

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105001-2019-00074-02 (135)

AUTO No. 564

San Juan de Pasto, nueve (9) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **JESÚS DOMINGO LÓPEZ YAQUENO Y OTROS** en contra de **PABLO EMILIO OBANDO SOLARTE, OARGOTTY CONSTRUCCIONES S.A.S., CONSTRUCCIONES ARGOTY S.A.S. y OSCAR ALIRIO ARGOTY CORAL.**

I. ANTECEDENTES

Pretenden los actores que se declare, por esta vía ordinaria laboral, que entre JOSÉ ERICK LÓPEZ PARRA (Q.E.P.D.) y el demandado PABLO EMILIO OBANDO SOLARTE, existió un contrato de trabajo que rigió entre marzo y el 20 de octubre de 2017; que el accidente de trabajo sufrido por el trabajador y que condujo a su muerte, ocurrió por culpa imputable al empleador; y que existió sustitución patronal entre la empresa OARGOTTY CONSTRUCCIONES S.A.S. con la actual propietaria de la obra empresa CONSTRUCCIONES ARGOTY S.A.S., en virtud de compraventa elevada a escritura pública. Como consecuencia de tales declaraciones solicita condenar al empleador y de forma solidaria a las empresas convocadas, al pago de los perjuicios e indemnizaciones en la forma indicada en el capítulo de pretensiones del escrito genitor, con la correspondiente indexación o corrección monetaria de las obligaciones dinerarias y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señalan, en lo que interesa en el sub lite, que JOSÉ ERICK LÓPEZ PARRA (Q.E.P.D.) fue contratado por el maestro de obra PABLO EMILIO OBANDO SOLARTE, persona designada por OARGOTTY

CONSTRUCCIONES S.A.S para ejecutar y vigilar la obra en construcción ubicada en la ciudad de Pasto (N); que su representante legal y propietario es el Sr. OSCAR ALIRIO ARGOTY CORAL, quien además fungió como director de la obra en la construcción donde el trabajador falleció tras sufrir un accidente al encontrarse sin los instrumentos y elementos adecuados para la realización de las labores que garantizarán su protección; que no verificaron el buen estado y funcionamiento de las estructuras y le asignaron, sin capacitación alguna, trabajos en altura, funciones que no se ajustaban a su perfil y experiencia laboral.

Finalmente, señala que el 11 de mayo de 2018, se matriculó la empresa CONSTRUCCIONES ARGOTY S.A.S. con igual representante legal de la demandada OARGORY CONSTRUCCIONES S.A.S., a fin de que continuara con la construcción de la edificación en la que falleció JOSÉ ERICK LÓPEZ PARRA.

1.1. SOLICITUD MEDIDAS CAUTELARES

En la misma oportunidad en la que se interpone la demanda, quien representa los intereses de la parte demandante pide decretar medidas cautelares a través de la fijación de caución en contra de la demandada y con base en la cuantificación de perjuicios, solicitud que fue negada mediante auto de 21 de marzo de 2019, porque a dicha data aún no se trababa la Litis.

Más adelante, con escrito de 12 de enero de 2021, realiza nueva solicitud de medidas cautelares soportadas en que las demandadas efectúan actos tendientes a insolventarse e impedir la efectividad de la sentencia, como lo son: La creación de una nueva empresa -CONSTRUCCIONES ARGOTY S.A.S.- sólo 6 meses y 25 días después de ocurrido el accidente y la transferencia de la propiedad del único bien inmueble con que contaba OARGOTY CONSTRUCCIONES S.A.S. a esta nueva empresa, la cual lo enajenó, creando 32 diferentes matrículas.

1.2. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificado en debida forma PABLO EMILIO OBANDO SOLARTE, contestó la demanda a través de apoderado judicial, aceptando que JOSÉ ERICK LÓPEZ PARRA, efectivamente desempeñó funciones de obrero de la construcción ejecutada en la ciudad de Pasto, de la empresa OARGOTY CONSTRUCCIONES S.A.S., quien lo contrató para ejecutar la obra con la función de enganchar el personal que le asistiría en tal gestión.

Por su parte, la demandada CONSTRUCCIONES ARGOTY S.A.S., a través de apoderada judicial, contestó oportunamente el escrito inaugural oponiéndose a las pretensiones invocadas por los actores, aclarando que dicha empresa se constituyó por documento privado el 25 de abril de 2018, registrada en cámara de comercio de Pasto el 11 de mayo de esa misma anualidad y, por tanto, los eventos que cimientan las pretensiones ocurrieron antes de su constitución. Con base en ello formula, en defensa de su prohijsada, varias excepciones de mérito.

A su turno, la demandada OARGOTTY CONSTRUCCIONES S.A.S, a través de la misma apoderada judicial, pero en documento separado, contestó oportunamente el escrito inaugural para oponerse a las pretensiones invocadas por los actores, manifestando que el accidente sufrido por JOSE ERICK LÓPEZ PARRA no es de trabajo, por lo que tampoco se puede imputar culpa a quien se señala como su empleador. Formula en defensa de su prohijsada varias excepciones de mérito.

1.3. DECISIÓN FRENTE A LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES

Adelantadas las etapas propias de la audiencia especial para imposición de medida cautelar y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia llevada a cabo el 3 de junio de 2021, negó la imposición de la medida cautelar solicitada, considerando para ello que la parte demandada, en lugar de insolventarse, ha realizado actos tendientes a obtener mayores ingresos, pues tal como lo señala el certificado de cámara de comercio, la actividad económica que desarrollan es la construcción de edificaciones para su posterior venta, situación que es la presentada en el caso particular.

