sistema de seguridad social en pensiones, y acoge las reglas jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, su representada no recibió una asesoría idónea, pues la escogencia el régimen pensional no estuvo precedida de una información suficiente que le permitiera elegir cual era más favorable.

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

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

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

II. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso esa entidad, la demandante y PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ante el R.A.I.S., administrado por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. Igualmente, determinar si PORVENIR S.A., debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual de la actora incluyendo la totalidad de las cotizaciones y sus rendimientos, así como los gastos de administración; y si PROTECCIÓN también debe retornarlos por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa entidad, y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Así mismo, establecer si la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. resulta procedente.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las

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

La primera desarrollándose con la creación de las AFP, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir entre los dos regímenes en forma “libre y voluntaria”, al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en sus pronunciamientos en indicar que para que el afiliado pueda escoger debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos genera la decisión de trasladarse; por ello, es necesario que las administradoras de fondos de pensiones, proporcionen información suficiente, clara y veraz de las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues solo cuando se cumplen esto 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.

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)

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

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

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

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que ING ni COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante inicialmente se trasladó, ni tampoco HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., cumplieron con el deber de información que les correspondía, puesto que del material probatorio se observa que con anterioridad a ello estuvo en el RPMD, administrado por el extinto ISS. En consecuencia, contrario a lo que afirma la apoderada de dichos fondos, les correspondía a las respectivas A.F.P. arrimar los medios probatorios tendientes a acreditar que para efectos de los traslados la actora recibió por parte de las demandadas independientemente de que fuera profesional o no la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes

pensionales, lo que incluye dar a conocer la eventual pérdida de beneficios pensionales conforme lo establece el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, del material probatorio allegado no se observa un estudio detallado en el que se indiquen los beneficios de dicho traslado, así como las consecuencias negativas de aquél, entre otras circunstancias, por cuanto, no hay evidencia alguna de que se realizó un estudio individual de las condiciones particulares 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, las demandadas no demostraron en el sub lite que se hubiera presentado al accionante soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir la actora en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual, pues del formulario de solicitud de vinculación o traslado suministrado por parte de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. HORIZONTE y PORVENIR visibles a folios 41, 42 y 247, parte 1, no se puede concluir que las demandadas cumplieron con las obligaciones que les competía tales como; ilustrar, informar y documentar al afiliado, pues recuérdese que conforme con los pronunciamientos jurisprudenciales antes aludidos, el deber de información no solo se traduce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Dicha falta al deber de información, se confirma a través de la declaración rendida por la Sra. MARIA NELLY CHAMORRO MUÑOZ, quien manifestó que cuando fueron compañeras de trabajo en el Magisterio, convocaron a una reunión al personal para brindarle una charla a la que acudieron representantes de los fondos privados, quienes no les brindaron una información clara ni precisa acerca de los alcances del traslado, tampoco se le explicó las incidencias del cambio de régimen pensional, ni se realizó una proyección del derecho pensional que en determinado momento se configuraría, ya que, solo se les habló de las ventajas del RAIS.

Ahora bien, respecto de los formularios de afiliación conviene advertir que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia en este tipo de asuntos, ha establecido que la suscripción de los mismos no es prueba suficiente del cumplimiento al deber de información o de la información brindada, por ende, no les asiste razón a los recurrentes, ya que PROTECCIÓN S.A. ni PORVENIR S.A. cumplieron con su deber de información, aspecto que contrario a lo sostenido por el apoderado de los fondos referidos, les correspondía probar por carga dinámica de la prueba, como lo ha dicho nuestro órgano de cierre, por cuanto al hacer la demandante una negación indefinida de no haber sido informado, traslada la carga de la prueba a la AFP quien debe demostrar que si lo hizo, aspecto que no ocurrió en el presente caso.

Cabe advertir, que la falta de dicha información por parte de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional del promotor de la litis y pudo evitarse

si la demandante hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, por lo que se concluye que esas entidades, no cumplieron con el deber de información que les correspondía.

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

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

De conformidad con lo anterior se negarán los argumentos de las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, declarándose la ineficacia del traslado que la demandante realizó ante ING según el documento del folio 49 parte 2, el 30 de marzo de 1997 con efectividad a partir del 1º de mayo del mismo año, así como lo realizados a COLMENA hoy PROTECCIÓN y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y a esta última entidad, ineficacia que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros, por ende, se modificará el numeral primero de la sentencia.

Como consecuencia de la procedencia de la ineficacia, institución jurídica que permea el presente asunto con todas sus consecuencias y como la conducta indebida partió de los fondos administradores del RAIS, éstos deben también asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, pues las consecuencias de la actuación de las administradoras del régimen de ahorro individual, no pueden extenderse ni a COLPENSIONES ni a la demandante y como a la fecha esta última se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., dicha entidad por ser la última administradora deberá devolver además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, íntegramente, los bonos pensionales y cotizaciones para pensión que con ocasión del traslado efectuado por 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 lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”.

De igual forma, también se le ordenará devolver a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. ante COLPENSIONES, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, fondo de garantía mínima y gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliado a dichos fondos, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782,SL1008 y SL5514 de 2021. Considera la Sala que la devolución de los conceptos mencionados debe imponerse adicionalmente a favor de PROTECCIÓN S.A., a pesar de la omisión en que incurrió la primera instancia, por cuanto está demostrado en el expediente que inicialmente la actora se trasladó del RPM a ING y COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., lo anterior para garantizar la devolución de todos los conceptos con destino a COLPENSIONES, entidad en favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta.

Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021. Por lo anterior, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en el anterior sentido, ordenando además la indexación respecto de las primas destinadas a los seguros previsionales, al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración. Para el efecto, ver sentencias SL4025 y SL4175 de 2021.

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

Solicitó la apoderada de la parte actora se condene en costas a PROTECCIÓN S.A., solicitud frente a la cual le asiste razón, de conformidad con el artículo 365 numeral 1º del C.G.P. al resultar vencida en el proceso. 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 un (1) salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$1.000.000, costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

Por otro lado, 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 1º, establece que ha de condenarse en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, que para el caso que nos ocupa lo fue PORVENIR S.A., por ello, la condena que irrogó la primera instancia al respecto resulta acertada.

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

EXCEPCIONES.

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

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

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

CONCLUSIÓN

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación por PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala modificar los numerales primero, segundo, octavo y noveno; se adicionará el numeral tercero de la sentencia conforme se advirtió 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 consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 2 salarios mínimos legales mensuales vigente para cada una, esto es, la suma de \$2.000.000 costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **PRIMERO, SEGUNDO, OCTAVO, NOVENO y ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), 8 de agosto de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los cuales quedarán así:

*“**PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA** del acto jurídico de traslado realizado por la demandante **SOFIA ISABEL DIAZ CAMPAÑA**, 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 ING, el 30 de marzo de 1997 con efectividad desde el 1º de mayo del mismo año, así como lo traslados realizados a **CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA** hoy **PROTECCIÓN** y los efectuados a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR**, y a esta última entidad.*

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 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 obtenidas, y proporcionalmente con **PROTECCIÓN S.A.**, las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por cada una de ellas durante el tiempo que la actora permaneció en el RAIS, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

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

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

NOVENO: CONDENAR a las demandadas **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a pagar las costas de este proceso en favor de la demandante **SOFIA ISABEL DIAZ CAMPAÑA**, por valor de un valor de un salario mínimo legal mensual vigente al momento de su liquidación, para cada una.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro de la audiencia pública llevada a cabo el 8 de agosto 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.

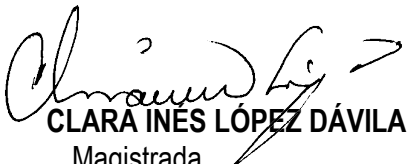
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 559. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en

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

Diciembre siete (7) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2019-00516-01 (110)
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Marley del Socorro Meneses Betancourt
Demandado:	Fiduprevisora S.A. -PAR- Caprecom
Asunto:	Se modifica y revoca parcialmente la sentencia apelada y consultada.
Acta No.	558

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en audiencia pública celebrada el 3 de marzo de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del asunto supra reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Caprecom.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

MARLEY DEL SOCORRO MENESES BETANCOURT demandó a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE, hoy liquidada, para que se declare: i) la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 11 agosto de 2014 y enero 31 de 2016, que terminó sin justa causa; ii) que fue beneficiaria de los derechos convencionales de Sintracaprecom; y iii) que tiene derecho al reconocimiento y pago de los derechos y acreencias laborales, legales y convencionales, enlistados en el numeral 5º de las pretensiones, respecto de las cuales pide condena a cargo de la pasiva, incluyendo costas procesales.

2. Hechos

Fundamenta las anteriores pretensiones señalando que se vinculó a Caprecom Regional Nariño, el 11 de agosto del 2014, siendo renovado hasta el 31 de enero de 2016, fecha de liquidación de la entidad; que durante dicha vinculación laboró como líder del proceso misional de atención al usuario "SIAU". Enlista las funciones encargadas, precisando que las cumplió en forma personal, ininterrumpidamente, sin autonomía y en el mismo horario de los trabajadores de planta, en las instalaciones de la entidad, la que suministraba todos los implementos de trabajo, además recibía órdenes de CAPRECOM a través de sus directores. Que siempre obtuvo la misma remuneración de \$1.792.549,00, durante el tiempo de vinculación fue beneficiaria de las actividades sociales, recreativas, lúdicas, culturales y de salud ocupacional que realizaba la empresa. Informa de la existencia en la empresa del sindicato de trabajadores Sintracaprecom, que para los afiliados regía una Convención Colectiva de Trabajo, la que por extensión ampara a los

no afiliados porque más de la tercera parte de los trabajadores son afiliados, por lo que los derechos de la misma se le deben aplicar en igual forma que a los trabajadores de planta. Sostiene que el 31 de enero de 2016 fue despedida injustamente por lo que tiene derecho a la indemnización en los términos de la CCT., además que conforme el decreto de liquidación es beneficiaria del plan de retiro voluntario. Indica que elevó reclamación administrativa con respuesta negativa.

3. Contestación de la demanda.

Trabada la Litis al ejercer el derecho de defensa la parte demandada, frente los hechos aceptó unos y dijo no constarle otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo *–en lo esencial–* que con MARLEY DEL SOCORRO MENESES BETANCOURT y CAPRECOM E.I.C.E. LIQUIDADA, jamás existió ni existe una relación jurídica regida por un contrato de trabajo o similar, en razón a que tenía amplia claridad que las actividades que le fueron contratadas no corresponden a las denominadas misionales de CAPRECOM E.I.C.E., lo cual es requisito sine quo non para determinar la configuración del contrato realidad. Además, la demandante podía optar por aceptar o no el tipo de vinculación que se le ofrecía por parte de la empresa, entendiendo la inexistencia de un vínculo diferente al meramente contractual. Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de causa para pedir, inexistencia de la obligación, extemporaneidad en el depósito de la convención, inexistencia de convención aplicable al caso concreto, tesis de actos propios, buena fe, prescripción, las que no puedan decidirse como previas, y la innominada.

4. Decisión de primera instancia.

Evacuadas las etapas procesales pertinentes, el Juzgado cognoscente, puso fin a la primera instancia mediante sentencia dictada el 3 de marzo del 2022 DECLARÓ: i) la existencia de un contrato de trabajo entre la CAJA DE

PREVISION SOCIAL DE LAS TELECOMUNICACIONES -CAPRECOM EICE-, hoy liquidada, y MARLEY DEL SOCORRO MENESES BETANCOURT, entre el 11 de agosto de 2014 hasta el 31 de enero de 2016; y, ii) que fue terminado unilateralmente sin justa causa por la empleadora.

En consecuencia, CONDENÓ al PAR CAPRECOM LIQUIDADO-ADMINISTRADO POR ENCARGO FIDUCIARIO POR FIDUPREVISORA S.A. a pagar cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de alimentación, dotación, devolución aportes a salud y pensiones, indemnización por despido injusto, sanción moratoria, prima de junio y bonificación por recreación, en los montos indicados en el numeral segundo del fallo. También a pagar las costas del proceso. La absolvió de las demás pretensiones y dispuso la consulta a su favor.

Para arribar a tal decisión, previo análisis normativo, acudió a precedentes jurisprudenciales y los medios de prueba acopiados en el expediente, a renglón seguido, la A quo determinó la calidad de trabajadora oficial de la demandante y su vinculación mediante contrato de trabajo, basada en que se demostró la prestación personal del servicio sin interrupciones y que la convocada no logró desvirtuar la subordinación. Destacó la existencia del sindicato Sintracaprecom y los acuerdos extra convencionales vigentes, para luego aducir que como trabajadora oficial, tiene derecho a que se le apliquen los beneficios convencionales. Así mismo, indicó que accede a la indemnización por despido sin justa causa, por cuanto, si bien la liquidación de una entidad pública es una causal legal de terminación del contrato de trabajo, no es una justa causa, por lo tanto, debe indemnizarse. Respecto a la indemnización moratoria, sostuvo que el uso reiterado de formas inadecuadas para contratar personal indiscriminado a través de órdenes de prestación de servicio resulta injustificado, por ello, impone condena de la misma hasta la liquidación de la entidad, vale decir, en enero de 2017.

Finalmente, respecto pretendido reconocimiento de la aplicación del plan de retiro voluntario o consensuado, precisó que no es aplicable en este caso, porque el mismo, entró en vigencia en abril de 2016, época para la cual, no tenía la calidad de trabajadora oficial, además ya se había desvinculado de Caprecom.

5. Apelación.

El apoderado judicial de la demandante apeló parcialmente la sentencia, enfocando su oposición en dos reparos concretos; de una parte, se duele de la no aplicación del plan de retiro voluntario a la actora, argumentando que debería haberse beneficiado de dicho plan, para el cual fue facultado el liquidador mediante decreto expedido el 28 de diciembre de 2015, aduciendo que la pretensión de quien extinguió a Caprecom ordenando su liquidación era que las personas que al momento de liquidarse la empresa estuvieran vinculadas, tuvieran beneficios y favorabilidad para poder retirarse.

Aduce que no tendrá razón de ser y es violatorio del derecho a la igualdad que al liquidador se le dé facultad para liquidar y despojarse de algunos cargos que para el momento de la liquidación tenían sus contratos vigentes, para después ofrecerle el plan de retiro voluntario a unos pocos. Destaca que el referido plan era considerablemente más favorable respecto de la liquidación convencional, extra convencional y legal. Agrega que si algunas personas no pudieron estar al momento de la expedición del plan de retiro voluntario, fue por razones ajenas a la voluntad. De otro lado, discrepa de la actualización de los montos objeto de condena a la fecha de la terminación de la relación laboral, al considerar que deben ser actualizados hasta la fecha del pago efectivo de la obligación.

6. Trámite de segunda instancia.

Ejecutoriado el auto que admitió la apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de CAPRECOM, se dispuso correr traslado a las partes y al señor Procurador 3o Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social para alegar de conformidad con las previsiones del numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, término dentro del cual, las partes y el Ministerio Público hicieron uso de esa potestad, exponiendo sus alegatos en los siguientes términos:

La demandante, expone las razones por las que considera debe confirmarse la decisión de declarar la existencia del contrato realidad de trabajo y reitera su inconformidad sobre la no aplicación del plan de retiro voluntario, aduciendo no lo hizo en su momento por circunstancias ajenas a su voluntad, debido a distractores provocados por el empleador en su vínculo laboral y decisiones y dilaciones del liquidador, las que le impidieron hacer expresa la aceptación. Asimismo, insistió en que la indexación debe extenderse hasta el pago efectivo de lo adeudado.

El demandado PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAPRECOM LIQUIDADO administrado por la FIDUCIARIA LA PREVISORA, enfatiza que no ha sido objeto de discusión en el curso de este proceso la existencia de la prestación del servicio tampoco de la remuneración, por ser inherentes a la modalidad de contratos celebrados; se discute que se le exigiera hacerlo personalmente o se le impidiera apoyarse en otros, además, la concurrencia de un factor subordinante, porque conforme a las pruebas aportadas al proceso fue desvirtuada, por lo que no se encuentran estructurados los requisitos del contrato realidad. Acentúa que el vínculo existente entre las partes se derivó única y exclusivamente del contrato de prestación de servicios, por encontrarse dentro de las causales taxativas que la ley estipula para la procedencia de esta modalidad de contratación, toda

vez que las actividades desarrolladas por la contratista eran de aquellas que no podían realizarse con personal de planta. Hace alusión a la buena fe de su actuar para reprochar la condena a la sanción moratoria y enfatiza que, conforme la jurisprudencia especializada el tiempo de la indemnización moratorio está limitado hasta la fecha de liquidación de la entidad.

El Ministerio Público. Luego de resumir los antecedentes del proceso, hizo alusión a los medios de prueba, concluyendo que la prestación personal del servicio se encuentra plenamente acreditada y aceptada por la demandada; que la prueba testimonial no desvirtúa la presunción que pesa en contra de aquella, sino que reafirma la existencia de subordinación, razón por la cual la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo y sus extremos es acertada. Que, si bien existen varios contratos y sus prórrogas, se trata de una única vinculación debido a la corta interrupción que media entre algunos de ellos.

Frente a las condenas impuestas a la demandada, sostiene que no se opone a la modificación que en su favor se hagan, pues respecto a esta se surte el grado jurisdiccional de consulta, y no es posible modificarlas en favor de la demandante por cuanto no reprochó ningún valor de las mismas.