1.4. APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme con tal decisión, el profesional del derecho que representa sus intereses judicial formuló recurso de apelación para señalar que si bien las demandadas han aportado documentos entre los que se encuentran la certificación del revisor fiscal y la escritura pública de un nuevo bien inmueble, ello no garantiza que cuenten con una solvencia económica actual y menos en caso de una eventual condena; igual situación ocurre con las certificaciones bancarias, porque cuentan con una fácil movilidad; además, hasta el 31 de mayo de 2021, OARGOTTY CONSTRUCCIONES S.A.S. no contaba con ninguna propiedad a su nombre y tan solo 2 días antes de la

celebración de la audiencia especial, adquiere un bien inmueble con una persona que coincide con los apellidos del representante legal, sin que de ello se aporte el respectivo certificado de libertad y tradición, como único documento que acredita la propiedad de un bien inmueble.

Reiterando que entre las acciones tendientes a insolventarse, se encuentra la venta del único bien inmueble propiedad de la demandada OARGOTY CONSTRUCCIONES S.A.S, a una aparente nueva empresa -CONSTRUCCIONES ARGOTY S.A.S.-, creada en todo caso, posterior a la ocurrencia del accidente demandado.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte demandante, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66A del C.P.T y de la S.S, modificado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, que regulan el principio de consonancia.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez se surtido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto Legislativo No. 806 de junio 4 de 2020, se recibió – vía electrónica- la intervención de los apoderados de la parte demandante y las empresas demandadas, como se verifica de la constancia secretarial fechada 27 de mayo de 2022.

La parte demandante intervino, para solicitar la revocatoria del auto recurrido, por considerar que contrario a lo señalado por el despacho, el hecho que la demandada OARGOTY CONSTRUCCIONES S.A.S, como propietaria de la obra en la que falleció JOSÉ ERICK LÓPEZ PARRA, hubiere transferido ese único bien inmueble a la empresa CONSTRUCCIONES ARGOTY S.A.S., quien a su vez lo enajenó creando 32 nuevas matrículas, es un claro acto tendiente a insolventarse o impedir la efectividad de una condena en su contra, agregando que los documentos aportados por la demandada no garantiza que los demandados queden insolventadas a futuro.

Por su parte, quien representa los intereses de las demandadas OARGOTY CONSTRUCCIONES S.A.S., y CONSTRUCCIONES ARGOTY S.A.S, solicita se confirme el

auto protestado por considerar que no se demostraron los actos tendientes a insolventarse, toda vez en la audiencia especial se demostró que las convocadas desarrollan su objeto social con normalidad y siguen generando ingresos con lo que eventualmente podrían cubrir el pago de una condena, tal como lo demuestran los documentos contables y demás certificaciones.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Colegiatura plantear para su estudio el siguiente problema jurídico: ¿Se encuentra ajustada a derecho la decisión de primera instancia de no imponer a cargo de la demandada, la medida cautelar de caución, conforme lo dispone el artículo 85A del C.P.T y S.S.; o, por el contrario, como lo increpan los alzadistas por activa, los actos tendientes a insolventarse o impedir la efectivada de una eventual condena, se encuentran debidamente acreditado?

2.2. SOLUCIÓN AL ANTERIOR PLANTEAMIENTO

En torno a dirimir la inconformidad planteada por la pasiva de la presente causa litigiosa, el Juez Colegiado rememora que el artículo 85 A del C.P.T. y S.S., con la reforma introducida por el artículo 37ª de la Ley 712 de 2001, consagra la figura de las medidas cautelares con el propósito de que las posibles condenas que se impongan en la sentencia no se hagan ilusorias ante la suerte o rumbo que pueda tomar los bienes de la parte condenada en el curso del proceso, frente a la posibilidad de: **i)** su insolvencia económica, **ii)** o por impedir la efectividad de la sentencia, **iii)** o por sus graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, que afecten la denominada prenda general de acreedores, más cuando de lo que se trata es de garantizar los créditos privilegiados que se reclaman, como son los de carácter laboral y de la seguridad social. Lo anterior excluye la posibilidad de que se impongan medidas por la simple voluntad del demandante, pues es necesario que la determinación se funde en razones plenamente fundadas y demostradas.

De la referida norma se concluye, que no es viable que este tipo de medida cautelar sea impuesta con fundamento en la simple solicitud de parte, puesto que es indispensable que el interesado aporte al juzgador “**las pruebas acerca de la situación alegada**”, a través de las cuales se demuestre la necesidad de imposición del gravamen invocado, tal y como lo ha sostenido de antaño la H. Corte Constitucional en la sentencia C-379 de 27 de abril de 2004, cuando señala:

“Desde luego que, de la solicitud de medidas cautelares puede abusarse en algunas oportunidades, y entonces para su control, no basta con que ellas sean impetradas, sino que es al juez al que corresponde decidir en cada caso concreto sobre su procedencia y su extensión, así como con respecto al cumplimiento de los requisitos señalados para el efecto por la ley. Las medidas cautelares no pueden, en ningún caso, ser arbitrarias. Los jueces, en ejercicio de su función, las deben concretar en cada proceso, de tal manera que aún en las hipótesis en que su atribución para decidir sea amplia, la discrecionalidad jamás pueda constituir arbitrariedad”.

Ahora bien, la Sala no desconoce que la figura de la medida cautelar es evidentemente excepcional y con ella se busca garantizar la satisfacción de las pretensiones invocadas por el demandante, así como la tutela judicial efectiva, más aun tratándose de derechos de especial protección del trabajador; sin embargo, en el proceso ordinario laboral la teleología de la disposición cumple un gran papel en aras de que no se presenten abusos con la implementación de la caución, cuyo valor a prestar por la demandada puede alcanzar alguna significación económica, con el agravante de que si no la presta en la oportunidad debida, dejará de ser oído en las restantes etapas del proceso, lo cual redundará negativamente en su derecho de defensa y contradicción cuando el proceso ordinario apenas se encuentra en sus inicios y evidentemente, el derecho es aún incierto e indeterminado, en contraste con lo que sucede en el proceso ejecutivo, cuando el derecho es indiscutible pero insatisfecho y donde las medidas cautelares, en la ejecución, juegan un rol casi tan esencial como la propia pretensión ejecutiva al punto que el éxito de esta dependerá en gran medida de la existencia de tales medidas anticipadas.

Lo cierto, es que la implementación de las medidas cautelares en el proceso ordinario laboral, contrario a lo que sucede el ejecutivo de igual naturaleza, es de reciente incorporación legislativa, habida cuenta que por primera vez se introdujo a través de la Ley 712 de 2001, sin que allí se distinga la clase de pretensión que se debata en la Litis, esto es, tomando en cuenta o no la que tenga una mayor probabilidad de acogimiento en la sentencia o el grado de dificultad que represente su declaratoria, dado que no es lo mismo que desde el inicio de la contienda se conozca, al menos, la certeza en torno a la existencia del contrato de trabajo o de la prestación reclamada por aceptarlo el sujeto pasivo, de aquellas otras pretensiones litigiosas, en las cuales son frontales las posiciones de las partes frente a los tópicos en los que se funda la acción, tal cual como acontece en el sub-lite, en el que se niega rotundamente tópicos que serán de obligatorio estudio en la sentencia y no de manera anticipada en esta etapa procesal que únicamente se debe resolver la petición de la cautela (art. 85 A C.P.L. y S.S.).

En ese orden de ideas, el estudio de las medidas cautelares es igual en el proceso ordinario laboral como en uno de naturaleza ejecutiva, independientemente de las súplicas y se aplican previa constatación de las causas que puedan fundar el temor en el juez, acerca de los actos tendientes a la insolvencia del deudor o de la elusión, tanto de las obligaciones que posiblemente se impongan en la sentencia o de sus obligaciones en general.

Dicho lo anterior, procede este Cuerpo Colegiado a verificar si la parte solicitante de la medida cautelar, cumplió con su carga de probar que exista riesgo de que el derecho pretendido pueda verse afectado, para ello, es de recordar que los demandantes identifican los actos tendientes a insolventarse o afectar la efectividad de una eventual sentencia, en que OARGOTY CONSTRUCCIONES S.A.S transfirió el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 240-29550, ubicado en la carrera 38 No. 18-44 -único bien de su propiedad- a la empresa CONSTRUCCIONES ARGOTY S.A.S, creada sólo 6 meses y 25 días después del accidente demandado, bien que finalmente fue enajenado por este último establecimiento, creando 32 nuevas matrículas con diferentes propietarios.

Al respecto, advierte esta Sala de Decisión que no le asiste la razón a la parte actora, toda vez que, si bien la empresa CONSTRUCCIONES ARGOTY S.A.S. se constituyó con posterioridad a la ocurrencia del accidente que hoy se encuentra en litigio (11 de mayo de 2018), en todo caso, ello se hizo previo a la presentación del escrito inicial (11 de enero de 2019), además OARGOTY CONSTRUCCIONES S.A.S. no desapareció de la vida jurídica ni fue liquidado, lo que no demuestra en sí mismo un acto tendiente a insoventarse o que amenace la efectividad de un eventual fallo a favor. Por otra parte, a folios 135 y ss. (2da parte del expediente digital) figura la matrícula inmobiliaria No. 240-29550 en cuya anotación No. 20 se observa la apertura de 32 nuevas matrículas respecto del bien inmueble ubicado en la carrea 38 No. 18-44, situación que tampoco comporta propiamente un acto lesivo que permita la imposición de la medida cautelar; por el contrario, corresponde al desarrollo propio del objeto social de las demandadas, como es, entre otras, la construcción y venta de edificaciones, lo que demuestra fluidez económica de su parte.

Adicionalmente, las convocadas agregan al proceso las documentales obrantes entre folios 168 y 197 de la 2da parte del expediente digital, entre las que se encuentran:

a. Frente a CONSTRUCCIONES ARGOTY S.A.S.

1. Certificado emitido por el revisor fiscal MARIO RICARDO REALPE, en el que se lee que la convocada, a 31 de diciembre de 2020 poseía un patrimonio líquido por valor de \$800.8997.000, el que se encuentra pagado en su totalidad y está representado en activos como efectivo y equivalentes, inventarios, entre otros, además, de no contar con pasivos ni procesos judiciales de carácter ejecutivo, restitución o jurisdicción coactiva; y, que para dicha vigencia se encontraba ejecutando el proyecto urbanístico TORRE MORASURCO.
2. Certificado de existencia y representación legal de fecha 16 de abril de 2021, con renovación de matrícula del 31 de marzo del mismo año y activo total de \$40.000.000.
3. Declaración de renta correspondiente a la vigencia 2020, que resulta coincidente con lo reportado por el revisor fiscal, antes referido.
4. Resolución No. 52001-2-LC-18-0792 del 1º de agosto de 2019, a través de la cual, la Curaduría Urbana Segunda de Pasto concedió licencia de construcción de obra nueva.

b. Frente a OARGOTY CONSTRUCCIONES S.A.S.