Aclara que, en este caso, la sanción moratoria corre efectivamente hasta el 27 de enero de 2017, según la publicación del acta final en el Diario Oficial No. 50129 de esa misma fecha.

Concuerda con la decisión de la A quo de no acceder al plan de retiro voluntario, arguyendo que este fue implementado con posterioridad a la fecha de terminación del vínculo laboral y por ello no le asiste derecho a la actora. Respecto de la actualización, indicó que es necesario extenderla hasta que el pago se haga efectivo.

III. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

En virtud de lo previsto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la competencia del Tribunal se subsume exclusivamente a la inconformidad planteada en la alzada.

Respecto del grado jurisdiccional de consulta al no tener los limitantes de la apelación, el control de legalidad recae sobre todos los aspectos que sirvieron de fundamento a la sentencia en lo que sea adverso a los intereses de la entidad demandada.

2. Problemas jurídicos.

En atención a los reparos concretos efectuados en las apelaciones y en virtud a la consulta que se surte a favor de la demandada, se plantean los siguientes problemas jurídicos:

¿Existen elementos fácticos y legales para darle a la demandante la calidad de trabajadora oficial y por ende vinculada mediante contrato laboral, bajo el principio de primacía de la realidad?

Si lo anterior resulta positivo, como problema jurídico asociado deberá la Sala determinar ¿Si, se ajustan a derecho las condenas a cargo de la pasiva?

¿Debió la A quo acceder al pedimento referente al reconocimiento del plan de retiro voluntario de la actora?

¿La indexación de los conceptos laborales reconocidos a favor de la actora debe aplicarse hasta que el pago de los mismos se haga efectivo?

3. Respuesta a estos planteamientos.

Para dar solución al primer problema jurídico, conviene puntualizar que al tenor de la Ley 314 de 1996, la naturaleza jurídica del pretense empleador se imbuye en una Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de las Comunicaciones, de ahí que, por regla general, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 sus servidores ostentan la calidad de trabajadores oficiales, y por excepción, los estatutos de dichas empresas precisarán las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por personas que ostenten la calidad de empleados públicos. La condición de un servidor público como trabajador oficial o empleado público, se define exclusivamente por la Ley (sentencia Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, de 15 de abril de 2005, Rad. No. 24968).

De otro lado, el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, dispone que, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos: a.) La actividad personal del trabajador (...) b.) La dependencia del trabajador respecto del patrono (...) y c.) El salario como retribución del servicio. El artículo 3º estipula que una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé. A su turno, el artículo 20 del referido decreto expresa que: "El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción"

Bajo esta arista, en aras de establecer si la demandante en este evento fungió como trabajadora oficial de la entidad accionada, se verificará por la Sala, si de los medios de pruebas acopiados al plenario es dable desentrañar estos presupuestos.

En el sub lite, anota la Sala, operó la actividad personal de la demandante, como quiera que las pruebas anexas a la demanda, esto es, el certificado de vinculación expedido por Caprecom, obrante a folio 21, los contratos de prestación de servicio celebrados entre los enfrentados en la litis visible a folios 22 a 32, se avizora que la actora fue vinculada a la entidad para cumplir la prestación de servicios técnicos para ejecutar y lograr el objetivo del proceso de SIAU Regional Nariño, para el desarrollo de acciones relacionadas con las peticiones de la población asegurada por CAPRECOM con el fin de fortalecer la calidad en la atención en salud.

Aunado a lo anterior, los testigos **Alba del Jesús Alfaro, Jaime Alexander Naspiran y Luis Alfredo Mendoza Arteaga** (compañeros de trabajo de la accionante), fueron contestes al afirmar que la demandante, prestó sus servicios personales en la entidad, ocupando el cargo antes referido, versiones que infunden certeza por ser testigos directos dada la cercanía laboral que tuvieron con aquella.

Importa señalar que conforme al cargo desempeñado por la promotora del proceso y, acorde con las actividades enlistadas en los contratos, es claro que distan de ser de confianza y manejo, por ende, no encajan en la excepción, para ostentar la calidad de empleada pública, lo que implica que se perfila dentro de la calidad general de trabajadora oficial.

Ahora, de los comprobantes de registro presupuestal para cumplir con el compromiso de pago, visibles a folios 25 y 29 anexos a la demanda, se desprende la retribución del servicio, y, aunque en cada contrato se asignaba un valor global por el periodo concertado, en últimas corresponde al salario, que, durante todo el tiempo servido, correspondió a una asignación mensual de \$ 1.792.549.00.

Así, se desnuda la categoría de trabajadora oficial de la promotora del proceso, la prestación del servicio o actividad personal a favor de la pasiva y la remuneración. Ha de anotar la Colegiatura que al estar probado que la demandante ejecutó de forma personal los servicios, debe aplicarse la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, para declarar la existencia de contrato de trabajo con la convocada a juicio.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de octubre de 2019 (SL 4537-2019. Rad. 73936) al referirse a la presunción del contrato de trabajo, trajo a colación precedente de la misma Corporación en el que se indicó que: *"... con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica, se presume, iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral"* agregando: *"De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, demoler dicha subordinación o dependencia"*

De cara a esta pauta jurisprudencial, atañe al empleador aportar los medios de convicción suficientes e idóneos para acreditar que, el vínculo se protagonizó de manera autónoma e independiente, en este caso, en desarrollo de un contrato diferente al laboral. Se precisa que, para desvirtuar la presunción de la relación laboral en cuestión, no basta para ello blandir la existencia de los contratos de prestación de servicios, pues independientemente del rótulo que se les dé, lo que resulta determinante es lo que sucede en el campo de los hechos, esto es, la forma como se ejecuta la prestación del servicio.

En este caso, de las documentales obrantes en el plenario, se constata que la emisión de órdenes en forma generalizada a la Territorial Nariño, vale decir, indiscriminadamente a todos los colaboradores para señalar horarios de trabajo y ordenar trabajos en jornada continua y cumplir planes de contingencia debido a retrasos ocasionados por distintas causas (ver folios 33

a 38 anexo demanda), situación que se corroboró de las declaraciones dadas por los testigos quienes eran compañeros de trabajo de la demandante, al exponer que las disposiciones cobijaban a todos, sean de planta o contratistas y que la señora Marley tenía que estar presente en las instalaciones de la empresa, lo que a juicio de la Sala, implica que su presencia en la sede laboral no quedaba a su arbitrio, por el contrario era sujeta a disponibilidad laboral; además se sostuvo que era política de la entidad atender a los usuarios en un determinado horario, de 8 de la mañana a 12 y de 2 a 6 de la tarde, asimismo, se realizaba el manejo de plataformas que eran propias de la entidad y que sólo estaban instalados en los equipos que se le asignaban dentro de las instalaciones. Lo anterior, deja en evidencia que la demandante debía cumplir con un horario fijo, además, que los elementos de trabajo utilizados por ella pertenecían a la empresa. Estos supuestos fueron ratificados por los testigos **Alba del Jesús Alfaro, Jaime Alexander Naspiran y Luis Alfredo Mendoza Arteaga**, quienes con lujo de detalles dieron cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que la accionante prestó sus servicios para la convocada, las cuales conocieron de primera mano al ser testigos directos de todos los acontecimientos narrados, por ello merecen plena credibilidad.

Bajo este panorama probatorio, concluye este juez plural, que en este evento la demandante, prestó sus servicios según las instrucciones y bajo el control de la entidad oficial; que el mismo implicaba su integración a la organización de la empresa, dentro de un horario determinado, en el lugar indicado, utilizando las herramientas que le suministraba la empleadora, por lo que, con acierto dedujo la A quo, que la convocada no logró desvirtuar el elemento subordinación, haciendo hincapié que las probanzas acopiadas al proceso, demuestran lo contrario. En consecuencia, por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, del artículo 53 de la CP, atinó la funcionaria cognoscente al develar la verdadera atadura de los contratantes para declarar la existencia del vínculo laboral de la actora como trabajadora

oficial; o, lo que es igual, que estuvo vinculada con la entidad demandada mediante contratos fictos de trabajo.

Definido lo anterior, respecto a los extremos temporales de tal relación, los documentos obrantes a folios 22 a 39, contentivos de contratos de prestación de servicios y las certificaciones expedida por CAPRECOM contenida a folio 21, permiten establecer que el ligamen laboral contractual tuvo su génesis el **11 de agosto de 2014** con vigencia hasta el **31 de diciembre del 2014**, un siguiente contrato con fecha del inicio el **7 de enero del 2015** hasta el **30 de junio del mismo año**; y finalmente un último contrato suscrito del **23 de junio del 2015** hasta el **31 de diciembre del 2015** con vigencia futura al **31 de enero de 2016**, data en la que efectivamente se puso fin al ligamen contractual; por tanto, esta Sala de Decisión coincide con la decisión adoptada por la falladora de primera instancia, de fijar las extensión laboral entre el 11 de agosto de 2014 y el 31 de enero de 2016.

Confrontadas las fechas de suscripción de los referidos contratos, cumple advertir que, si bien es cierto se gestó un corto lapso de interrupción entre el primer y segundo contrato, es claro que no alcanza a superar los diez (10) días, como nítidamente se vislumbra de la relación que hace la pasiva en el cuadro anexo al hecho cuarto de la contestación de la demanda (Ver folio 2), por lo que es dable aceptar que la relación laboral se desarrolló en forma continua, apreciación que se emite, con apego a lo argüido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 981 del 20 de febrero de 2019, con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que al estudiar la temática referida a las interrupciones en los contratos de prestación de servicios, precisó: *"En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente*

formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece"

En lo que atañe a la remuneración percibida por la actora en el referido periodo, quedó visto en precedencia que fue de \$1.792.549, tal como se afirmó en la demanda, dato acogido por la A quo.

Con las anteriores coordenadas pasa la Sala a establecer si las acreencias laborales concedidas en primera instancia, se encuentran ajustadas a derecho, siendo menester abordar el estudio de la excepción de prescripción formulada en forma oportuna por la convocada a juicio.

En este orden, se memora que los extremos de la relación laboral se consolidaron entre el 11 de agosto de 2014 y el 31 de enero de 2016. Ahora, conforme se desprende de la documental visible a folios 11 y 14 anexos al escrito promotor la reclamación administrativa se presentó el 7 de diciembre de 2016, con respuesta fechada el 28 del mismo mes y año, por tanto, en virtud de la interrupción de la prescripción (Art. 4º de la Ley 712 de 2001), el término trienal inició de nuevo, por consiguiente, el actor estaba habilitado para instaurar válidamente la demanda hasta el 28 de diciembre de 2019. En contraste la misma fue impetrada el 18 de diciembre de 2019, resultando forzoso concluir que el fenómeno extintivo no se estructuró en el sub examine, a la luz de los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, luego entonces, con acierto la A quo, no encontró vocación de prosperidad a este medio exceptivo. Nuestro criterio, es obediente al que, a su turno, fijaron las altas Cortes en distintos pronunciamientos, por mencionar alguno, se trae a colación fragmento, tomado de la sentencia STL 2203 de 2017.

"En efecto, de acuerdo con el art. 6º del C.P.T. y S.S., la reclamación administrativa del derecho presentada ante entidades de la administración pública, suspende el término de prescripción hasta (i) cuando se decida la petición, o (ii) cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta.

En cuanto a esta última hipótesis, incorporada por la L. 712/2001, debe clarificarse que fue declarada exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2006, en el entendido que el agotamiento de la reclamación administrativa por virtud del silencio administrativo negativo, es optativo del administrado, de tal manera que si decide esperar la respuesta de la administración, la contabilización del término de prescripción solo se hará a partir del momento en el que la respuesta efectivamente se produzca. De suerte que, hoy por hoy, un adecuado entendimiento del art. 6° del C.P.T y S.S., debe necesariamente contemplar el hecho de que hasta tanto no se emita y notifique la respuesta a la reclamación, el término prescriptivo permanece suspendido.

Siendo esto así, en el sub examine la demanda fue promovida dentro del plazo de los tres años siguientes a la fecha de agotamiento de la reclamación administrativa, por cuanto si bien la solicitud del derecho se presentó el 22 de agosto de 2005, lo cierto es que la respuesta vino a producirse el 30 de diciembre de 2005 y notificarse hasta el 26 de enero de 2006 (fl. 130), motivo por el cual, debe entenderse que el término prescriptivo resurgió nuevamente el 27 de enero de 2006, y con él, la posibilidad del trabajador de accionar ante los jueces del trabajo dentro de los tres años siguientes a esta última calenda, como efectivamente ocurrió (Subrayado fuera del texto original)".

En las condiciones anotadas, resulta manifiesto que la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, de negar el reconocimiento y pago de las incapacidades reclamadas por el aquí accionante, al amparo de la supuesta prescripción de las mismas, vulneró los derechos fundamentales que fueron invocados, pues se trató de una decisión que no consultó el ordenamiento jurídico vigente relacionado con la prescripción como medio extintivo de las obligaciones, como tampoco las decisiones de esta Corte, en las que como máximo órgano encargado por la Constitución Política, de unificar la jurisprudencia en materia laboral, ha interpretado el alcance de dichas disposiciones.

En ese orden, se concluye que la intervención del juez constitucional, en este puntual asunto, se encuentra justificada, como también la adopción de medidas urgentes de su parte, dirigidas a restablecer las prerrogativas fundamentales del señor José Nicolás Crespo de la Cruz. Por ello, esta Sala, en su condición de tal, dejará sin valor legal ni efecto alguno la sentencia proferida por la corporación accionada, el 5 de julio de 2016 y, en su lugar, le ordenará a dicha autoridad que profiera una decisión de reemplazo, en la que tenga en cuenta los razonamientos expresados en esta providencia»."

Es de advertir que, aunque la argumentación de la cognoscente al estudiar, además de la excepción de prescripción, los otros medios exceptivos propuestas por la pasiva, apuntaba a su improsperidad, en últimas, nada dijo en la parte resolutive de la sentencia; en tal razón, en atención a que las

motivaciones consignadas en este proveído, sirven válidamente para desestimar este mecanismo de defensa con el que se buscaba enervar las pretensiones de la demandante y ello, en el sub lite no ocurrió, es procedente, adicionar el fallo, en el sentido de declarar no probadas las excepciones formuladas por dicho extremo de la Litis.

Precisado lo anterior, en aplicación de la consulta que se surte en favor de la extinta CAPRECOM administrada por Fiduprevisora S.A., cumple examinar las condenas impuestas a su cargo. Para ese efecto, cumple señalar que en lo referente a la aplicación de los derechos convencionales a favor de la convocante, la Sala segunda las conclusiones del juzgado, en cuanto otorgó los beneficios contemplados en la CCT de SINTRACAPRECOM (ver folios 95 y ss. anexos a la demanda), pues, en su momento, los miembros que conforman el sindicato excedían de la tercera parte de los trabajadores de la entidad, de tal manera que a voces del artículo 471 del CST, la decisión del juzgado de conocimiento encuentra respaldo jurídico. Se destaca que la citada convención colectiva con sus modificaciones y anexos fueron depositados en forma legal y oportuna y por lo tanto resultan aplicables a este caso.

Partiendo de lo anterior, por tener la demandante derecho, al tener respaldo jurídico y convencional, el reconocimiento al pago por concepto de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de alimentación, prima de junio, bonificación por recreación, dotaciones, indemnización moratoria e indemnización por despido injusto, se mantendrá lo decidido por la A quo, frente a estos conceptos a favor del extremo activo de la litis.

Para el Tribunal resulta conveniente, precisar que, en cuanto a las dotaciones, tiene respaldo en el artículo 4ª convencional; y , conforme a los parámetros contenidos en el acápite del régimen salarial contenido en la guía de liquidación del régimen prestacional de los trabajadores de CAPRECOM, efectuada con fundamento en la convención colectiva, visible a folios 40 y

siguientes de los anexos de la demanda, concretamente en el ítem 4.7., se constata que, esta prestación cobija a quienes devenguen hasta 2 smlmv, y que sin importar este monto, tienen derecho quienes ocupen los cargos que taxativamente se enlistan en referido dispositivo.

Con sujeción a lo anterior, la aquí demandante, no tiene derecho al reconocimiento de dotaciones, como quiera que, devenga más de dos (2) smlmv; y, no acreditó haber ocupado uno de los cargos de los relacionados en el citado precepto. En consecuencia, en virtud a la consulta que se tramita a favor de Caprecom, se revocará la condena que por este concepto impuso la A quo.

En lo que atañe a la indemnización por despido injusto, señala la Sala, que acreditado como se encuentra que lo realmente existente desde el inicio entre las partes fue un contrato de trabajo, conforme lo reglamentan los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, el mismo se entiende a término indefinido y, por tanto, pactado por seis meses y prorrogado en las mismas condiciones por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, "(...) por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo (...)”

Es claro para la Sala que la terminación del contrato con la demandante no obedeció a ninguna de las causales previstas como justas en el referido Decreto 2127 de 1945, concordante con el Decreto 2351 de 1945, pues según la contestación de la demanda y lo recaudado a través de la prueba testimonial, el contrato con el que tuvo vinculación la actora se terminó el 31 de enero de 2016 por la liquidación de la entidad, siendo esta la razón legal pero no justa para la terminación del mismo.

Frente a la **indemnización moratoria**, cumple memorar que, la jurisprudencia laboral ha sido reiterada en el sentido de que la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del CST, para el sector privado, y en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, para el oficial, es de naturaleza sancionatoria, de modo que para su imposición el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de buena o mala fe, pues solo la presencia de este último elemento estructura su configuración¹.