1. Certificado emitido frente a la sociedad comercial, por el revisor fiscal MARIO RICARDO REALPE, en el que se lee que la convocada, a 31 de diciembre de 2021 posee un patrimonio líquido por valor de \$505.115.000, el que se encuentra pagado en su totalidad y está representado en activos como efectivo y equivalentes, inventarios, entre otros, además, de no contar con pasivos ni procesos judiciales de carácter ejecutivo, restitución o jurisdicción coactiva; y, que para la vigencia 2020 percibió ingresos operacionales por valor de \$145.860.000 provenientes de la actividad y desarrollo del objeto social.
2. Certificado de existencia y representación legal de fecha 1º de junio de 2021, con renovación de matrícula del 31 de mayo de dicho año y activo total de \$505.115.000.
3. Declaración de renta correspondiente a la vigencia 2020, que coincide con lo reportado por el revisor fiscal.
4. Certificación bancaria de cuenta de ahorros activa a 1º de junio de 2021 y saldo a la fecha de \$40.000.002.

5. Escritura pública No. 240-072170 correspondiente a la compraventa de predio rural por valor de \$120.000.000, celebrada entre BLANCA NANCY CORAL MONCAYO en calidad de vendedora y OARGOTTY CONSTRUCCIONES S.A.S., representada legalmente por OSCAR ALIRIO ARGOTTY CORAL, quien figura como comprador.
6. Resolución No. 04756 del 28 de mayo de 2021, emitida por la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO, por medio de la que se autoriza la suspensión de términos y la no prestación personal del servicio público de la ORIP PASTO, desde dicha data y hasta tanto exista nuevo pronunciamiento.

Así, concluye esta Sala que, contrario a lo aludido por el recurrente por activa, las documentales arimadas al proceso, en efecto, demuestran solvencia por parte de las convocadas al acreditarse la ejecución del objeto social, aún con posterioridad a la ocurrencia de los hechos objeto de litigio, así como la imposibilidad del registro de la compraventa que figura en la escritura pública No. 240-072170 por ordenarlo expresamente la entidad registradora; y, la consideración de que ello no demuestra liquidez a futuro, como lo señala quien representa los intereses de los demandantes, no tiene asidero, toda vez que la procedencia de la medida cautelar de caución, como antes se señaló, se encuentra sujeta a que se demuestren actos tendientes a insolventarse en el curso del proceso y no a supuestos, pues de acogerse los planteamientos de la parte actora, en todo proceso resultaría viable la imposición de estas medidas excepcionales, que como ya se adujo no es del caso.

Corolario de lo anterior, este Cuerpo Colegiado comparte la decisión del Juez cognoscente, que resolvió no imponer la medida cautelar impetrada, en tanto el demandante no se ocupó de la carga probatoria que le atañe, esto es, que las convocadas se encontraban ejerciendo actos tendientes a insolventarse o impedir la efectividad de una eventual condena y por el contrario, se acreditó que la pasiva goza de solvencia económica, se está capitalizando, ha adquirido nuevos inmuebles, proyectos y posee capital suficiente para asumir obligaciones a su cargo. Por tanto, la decisión adoptada en tal sentido será confirmada en su integridad, por no apartarse del ordenamiento jurídico.

2.3. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme se desata el recurso de alzada formulado por los convocantes a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a su exclusivo cargo y en favor de las demandadas CONSTRUCCIONES ARGOTTY S.A.S y OARGOTTY CONSTRUCCIONES

S.A.S., fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1smImv, esto es \$1.000.000, distribuidos en el 50% para cada una de las sociedades, que serán liquidadas de forma concentradas por el juzgado de procedencia, como lo ordena el artículo 366 del C.G. del P.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, SALA DE DECISIÓN LABORAL,**

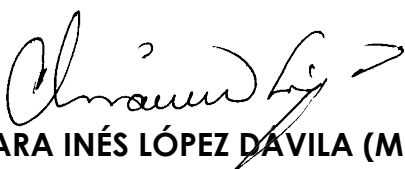
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR íntegramente el auto proferido el 3 de junio de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por la parte activa de la Litis, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a cargo de los convocantes a juicio y a favor de las demandadas CONSTRUCCIONES ARGOTTY S.A.S y OARGOTTY CONSTRUCCIONES S.A.S., fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1smImv, esto es \$1.000.000, distribuidos en el 50% para cada una de las sociedades, que serán liquidadas de forma concentradas por el juzgado de procedencia, como lo ordena el artículo 366 del C.G. del P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS** insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105002-2019-00562-01 (021)

ACTA No. 562

San Juan de Pasto, nueve (9) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante que se declare en forma principal, por esta vía ordinaria laboral, la ineficacia del traslado o afiliación al RAIS promovida por PORVENIR S.A. en junio de 1995 y que es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por lo que solicita condenar a las demandadas al pago de costas, así como el reconocimiento de los derechos extra y ultra petita. Subsidiariamente solicita que se declare la ineficacia del traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A., se condene a las demandadas al pago de costas procesales y se reconozca los derechos extra y ultra petita.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 1º de enero de 1955, que inició su vida laboral en mayo de 1986 efectuando aportes a la Caja de Previsión Distrital y que, el 30 de junio de 1995, sin mediar asesoría idónea se trasladó a la AFP PORVENIR S.A.

Refiere que en septiembre de 1995 solicitó ante PORVENIR S.A. su desvinculación al RAIS, siendo atendida hasta el año 2002, realizando aportes en el RPMPD a partir de abril de 2003; que el 13 de septiembre de 2019, solicitó ante PORVENIR S.A. la ineficacia de su afiliación al RAIS, enviando copia a COLPENSIONES la cual fue atendida por ésta última señalando que se encontraba válidamente afiliada a dicha entidad.

Señala que el perjuicio ocasionado se evidencia en la pérdida de la mesada 14 y el régimen de transición del que resulta beneficiaria por edad.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, afirma que la demandante se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. y más adelante, a la AFP Colmena, hoy PROTECCIÓN S.A., retornando al RPMPD el 25 de junio de 2002, por ello, no resulta posible que retorne a un régimen al cual ya no pertenece. Indica que para no perder los beneficios transicionales como consecuencia del traslado, debía acreditar 15 años de servicios o semanas cotizadas al 1º de abril de 1994, pero ello no ocurrió pues cuenta con 81,86. Con fundamento en ello formuló la excepción previa de “falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa” y las de fondo que denominó “prescripción”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Porvenir S.A ante Colpensiones, en caso de ineficacia del traslado de régimen”, “responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social”, “cobro de lo no debido”, “inexistencia de la obligación”, “buena fe”, “imposibilidad de condena en costas”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, entre otras.

Por su parte, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., expone que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria después de brindarle asesoría e información, la que estaba disponible y era obligatoria en ese momento para las administradoras. Indica que mantuvo a la afiliada informada de su situación pensional a través de comunicaciones escritas, cumpliendo de esta manera con el deber de adelantar gestiones en su beneficio. Con fundamento en lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada.

De igual manera interviene el Ministerio Público para exponer que la AFP demandada debe acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar, de esa manera, que el afiliado contó con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y éste resulte válido. Finalmente, solicita practicar interrogatorio de parte a la demandante.

Mediante auto de 28 de junio de 2021, el juez cognoscente declaró probada la excepción previa de “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios” propuesta por PORVENIR S.A. y, en consecuencia, ordenó la integración de la Litis con la AFP PROTECCIÓN S.A. quien al contestar el escrito genitor afirmó que la actora solicitó vinculación a la AFP, la cual es válida y eficaz. Agrega que no es beneficiaria del Régimen de Transición por no contar con los requisitos de edad ni tiempo de servicios, resaltando que, de conformidad con el certificado de ASOFONDOS, la demandante se encuentra afiliada a COLPENSIONES desde el 25 de junio de 2002, por lo que resultan fuera de lugar las pretensiones incoadas.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 20 de enero de 2022, absolvió a las convocadas a juicio de las pretensiones principales y subsidiarias relacionadas con la ineficacia de traslado. Por otra parte, condenó a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez a la actora, en cuantía de \$3.271.537 con los respectivos reajustes anuales, el retroactivo indexado del periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 2019 y el 31 de diciembre de 2021 y la autorizó para deducir de éste el porcentaje con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud de la demandante; declaró no probadas las excepciones de mérito planteadas por COLPENSIONES condenándola en costas a favor de la convocante, quien a su vez las asumirá frente a las accionadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Para asumir tal determinación, respecto de la ineficacia de traslado, señaló que la demandante ya había retornado de PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, como se extrae de la resolución GNL 147432 de 20 de mayo de 2015 y de la certificación del SIAFP, agregando que ya le reconocieron la pensión de vejez conforme el art. 33 de la Ley 100

de 1993 con sus modificaciones, lo que impide declarar la ineficacia pretendida por contar con una situación jurídica consolidada.

Frente al reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen de transición señaló que la demandante nació el 1º de enero de 1955 y a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 contaba con 39 años y tres meses de edad, haciéndola beneficiaria de la transición que mantiene hasta el 31 de diciembre de 2014, pues al 29 de julio de 2005 tenía más de 750 semanas de cotización, por ello, la prestación pensional debe otorgarse bajo las exigencias del Acuerdo 049 de 1990.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA COLPENSIONES

La apoderada judicial de la administradora del RPM expone su desacuerdo con la decisión, en procura de su revocatoria, ratificando los argumentos esbozados desde la contestación de la demanda; esto es, que de la ineficacia de traslado realizado al RAIS, éste se presume válido y trae como consecuencia la pérdida de los beneficios del régimen de transición, excepto para aquellos afiliados que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con 15 años de servicios o semanas cotizadas, situación que no se acredita en el presente asunto, de manera que la pensión reconocida por COLPENSIONES se encuentra conforme a derecho

Agrega que de confirmarse la condena, se debe revocar el reconocimiento del retroactivo pensional, pues tal como lo aceptó la demandante en el interrogatorio de parte, actualmente ostenta la calidad de empleada pública vinculada a la Contraloría Departamental de Nariño, por tanto la inclusión en nómina se encuentra supeditada a la renuncia o retiro de dicha entidad.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión objeto de apelación por COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia. Igualmente, asumirá el grado jurisdiccional de consulta a favor del mismo fondo, por cuanto la decisión adoptada por el fallador de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 13, numeral 1°. del Decreto 806 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de la demandada COLPENSIONES, la demandante y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial del 9 de marzo de 2022.

La apoderada judicial de la llamada a juicio COLPENSIONES, insiste en la revocatoria del fallo proferido, específicamente en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez, pago de retroactivo pensional e imposición de condena en costas, señalando para ello que de conformidad con el criterio de la Corte Constitucional plasmado en sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-130 de 2013, se determinó que el traslado de régimen pensional, trae como consecuencia la pérdida de los beneficios transicionales, excepto para aquellos afiliados que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaran por lo menos con 15 o más años de servicio o cotizaciones, criterio que también se acompasa con el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y que no se acredita en el presente caso.