En ese sentido, es de anotar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 649 de 1° de marzo de 2021, que reiteró el fallo SL 1920 de 2019 y que analizó un caso semejante postulado por un trabajador oficial contra una empresa industrial y comercial del Estado liquidada, estableció que la mencionada indemnización moratoria del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, era procedente cuando se demostraba la prestación personal del servicio ante el enjuiciado mediante contratos de trabajo revestidos de la forma de convenios de prestación de servicios personales, y que durante su desarrollo y a su terminación aquél se sustrajo de reconocer el carácter de subordinado que le era propio, desconociendo al paso, los derechos salariales y prestacionales correspondientes; circunstancia que descarta una buena fe en su actuar. Además, le resulta suficiente al trabajador acreditar que en su favor existen créditos insolutos para que el empleador asuma la carga de probar las razones que justificaron tal omisión.

En el caso de autos, desde la contestación de la demandada CAPRECOM alegó que la actora estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios, alegando proceder de buena fe, bajo la égida que, durante todo el

¹ SL194 de 23 de enero de 2019, rad. 71.154

tiempo consideró plenamente que las actividades contratadas bajo tal modalidad no generaban vinculación diferente.

Para el Colegiado, dichos fundamentos se desestiman como eximentes de la sanción moratoria, en tanto ello se traduciría en la anuencia para que, a pesar de la necesidad del servicio prestado, la figura del contrato de prestación de servicios sea mal utilizada con el fin de vulnerar los derechos mínimos de los trabajadores colombianos. En esta línea de pensamiento, la invocada buena fe se fractura, como quiera que, al haber quedado demostrado que hubo actividad personal del servicio por parte de la actora mediante contratos aparentes de prestación de servicios con los que desconocieron la subordinación y de contera los derechos salariales y prestacionales correspondientes, la entidad demandada debe pagar a la promotora del proceso la indemnización moratoria en estudio, porque nunca sufragó las prestaciones sociales y conforme las circunstancias que rodearon su conducta de disfrazar verdaderas relaciones de trabajo mediante contratos de prestación de servicios, se considera que obró de mala fe.

Ahora, importa precisar que tal derecho es procedente, en tanto el Decreto 797 de 1949, en su artículo 1º concede un término de gracia de noventa (90) días a las entidades que ocupen trabajadores oficiales para poner a su disposición todos los valores que por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones se encuentren insolutos en el momento en que termine el contrato de trabajo, al cabo de los cuales, si el empleador no realiza los respectivos pagos, calculará la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de mora, cuya imposición correrá a su cargo.

Cabe memorar que la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 981 de 2019 con radicación 74084 de 20 de febrero de ese mismo año con ponencia de la doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, luego de manifestar que la

figura consagrada en la Ley 80 del 93 no puede utilizarse para vulnerar los derechos laborales de los trabajadores, anotó que el cálculo para la indemnización ya no se hace por el término de 90 días hábiles sino 90 días calendario y corre tratándose de entidades públicas o entidades del sector oficial hasta el momento de la liquidación, en sus términos expuso: *"En conclusión cuando ocurre la liquidación de la entidad del sector oficial, la sanción moratoria del artículo 1º del Decreto 797 del 49 debe ir hasta la fecha en que aquella deja de existir, tal como lo adoctrino la Sala en sentencia CSJ SL 1942019 y SL 3902019"*.

Por lo anterior, no queda duda que sobre la pasiva recae la carga de pagar la precitada indemnización; de ahí que, como la relación laboral finiquitó el 31 de enero de 2016, los 90 días corren hasta el 30 de abril del mismo a partir de esta data la indemnización se calcula desde el 1º de mayo hasta el 27 de enero de 2017, tiempo que en días equivale a 267, los que multiplicados por 59.751, 63, salario diario, en cuanto el mensual, como ya se vio, durante la relación laboral fue de \$ 1.792.549,00, se totaliza en la suma de \$ 15.953.686,00, en consecuencia, como resulta superior a la establecida en primera instancia, dado que se está surtiendo consulta a favor de Caprecom, se mantendrá el valor establecido por la A quo.

Ahora, siguiendo con el estudio de las condenas irrogadas a cargo de la convocada, encuentra la Sala desacuerdo en la correspondiente a la **devolución de aportes en salud y pensiones** y **auxilio de alimentación**, en razón a que, frente al primer aspecto, no hay lugar a disponer tal reembolso a la demandante, pues confrontado el acervo probatorio, se encuentra una total orfandad probatoria, que sirva para demostrar que efectivamente dichos aportes fueron cancelados a las respectivas entidades, falencia probatoria que impide acceder a este pedimento; razón por la cual, se abolirá la decisión de devolver estos rubros.

De igual manera, será retirado de la condena el segundo rubro, por cuanto, en primera instancia se condenó a la pasiva a pagar a favor de la demandante unas sumas de dinero por este concepto; sin embargo, de acuerdo con lo vertido en el acápite del régimen salarial contenido en la guía de liquidación del sistema prestacional de los trabajadores de Caprecom, efectuada con fundamento convencional, visible a folios 40 y siguientes de los anexos de la demanda, concretamente en el ítem 1.2.5, es dable concluir que aquella no está dentro de las condiciones que se exige para tener derecho a tal beneficio, básicamente porque este derechos, está dirigidos a los trabajadores que devenguen hasta dos (2) salarios mínimos, a la postre, ella superó para la época reclamada esta cuantía.

Hechas las anteriores precisiones, en aras de verificar si los montos asignados por cada uno de los derechos laborales *-cuyo reconocimiento encuentra respaldo en esta instancia-*, se ajustan a derecho, tras efectuar las operaciones aritméticas cuyo cuadro se anexan a este proveído, con sujeción a los lineamientos establecidos para ese efecto, se evidencia que, **salvo el monto de la indemnización moratoria, cesantías, prima de junio y de navidad**, que resultaron mayores a las calculadas por la A quo, la tasación que de los demás conceptos establecidos por el tiempo laborado, en esta instancia son menores. Veamos:

RESUMEN ACREENCIAS	CALCULOS 1ª INSTANCIA	CALCULOS 2ª INSTANCIA
COMPENSACIÓN VACACIONES	\$ 1.560.368,25	\$ 1.330.291
PRIMA DE VACACIONES	\$ 1.560.368,25	\$ 1.330.291
CESANTÍAS	\$ 3.120.736,50	\$ 3.157.086
BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN	\$ 358.509,80	\$ 175.670
PRIMA DE JUNIO	\$ 3.734.477,08	\$ 3.958.546
PRIMA DE NAVIDAD	\$ 3.120.736,50	\$ 4.075.017
DOTACION	\$ 3.171.200,00	
INDEMNIZACIÓN MORATORIA	\$ 13.248.100,73	\$ 15.953.686
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO	\$ 10.055.103,99	\$ 597.516
TOTALES	\$ 39.929.601,10	\$ 30.578.103

Así, al lucir palmar que los cálculos efectuados en esta instancia, se itera, salvo **el monto de la indemnización moratoria, cesantías, prima de junio y de navidad**, que se mantendrán incólumes, los demás dado que resultaron inferiores a los indicados por la juzgadora de primera instancia, por ser más favorable a Caprecom, en virtud al grado de consulta, deviene procedente su modificación. Por estas mismas razones, se modificará la indemnización por despido injusto en tanto para el juez plural se obtiene una suma de \$ 597.516,00 valor ostensiblemente inferior al arrojado en primera instancia de \$ 10.055.103,99

Conforme este panorama, la sentencia de primera instancia será modificada en los puntos antes referidos y confirmada en lo restante.

Del plan de retiro consensuado.

La censura ante decisión negativa en primera instancia, procura que este Colegiado reconozca el beneficio del plan de retiro voluntario.

El artículo 26 del Decreto 2519 del 28 de diciembre de 2015, previó un Plan de Retiro Consensuado, otorgando la facultad al liquidador de elaborarlo y ejecutarlo para los trabajadores oficiales que se encuentren vinculados a la CAJA PREVISIÓN SOCIAL COMUNICACIONES, CAPRECOM, EICE, previa apropiación y disponibilidad presupuestal. En desarrollo a esta potestad, el liquidador solo el 12 de abril de 2016 mediante resolución 000558 materializó el aludido plan, por lo que, a buen seguro, se emprendió la ejecución luego de contar con los recursos legalmente acopiados para el efecto, y es razonable que previo a ello, no era viable la misma. De tal manera que, estando acreditado que a parir del 31 de enero de 2016, la demandante quedó desvinculada en la entidad, vale decir, con anterioridad a la precitada ejecución del plan de retiro consensuado, tal como lo definió la A quo, no es

posible acceder a su reconocimiento; es más, acoge esta Sala el concepto emitido por el Ministerio Público, según el cual, a la actora no le asiste ese derecho, porque el hecho de que el agente liquidador cuente con facultades para su implementación desde que se toma la decisión de liquidar la entidad no genera derechos per se en favor de los trabajadores, sino hasta que nace a la vida jurídica el acto administrativo que lo implementa, que ocurrió con posterioridad al retiro de la trabajadora; además, que en el expediente no obra prueba de la solicitud de acogerse a dicho plan de retiro voluntario por parte de la demandante.