Agrega que es contrario a derecho imponer una condena que no fue objeto de debate dentro del trámite judicial y que administrativamente ya fue resuelta a través de la Resolución No. 147432 de 20 de mayo de 2015, la cual goza de presunción de legalidad al no haber sido impugnada, ni revocada y no constituir uno de los puntos de la Litis. Señalando, finalmente, que no hay lugar al reconocimiento y pago por concepto de retroactivo pues la actora no acredita su retiro del servicio.

El apoderado judicial de la parte demandante solicita confirmar la sentencia de primer grado en todas y cada una de las condenas impuestas, pero se absuelva a su poderdante de la imposición de costas a favor de las demandadas.

Por último, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, sostiene que en el presente caso se absolvió respecto de la pretensión de ineficacia del traslado, lo que conlleva a tener como válido dicho acto jurídico y los efectos previstos en el inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; es decir, la pérdida del Régimen de Transición que no se recupera para la actora por cuanto a la entrada en vigencia de la citada normatividad no contaba con 15 años de servicios, sino 528 semanas de cotización.

Por esta razón, la pensión de vejez debe ser reconocida con base en las reglas del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal como lo hizo COLPENSIONES, pero si la decisión de primera instancia se confirma, el retroactivo pensional deberá concederse desde el retiro efectivo del servicio, pues del interrogatorio de parte se desprende que la demandante aún es servidora pública en la Contraloría Departamental de Nariño. En consecuencia, solicita que la decisión impartida en primera instancia sea revocada íntegramente para, en su lugar, absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en la demanda; pero, si en gracia de discusión se aceptan los beneficios del régimen de transición, pide revocar la condena respecto del retroactivo concedido.

CONSIDERACIONES

Conforme lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿La demandante conservó el Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pese a su traslado al RAIS y posterior retorno al RDPMPD? De ser positiva la respuesta a este primer planteamiento ii) ¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por el operador judicial de primera instancia, quien condenó a la demandada COLPENSIONES al pago de la prestación pensional bajo el régimen transicional (Acuerdo 049 de 1990) y el retroactivo pensional?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

A fin de desatar los anteriores planteamientos, es oportuno para esta Sala de Decisión, recordar que el artículo 66A del C.P.T. y S.S., consagra: *“La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.”*

Lo anterior implica que el juez de segundo grado, debe decidir dentro del marco fijado en el recurso de apelación interpuesto, es decir, sólo tiene competencia para examinar los aspectos que se hayan controvertido, advirtiendo en el caso bajo estudio que el juez cognoscente absolvió a las demandadas de las pretensiones relacionadas con la ineficacia de traslado y, como este punto no fue objeto de inconformidad por activa o pasiva, no podrá ser objeto de pronunciamiento judicial, pues como se reitera, el estudio que se abordará, se delimita por la posición que cada una de las partes asume.

Así, en el caso bajo estudio, no se discuten los siguientes supuestos fácticos: **i)** Que la demandante nació el 1° de enero de 1955, **ii)** Que la afiliación al RPM, con cotizaciones efectivas, data de 1977, **iii)** Que se trasladó del RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A., mediante formulario de afiliación de 30 de junio de 1995, con efectividad 1° de julio de 1995, **iv)** Que posteriormente se trasladó de PORVENIR S.A. a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. mediante formulario de afiliación de 17 de marzo de 1997 y efectividad 1° de mayo del mismo año, y, finalmente, **v)** Que se trasladó de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, el 25 de junio de 2002.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que la Ley 100 de 1993, que regula el Sistema General de la Seguridad Social, en su artículo 36, prevé un régimen de transición aplicable a aquellas personas que a la fecha de su entrada en vigencia (1° de abril de 1994 o 30 de junio de 1995 para los servidores públicos de nivel departamental, municipal y distrital), reunían bien sea quince o más años de servicios cotizados o contaran con 40 o más años de edad, en el caso de los hombres o 35 años o más, en el caso de las mujeres, lo que les permite conservar las condiciones de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y porcentaje de pensión, establecidos en las normas que a esa fecha les resultaban aplicables.

Por tanto, quienes cumplían estos requisitos tenían la expectativa de pensionarse con el régimen al cual se encontraban afiliados con anterioridad a la vigencia de la precitada Ley 100 de 1993, esto es: Ley 33 de 1985, para quienes laboraron en forma exclusiva en el sector público; Ley 71 de 1988, para quienes además de laborar en este sector efectuaron aportes al I.S.S.; y, el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, emanado del extinto ISS, hoy COLPENSIONES. Tal beneficio, por disposición del Acto Legislativo No. 001 de 2005, sólo podía hacerse efectivo hasta el 31 de julio de 2010; *“excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presenta acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”* (Parág. transitorio 4).

Adicionalmente sobre la materia, la Ley 100 de 1993 en su artículo 36, incisos 4° y 5°. y la sentencia C-789 de 2002 cuando se pronunció sobre la exequibilidad de dichos incisos, disponen que el régimen de transición se pierde cuando el afiliado se acoja al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS; no obstante, las personas que decidan retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán recuperarlo siempre y cuando el afiliado cuente con al menos quince años o más de servicios al

momento de la entrada en vigor de la ley en cita. En este mismo sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL563- 2013 reiterada en la sentencia SL4879-2020, en las que se señaló:

“Sobre dicha controversia ya se ha pronunciado la Corte, de manera uniforme. Así mediante sentencia del 31 de enero de 2007, Radicado 27465 y además, en la del 10 de agosto de 2010, Radicado 37174, en la que se puntualizó que la transición sólo se mantiene por razón del tiempo de servicios y no por la edad, así:

(...) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció dos formas de acceder al régimen de transición consagrado en esa disposición: edad o tiempo de servicios. Esas condiciones fueron disyuntivas: la una o la otra, permitían el amparo del régimen.

(...) Ahora bien, la norma en comento en los incisos 4° y 5° estableció que el régimen de transición se perdía por el traslado al régimen de ahorro individual, caso en el cual dichas personas quedarían sujetas a las condiciones previstas para ese régimen.

No obstante, en aquellas hipótesis en que el afiliado beneficiario del régimen de transición luego del traslado al régimen privado, decide retornar al de prima media, de conformidad con los citados incisos recupera la transición, siempre y cuando hubiera adquirido los beneficios del régimen en razón del tiempo de servicios o número de cotizaciones, esto es, haber prestado servicios o cotizado por 15 ó más años con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.”

Esclarecido lo anterior y descendiendo al caso materia de análisis, se tiene a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993; esto es, 30 de junio de 1995 para servidores públicos de nivel departamental, en el caso de la actora, la misma contaba con 40 años de edad, toda vez que nació el 1° de enero de 1955, como se desprende del documento obrante a folio 280 del expediente, por consiguiente, al Juez Plural no le cabe duda que en principio la demandante resultaba beneficiaria del Régimen de Transición.

No obstante, como antes se anotó, sin que fuere objeto de reproche, la actora realizó acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., mediante formulario de afiliación de 30 de junio de 1995 (fl. 34 del exp. digital); posteriormente se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. mediante formulario de afiliación de 17 de marzo de 1997 (fl. 659); y finalmente retornó al RPM hoy administrado por COLPENSIONES, el 25 de junio de 2002 (fl. 662), situación que conlleva a verificar si la demandante acreditó 15 años o más de servicios a 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigor del sistema general de pensiones para el caso de la actora, a fin de establecer si **recuperó** el régimen de transición.

Puestos en tal tarea, esta Sala de Decisión realizó el respectivo conteo de semanas con base en la historia laboral arrimada al plenario (que se anexa a la presente decisión), la cual arroja un total de 528.74 semanas, algo más de 10 años pero sin alcanzar los 15 exigidos en la norma en cita y por ello, contrario a lo concluido por el juzgador de primer grado, la demandante no recuperó el Régimen de Transición que perdió con el referido traslado de régimen pensional, siguiendo los lineamientos legales y jurisprudenciales que orientan la materia.

Por lo brevemente expuesto, se modificará el numeral primero de la decisión de primera instancia, se revocará íntegramente el numeral segundo y, en su lugar, se declararán probadas las excepciones de mérito denominadas “cobro de lo no debido” e “inexistencia de la obligación” propuestas por COLPENSIONES.

Adicionalmente se modificará el numeral CUARTO para señalar que la demandante es quien se encuentra a cargo de las costas procesales a favor del fondo público pensional, por tratarse de una condena objetiva que estará a cargo exclusivo de quien resulte vencido en el proceso, cuyas agencias en derecho se fijarán en cuantía de $\frac{1}{2}$ smlmv, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

Queda de esta manera atendido el punto que suscitó inconformidad por la pasiva de la Litis, sin que resulte procedente adentrarse en el infructuoso estudio del restante problema jurídico.

2.3. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme se desata el recurso de apelación formulado por el fondo público traído a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de la demandante MELIDA TERESA SALAS GOMEZ a favor de COLPENSIONES, fijando las agencias en derecho en el equivalente $\frac{1}{2}$ salario mínimo legal mensual vigente; esto es, \$500.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 20 de enero de 2022, objeto de apelación y grado jurisdiccional consulta, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

*“**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas **ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, de todos los cargos y pretensiones relacionados de manera principal y subsidiaria en el escrito de demanda, perseguidos por **MELIDA TERESA SALAS GOMEZ**, de conformidad con los argumentos contenidos en esta decisión.”*

SEGUNDO. REVOCAR en su integridad el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y grado jurisdiccional consulta, conforme a las consideraciones que anteceden.

TERCERO. MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia, con base en lo antes expuesto, el cual quedará del siguiente tenor:

*“**TERCERO: DECLARAR** probados los medios exceptivos de defensa propuestos por la demandada COLPENSIONES denominadas “cobro de lo no debido” e “inexistencia de la obligación”.*

CUARTO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia objeto alzada por pasiva, el cual quedará así:

*“**CUARTO: CONDENAR** en costas de primera instancia a la parte demandante **MÉLIDA TERESA SALAS GÓMEZ** a favor de las demandadas **PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, fijando las agencias en derecho en cuantía equivalente a 1/2 smlmv; esto es, \$ 500.000, para cada una de ellas”.*

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

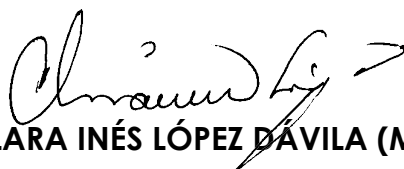
SEXTO. ANEXAR a esta decisión el cuadro contentivo al conteo de semanas al que se hizo referencia en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a la parte demandante MELIDA TERESA SALAS GOMEZ a favor de la demandada COLPENSIONES, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1/2 smlmv; esto es, \$500.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia como lo ordena el art. 366 del

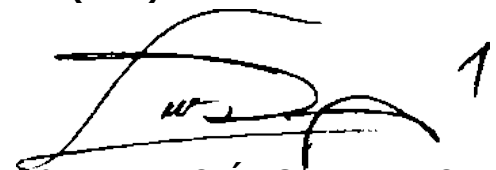
C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUÍS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

[illegible]

[illegible]

DESDE	HASTA	S/CONTEO TRIBUNAL SUPERIOR
06-12-77	01-07-79	80,45
16-05-86	28-08-89	170,91
01-09-89	31-07-90	47,87
20-09-90	30-01-92	73,88
01-07-92	30-06-94	104,32
TOTAL		477,44

DESDE	HASTA	S/CONTEO TRIBUNAL SUPERIOR
06-12-77	01-07-79	81,88
16-05-86	28-08-89	171,63
01-09-89	31-07-90	47,73
20-09-90	30-01-92	71,17
01-07-92	30-06-95	156,34
TOTAL		528,74

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105002-2020-00123-02 (036)

ACTA No. 563

San Juan de Pasto, nueve (09) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **SANTIAGO SERGIO JOSÉ ANTONIO CRUZ ZAMORANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**.