Por estas razones, los argumentos expuestos por el recurrente, no tienen la virtualidad de quebrar la decisión que sobre este aspecto adoptó la falladora de instancia.

Por último, en lo referente a la indexación, se tiene que con la alzada la pretendiente reclama que la actualización de los montos objeto de condena se ordene hasta el pago efectivo, aseverando que la A quo dispuso la indexación sólo hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo.

Al respecto, escuchadas las consideraciones sobre las cuales la funcionaria judicial edificó su decisión, se echa de menos que en algún momento haya limitado la actualización de las condenas hasta el momento indicado por la censura; no obstante, teniendo en cuenta que la indemnización moratoria quedó limitada hasta el 27 de enero de 2017, deviene de forzoso adicionar en este proveído que a partir del 28 del mismo mes y año, las obligaciones adeudadas deberán ser indexadas, hasta que se materialice el pago total de las mismas, incluyendo el monto de la sanción moratoria, como quiera que la deuda por este concepto es susceptible de sufrir un deterioro económico por el transcurso del tiempo, por lo que es dable traerla a valor actual y así preservar su poder adquisitivo (CSJ SL194-2019 y SL 2136-2021).

4. COSTAS

Como quiera que la alzada tiene vocación parcial de prosperidad, la Sala se releva de imponer condena en costas a cargo de la recurrente. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** de la sentencia dictada el 3 de marzo de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto objeto de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la empresa demandada, por lo motivado en precedencia, el cual quedará así:

"SEGUNDO. - Condenar a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM EICE, representada por el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES- PAR CAPRECOM LIQUIDADO, a pagar a la parte demandante una vez ejecutoriada la presente providencia los conceptos y valores enlistados a continuación, **los demás conceptos se deberán cancelar indexados a partir del 28 de enero de 2017, hasta el pago efectivo de la obligación.**

COMPENSACIÓN VACACIONES	\$ 1.330.291,00
PRIMA DE VACACIONES	\$ 1.330.291,00
CESANTÍAS	\$ 3.120.736,50

BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN	\$ 175.670,00
PRIMA DE JUNIO	\$ 3.734.477,08
PRIMA DE NAVIDAD	\$ 3.120.736,50
INDEMNIZACIÓN MORATORIA	\$ 13.248.100,73
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO	\$ 597.516
TOTALES	\$ 26.657.818,81

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia apelada y revisada en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO. ANEXAR el cuadro contentivo de las operaciones aritméticas.

CUARTO. Sin lugar a condena en COSTAS en esta instancia.

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

SEXTO. REMITIR el expediente al juzgado de origen.


LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
 Magistrado Ponente


CLARA INÉS LOPEZ DÁVILA
 Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.

LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES TRABAJADOR OFICIAL CAPRECOM

DEMANDANTE MARLEY DEL SOCORRO MENESES BETANCOURT
 DEMANDADO CAPRECOM
 RADICADO 2019-00516-01 (110)
 EXTREMOS 11 DE AGOSTO DE 2014 A 31 DE ENERO DE 2016
 FUENTE CONVENCIÓN COLECTIVA

COMPENSACIÓN DE VACACIONES									
PERIODO	A.B.M.	AUX.TRANSP.	SUBS.ALIMEN.	1/12 B.S.	1/12 B. R.	DIAS PERIOD	DIAS A COMPENSAR	TOTAL VACACIONES COMPENSADAS	TOTAL PRIMA VACACIONES
11/08/2014 - 31/01/2016	\$ 1.792.549	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 14.639	530	22,08	\$ 1.330.291	\$ 1.330.291
TOTAL							22,08	1.330.291	1.330.291

CESANTÍAS ANUALIZADAS (DESPUES DE 31/DIC/1996)											
PERIODO	A.B.M.	AUX.TRANSP.	SUB.A.	1/12 B.S.	1/12 B.R.	1/12 P.V.	1/12 P.N.	1/12 H.EXT.	S.B.	DIAS	TOTAL CESANTÍAS
11/08/2014 - 31/01/2016	\$ 1.792.549	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 14.639	\$ 110.858	\$ 226.390	\$ -	\$ 2.144.436	530	3.157.086
TOTAL										530	3.157.086

BONIFICACIÓN DE RECREACIÓN - 3 DIAS DISFUTE VACACIONES O 2 DIAS DE ABM			
PERIODO	SALARIO BASE	DIAS A RECONOCER	BONIFICACIÓN DE RECREACIÓN
11/08/2014 - 31/01/2016	\$ 1.792.549	2,94	\$ 175.670
TOTAL			\$ 175.670

PRIMA DE JUNIO CONVENCIONAL			
PERIODO	SALARIO BASE	DIAS A RECONOCER	VALOR PRIMA
11/08/2014 - 31/01/2016	\$ 1.792.549	66,25	\$ 3.958.546
TOTAL PRIMA DE JUNIO			\$ 3.958.546

ART. 49 CONVENCIÓN: 15 DIAS ADICIONALES A LOS PAGADOS POR CONCEPTO DE PRIMA DE JUNIO NO

PRIMA DE NAVIDAD (SE CAUSA A 30/NOV X 1/12 X MES COMPLETO)									
PERIODO	A.B.M.	AUX.TRANSP.	SUB.A.	1/12 B.S.	1/12 B.R.	1/12 P.V.	SALARIO BASE	DOCEAVAS	TOTAL PRIMA NAVIDAD
11/08/2014 - 31/01/2016	\$ 1.792.549	-	-	\$ -	\$ 14.639	\$ 110.467	\$ 1.917.655	17	\$ 2.716.678
SUMA TOTAL								17	\$ 2.716.678

PRIMA DE NAVIDAD CONVENCIONAL		
PERIODO	IBL	TOTAL PRIMA NAVIDAD
11/08/2014 - 31/01/2016	\$ 2.716.678	\$ 1.358.339
TOTAL PRIMA NAVIDAD CONVENCIONAL		\$ 1.358.339

ART. 50: 15 DIAS ADICIONALES A

DOTACION ROPA DE LABOR						
DESDE	HASTA	DIAS PERIODO	# DOTACIONES AÑO	PROPORCION	DOTACION CONVENCION	TOTAL DOTACION
11/08/2014	31/01/2016	530	4	0	\$ -	\$ -
T O T A L						\$ -

DEVENGO MAS DE DOS SALARIOS MINIMOS

INDEMNIZACION MORATORIA DTO 797 DE 1949			
DESDE	HASTA CIERRE CAPRECOM	DÍAS	SALARIO
1/05/2016	27/01/2017	267	\$ 1.792.549
TOTAL INDEMNIZACION MORATORIA			\$ 15.953.686

INDEMNIZACION DESPIDO DCTO. 2127 DE 1945		
PLAZO PRESUNTO	10 DIAS	SALARIO
	1/02/2016 - 10/02/2016	\$ 1.792.549
TOTAL INDEMNIZACION		\$ 597.516

RESUMEN ACRECIAS	VALOR
COMPENSACIÓN VACACIONES	\$ 1.330.291
PRIMA DE VACACIONES	\$ 1.330.291
CESANTÍAS	\$ 3.157.086
BONIFICACIÓN ESPECIAL RECREACIÓN	\$ 175.670
PRIMA NAVIDAD	\$ 2.716.678
PRIMA NAVIDAD CONVENCION	\$ 1.358.339
PRIMA DE JUNIO CONVENCION	\$ 3.958.546
DOTACION ROPA LABOR	\$ -

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. 2020-00105-01 (304)

En San Juan de Pasto, a los siete (7) días del mes de diciembre 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 **ANA JUDITH MEJÍA ROSERO** 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

ANA JUDITH MEJIA ROSERO, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.** En consecuencia, se condene a **PORVENIR S.A.** a devolver la totalidad de los aportes efectuados por la demandante sin descuentos alguno, incluyendo los rendimientos que sobre los mismos se hubieran causado, asumiendo los deterioros que estos hubieran sufrido, esto es, la merma destinada a la pensión de vejez por concepto de gastos de administración, aportes al fondo de solidaridad, y/o primas de seguros previsionales. Solicitó se condene a **PORVENIR S.A.** al pago de la multa establecida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en costas a las demandadas.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el **20 de mayo de 1962**. Que cotizó al ISS desde el 25 de marzo de 1996. Que **PORVENIR S.A.**, sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual a partir del 1º de agosto de 1999. Que **PORVENIR S.A.**, realizó simulación de su pensión arrojando que a los 58 años de

edad puede aspirar a una pensión de equivalente a un salario mínimo a pesar de que su IBL ascendió a un promedio de \$2.169.499. Que de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, su pensión correspondería a la suma de \$1.609.553. Que el 11 de diciembre de 2019, presentó reclamación administrativa a COLPENSIONES, solicitando el traslado de régimen, petición que fue negada.

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 13 de agosto de 2020 (Fl. 58), 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 excepciones 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 COSTAS e INTERESES MORATORIOS”. (Fls.69-102).

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. 142-185).

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. 259-317).

El juzgado de conocimiento el 24 de mayo de 2022, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto en el cual declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas.

Acto seguido, el Juzgado 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 agosto de 1999. Consecuencialmente, declaró que para todos los efectos legales se entenderá que la demandante, siempre ha permanecido en el régimen de prima media y por lo tanto conservará todos derechos y prerrogativas que el mismo brinda en materia pensional. 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. y precisó que no había lugar a reconocer la pensión solicitada por la parte actora. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls. 312-317)

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 la prueba que en que se basa la decisión adoptada por la Juez A Quo, es la manifestación de la actora no haber recibido suficiente información. 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

El apoderado de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, al considerar que de la prueba recaudada no es posible deducir la ausencia o falta de información por parte de PORVENIR S.A., más aún si se tiene en cuenta que la actora 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, inclusive realizó un traslado entre fondos privados. Así mismo, advirtió que autorizar el traslado de la accionante al RPM, implica prohijar la descapitalización del régimen, generando una afectación al sistema pensional. Finalmente se opuso a la condena en costas impuesta en su contra.

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:

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

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

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 pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que le merezca al representante de la administradora.

Finalmente, en la tercera etapa sostiene la Corte que con la expedición de la Ley 1748 de 2014, y también de conformidad con lo establecido en el artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 y la Circular

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)

Externa No. 016 de 2016, se impuso a las entidades pensionales la obligación de brindar a los usuarios la información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como también suministrar un buen consejo, lo que se denominó el deber de doble asesoría.

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

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que no es errada la conclusión a que arribó la Juez A quo, al indicar que PORVENIR S.A., entidad administradora del R.A.I.S. a la cual la demandante se trasladó en el año 1999, proveniente del RPM administrado por el extinto ISS, 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, 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 la apoderada 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.

Cabe advertir que la falta de dicha información por parte de PORVENIR S.A. finalmente resultó lesiva a la expectativa pensional de la promotora de la litis y pudo evitarse si hubiese recibido una información clara, completa y comprensible al momento en el que se realizó el traslado de régimen pensional, aspectos que el fondo privado demandado no acreditó.

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 COLPENSIONES, confirmándose la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, 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 confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante a PORVENIR S.A., según el documento del folio 189 el 1º de agosto de 1999, ineficacia que últimamente fue declarada en precedentes de la Corte Suprema Sala Laboral en relación con el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, por ende, se entiende que dicho acto jurídico jamás surtió efectos para las partes involucradas, ni frente a terceros.

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 el demandante hubiera recibido, las cotizaciones a pensión, rendimientos y utilidades obtenidos durante toda su permanencia en el RAIS, tal y como lo ha establecido nuestro órgano de cierre en materia laboral en pronunciamiento radicado bajo el número 31989 de 8 de septiembre de 2008, *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado”*.

De igual forma, también se le ordenará devolver a la demandada PORVENIR S.A., 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 24 de mayo 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 ANA JUDITH MEJIA ROSERO, 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 24 de mayo de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

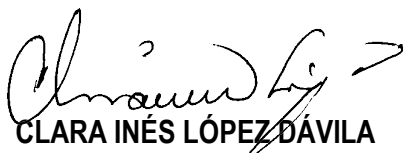
TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a cargo de la parte demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a favor del demandante. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el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

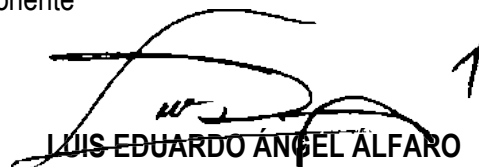
La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 561. Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro 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

Diciembre siete (7) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2020-00291-01 (298)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Libardo Orlando Riascos Gómez
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.	555

I. ASUNTO

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

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

LIBARDO ORLANDO RIASCOS GÓMEZ, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado producido el 1º de marzo del 2002, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**; y la ineficacia de los

posteriores traslados entre fondos administradores del RAIS y que nunca ha dejado de pertenecer al RPM desde el 14 de agosto de 1986. En consecuencia, se condene a Porvenir a trasladar y a Colpensiones, recibir la totalidad de aportes cotizados, el bono pensional, los rendimientos, las cuotas de administración con indexación, y demás sumas de dinero por el tiempo que estuvo afiliado a Porvenir hasta la fecha en que se traslade al régimen de prima media; así mismo, que se ordene a Colpensiones la corrección y actualización de la historia laboral del actor.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 17 de agosto de 1959, cotizó al extinto I.S.S. desde agosto de 1986 hasta octubre de 1999, época en la cual, por propuesta desinformada e incompleta de Porvenir S.A., suscribió formulario de traslado a esta entidad; que en septiembre 1º del 2000, se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., entidad a la que le solicitó invalidar la afiliación, con ella y ASOFONDOS, para regresar al RPM de Colpensiones. Informa que según formulario No 0241585 de PORVENIR, sin fecha, aparece vinculado a esta entidad, y enlista sendas irregularidades y ambigüedades contenidas en el mismo; que, en el carnet se señala como fecha de vinculación marzo de 2002.

Señala que Porvenir S.A., sin solicitud de su parte, le envió la historia laboral consolidada en la que consta las semanas cotizadas en Colpensiones, otros fondos privados, monto del bono pensional y saldo de su cuenta individual. Que solicitó proyección pensional ante Porvenir S.A. y Colpensiones; que la primera la realizó, observándose de la misma que su mesada pensional a los 63 años será de \$2.436.100; que la segunda entidad no tramitó a su petición por ser improcedente. Cuenta que, elevó reclamaciones ante Porvenir y Colpensiones para que se declare la ineficacia de traslado del RPM al RIAS, pero con distintos argumentos ambas entidades respondieron negativamente.

2. Contestaciones de la demanda.

-DE COLPENSIONES.

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda al señalar que el actor para la fecha en la que hizo la solicitud de retorno al RPM le faltaba menos

de 10 años para acceder al derecho pensional, acorde con la normatividad referente al sistema general de pensiones consagra la posibilidad de trasladarse entre regímenes una sola vez cada 5 años y que el usuario no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para pensionarse, además, no acredito los requisitos necesarios para ser beneficiario del régimen de transición. Manifiesta que, la limitación de los traslados encuentra fundamento en la necesidad de conservar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, dicho que apoya en jurisprudencia de la Corte Constitucional. Afirmo que, Colpensiones no tuvo incidencia en el traslado de régimen pensional realizado por el demandante, además, derivado de las actitudes del actor se colige la voluntad de este de pertenecer al RAIS; por otro lado, expone que, la carga dinámica de la prueba no se puede aplicar de forma genérica y sin ninguna ponderación a todos los casos. Finalmente aduce que Colpensiones ha obrado de buena fe, por lo que, y en caso de existir condena desfavorable a sus intereses, sea exonerada de las costas del proceso. Con fundamento en lo anterior propuso excepciones de fondo.

-CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Manifiesta que los hechos de la demanda no le constan y no se opone a las pretensiones siempre y cuando se demuestren los presupuestos pertinentes para el caso. Trae a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en lo referente a la ineficacia del traslado por falta del deber de información; señalando que este deber procede desde la creación de las AFP con el estatuto orgánico, igualmente, la carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación recae sobre las Administradoras de los Fondos privados; y la suscripción del formulario no es prueba suficiente de que se le brindo una asesoría idónea; que, si la entidad llamada a juicio no demuestra que se brindó una asesoría pertinente, y que suministraron la información clara, oportuna y suficiente para que el traslado sea válido, este deberá declararse ineficaz. Propone como excepción de mérito la improcedencia de condena en costas a cargo de Colpensiones.

En cuanto a la demandada PORVENIR S.A., mediante auto del 5 de mayo de 2021 el juzgado cognoscente tuvo por no contestada la demanda, arguyendo que, pese a que fue notificada en debida forma, dentro del término de traslado guardó silencio.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 13 de mayo del 2022, en la que declaró: i) La ineficacia del traslado a Porvenir S.A., que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció y continuará en el RPM conservando todos sus beneficios; y, ii) declarar probada la excepción de Imposibilidad de condena en costas en favor de Colpensiones y No probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a trasladar y a Colpensiones recibir, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en el que el actor permaneció afiliado a ella, con indexación; y que, en el evento de que dichos valores no sean suficientes para financiar la pensión del actor, la AFP deberá reconocer de sus propios recursos el dinero faltante. Condenó en costas a Porvenir S.A.