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se condene al fondo público pensional, COLPENSIONES, al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez reconocida a su favor, los intereses moratorios o indexación, en caso de no proceder estos últimos y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que mediante fallo judicial de 27 de octubre de 2017, proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto y confirmado por esta Sala de Decisión con providencia de 31 de mayo de 2018, se nulitó la afiliación realizada al RAIS a través de PORVENIR S.A.; que en agosto de 2018 radicó la cuenta de cobro para el cumplimiento de dicha condena y que, en diciembre del mismo año, solicitó a sus empleadores concluir con las cotizaciones destinadas al Sistema General en Pensiones por cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Agrega que el 29 de enero de 2019, inició proceso ejecutivo laboral a fin de obtener el cumplimiento de la orden judicial y el 23 de marzo del mismo año, instauró acción de tutela con el mismo propósito; que por la tardanza en la ejecución de esta decisión, tan

solo el 5 de julio de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, siendo resuelta por COLPENSIONES el 18 de septiembre de 2019, para informar que en la base de datos figuraba con el estado "ACTIVO COTIZANTE", en tanto laboró con la Fundación Valle de Lili, Universidad Pontificia Javeriana y Universidad Libre y de los dos primeros no se reportó novedad de retiro. Finalmente el derecho se reconoció con Resolución No. SUB306436 de 8 de noviembre de 2019, con disfrute a partir de 1° de diciembre de esa misma anualidad.

Aduce que su principal empleador – Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E.- reportó el retiro del sistema para el periodo diciembre de 2018, la Universidad Javeriana no lo hizo pero efectuó la última cotización en enero de 2019 y la Fundación Valle de Lili en febrero de ese mismo año. Por parte de la Universidad Libre en mayo de 2019 y la Universidad ICESI, efectuó el último aporte y retiro en noviembre de 2018 repitiéndolo en mayo del siguiente año.

Informa que la demandada no lo requirió, ni tampoco a sus empleadores, para que formalicen la novedad de retiro, aun cuando por reunir los requisitos pensionales con régimen de transición desde el 25 de julio de 2014, no se encontraba obligado a continuar cotizando al sistema.

Señala, por último, que tiene derecho al reconocimiento de la prestación desde el 1° de enero de 2019 cuando informó a sus empleadores el deseo de pensionarse; o, en su defecto, desde el 1° de junio de la misma anualidad con el retroactivo que corresponda, situación que informó a la administradora a través de recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución No. SUB306436 de 8 de noviembre de 2019, las cual se resolvió con Resolución No. DPE 3255 de 24 de febrero de 2022, que modifica la decisión y reconoce el retroactivo a partir del 3 de noviembre de 2019.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al igual que al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. La demandada la contestó en forma oportuna a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas por activa, aceptando que el actor tiene derecho al pago del retroactivo pero únicamente por los periodos siguientes al 3 de noviembre de 2019, por ser ésta la fecha de retiro efectivo del sistema y así se encuentra reconocida. Propuso en su defensa los

medios exceptivos que denominó “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “buena fe”, “prescripción”, “imposibilidad de condena en costas”, entre otras.

1.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, inicialmente resolvió el proceso mediante audiencia de juzgamiento de 21 de julio de 2021; no obstante, la parte resolutive no quedó debidamente registrada en audio y video por lo que se repitió el 10 de diciembre del mismo año, diligencia en la que declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez entre del 5 de julio y el 2 de noviembre de 2019, en cuantía de \$50.299.315 más la indexación por valor de \$2.853.585; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLPENSIONES.

Para arribar a tal determinación consideró que si bien algunos empleadores del actor dejaron de cotizar entre enero y marzo de 2019, otros lo hicieron hasta junio de dicho año y por ello aplica el precedente jurisprudencial que dispone que para el disfrute de la pensión deprecada se requiere la desafiliación formal del sistema o, en su lugar, existen ciertas actividades de las que se puede inferir tal intención, entre las que se encuentra dejar de cotizar y solicitar el reconocimiento de la prestación. Este último elemento, que marca el momento a partir del cual se reconoce el retroactivo de la pensión, ocurrió el 5 de julio de 2019, por lo que los intereses moratorios no proceden pues entre la solicitud de la pensión de vejez y su reconocimiento no transcurrió el término legal otorgado a la administradora pensional, por lo que reconoció la indexación a la fecha en que se profiere la decisión que puso fin a la primera instancia.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada, quien representa los intereses de la parte convocante solicita su modificación, en tanto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia cambió su postura respecto de la imposición de los intereses moratorios, disponiendo que obedecen a un criterio objetivo, esto es, basta verificar si se ha realizado en tiempo o no el pago oportuno de la prestación pensional sin considerar para ello las conductas que hubieren asumido las administradoras y si bien para el despacho su no gravamen obedece a que el trámite se surtió dentro del término legal (no superior a los 4 meses), lo cierto es que existe una tardanza en el pago de las mesadas por el no reconocimiento del retroactivo al menos desde el 5 de julio de 2019.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión inconforme en vía de apelación