Apoyado en basta jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, concluyó –*en síntesis*– que Porvenir S.A., no cumplió con la carga probatoria que le atañe, pues ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible concluir cual fue la ilustración suministrada al demandante, además, no logró demostrar que actuó de manera diligente, por lo que la falta de información por parte de la AFP da lugar a la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación, y deberá entenderse como que, el demandante nunca estuvo afiliado al RAIS; advierte, la inviabilidad de la pretensión del actor respecto de la corrección de la historia laboral del mismo, a cargo de Colpensiones arguyendo que esto solo será posible cuando Porvenir S.A., realice las actuaciones que completen el retorno al RPM.

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.

Reprocha la decisión respecto la excepción de prescripción, al considerar que, en este evento, no se trata de verificar la procedencia de prestaciones sociales o derechos laborales por lo que, ha ocurrido el fenómeno de la prescripción del derecho o la caducidad de la acción para lograr la ineficacia, toda vez, que los plazos para tanto de carácter ordinario como extraordinarios previstos en las normas civiles y comerciales se han superado con creces.

Tilda el fallo de contradictorio, en cuanto en él, se afirma que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero contradictoriamente ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros y el porcentaje de administración. Que, al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos, Discrepa de la orden dada referente a que en caso de que faltaren recursos para financiar la pensión del demandante sea la AFP quien asuma de sus propios recursos, por ser imposible, dado que en ambos regímenes el porcentaje de cotización es idéntico, y en el RPM solo se necesita cumplir con un numero de semanas cotizadas y la edad suficiente. Agrega que no hay en el plenario prueba alguna de que se haya incurrido en violación alguna de la manifestación de voluntad del demandante y por el contrario, lo que aparece es que él estuvo conforme con el traslado, toda vez que se mantuvo vinculado cotizando siempre en el RAIS desde su afiliación y que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC.

Discrepa del acogimiento que hace el A quo de la jurisprudencia especializada para dar aplicación a la carga dinámica de la prueba, al considerar que esto afecta el derecho de defensa y un desequilibrio porque basta la afirmación de no haber tenido información para que, sin consideración jurídica tenga éxito el proceso.

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

- COLPENSIONES

Enfatiza que no está facultada para aceptar el retorno del actor al RPM, por no cumplir con los términos dispuestos para su aceptación, dado que no hizo uso

del derecho de migrar dentro de los términos establecidos en la ley y la jurisprudencia (cita algunas sentencias) que han determinado el periodo de permanencia obligatorio, limitando el traslado con el fin de preservar recursos que permitan el pago de mesadas futuras y la sostenibilidad del sistema pensional administrado por el RPM. Agrega que, si bien las administradoras tienen el deber de información, también los consumidores financieros tienen la obligación de informarse y obtener asesoría sobre lo que más le convenga en materia pensional

Cuestiona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, aduciendo que no puede aplicarse en forma genérica y sin ninguna ponderación, que debe adoptarse de acuerdo a las particularidades de cada evento; y, con apoyo en un salvamento de voto¹, arguye que la declaratoria de ineficacia solo procede cuando el traslado causa perjuicios, y en este caso no se configuran

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión.

Bajo el espectro de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, facultad ejercida por el demandante, Porvenir S.A., Colpensiones y el Ministerio Público, entidades que, en síntesis, expusieron:

La demandante, pretende que la sentencia proferida en primera instancia sea confirmada, y se desechen los puntos de apelación planteados por pasiva, para lo cual cuestiona cada uno de los reparos concretos formulados tanto por Colpensiones como por Protección S.A., 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, esta delegada, además de solicitar la confirmación de la sentencia, procura que se modifique en el sentido de señalar que la devolución comprende el porcentaje de las primas de seguros previsionales y el porcentaje

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

destinado a la garantía de pensión mínima debidamente indexados.

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 que en caso de existir alguna diferencia será Porvenir quien deba asumirla con cargo a sus propios recursos?

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

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

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

Y en tal dirección, viene defendiendo la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de PORVENIR S.A., tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a

la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, de la historia laboral consolidada expedida por Porvenir el 19 de diciembre de 2019, se logra extraer que el actor cotizó al a Colpensiones, antes I.S.S., en el interregno

comprendido entre el 14 de agosto de 1986 y el 30 de noviembre de 1999 (Fl. 38 Expediente integrado), por tanto, queda evidenciado que estuvo afiliada al RPM. Según el formulario de solicitud de afiliación por traslado², se constata que el 13 de octubre de 1999, se trasladó por primera vez al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., siendo la administradora anterior el I.S.S., quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

Con todo, no pasará por alto la Sala que en el escrito inaugural, se informó ,de traslados ocurridos entre Porvenir y Horizontes y que este supuesto, se pretende demostrar con el formulario que obra a folios 35, pero dado lo ilegible del mismo, no sirve para determinar la fecha en que se protagonizó el cambio entre esos fondos, sin embargo, ello resulta inane, pues, basta examinar la historia laboral consolidada, referida anteriormente, para corroborar que desde la fecha del primigenio traslado del I.S.S. a Porvenir que fue materializado con la suscripción del formulario el 13 de octubre de 1999, las cotizaciones aparecen a cargo de este último fondo; y ello, es de esperarse dada la fusión que se escenificó en estas dos entidades del RAIS.

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 y dicho de otra forma*- 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 a la accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

² Folio 29 Exp. Unido

En lo concerniente a la crítica que hacen las entidades accionadas 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. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional

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

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

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada³, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

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.

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

³ CSJ SL-1688 de 2019.

se ordena la devolución de lo existente en la cuenta, se entiendan incluidos los rendimientos, lo contrario, implicaría refrendar un enriquecimiento de carácter injustificado, máxime, cuando tratándose de administradora de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstas realizan, se efectúa a título de administración, que no comporta en sí, derecho alguno de propiedad sobre los dineros que le son entregados a título de cotizaciones, mucho menos, sobre los rendimientos que aquellas llegaren a producir.

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

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

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su

funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁴. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejó en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración.

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

Aunado a lo anterior, atinó el A quo, al disponer que en el evento de que los valores a trasladados no sean suficientes para financiar la pensión del actor Porvenir reconozca de sus propios recursos los dineros faltantes, por ser la que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si el demandante hubiese permanecido en él, por cuanto al existir omisión en sus deberes de información y debida asesoría procedió la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado (art. 963 Código Civil y sentencia 31989 de 2008), sin que el convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto, en tal razón en ningún desatino incurrió el cognoscente al disponer que dichas diferencias, de existir sean a cargo de Porvenir S.A.

Ahora, efectuado el estudio integral de la sentencia de primer grado, advierte la Sala que, aunque con acierto el A quo dispuso el traslado de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, omitió incluir lo concerniente al porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima y comisiones, razón por la cual, por vía de consulta, **se adicionará y modificará el numeral segundo** a efectos de incluir dichos conceptos debidamente indexados, acogiendo lo 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,*

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

aportes y demás información relevante que los justifiquen” como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021.

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

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

De la excepción prescripción.

En lo que atañe al reparo que presenta Porvenir S.A., tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa, que este Colegiado ya tiene sentado su criterio frente a la improsperidad del mismo, como quiera que la línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. 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, salvo la de **imposibilidad de condena en costas**, que con acierto el A quo declaró probada, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió.

5. Costas

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

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 13 de mayo del 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **LIBARDO ORLANDO RIASCOS GÓMEZ**, el que quedará así:

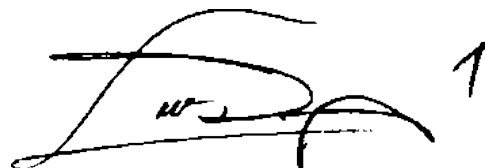
"SEGUNDO.- CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver de la cuenta individual del demandante LIBARDO ORLANDO RIASCOS GÓMEZ, a la cuenta global administrada por COLPENSIONES-, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimiento y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en que el actor permaneció afiliado a ella, suma que se trasladará debidamente indexada; además, las comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, en forma indexada con cargo a sus propios

*recursos, durante el tiempo que el accionante permaneció afiliado a ella, y al momentos de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia”*

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

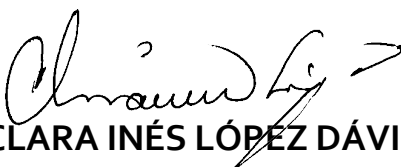
TERCERO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a cargo de cada una, el equivalente a dos 2 smlmv. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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



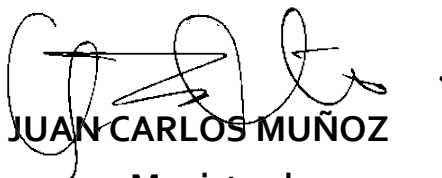
LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado.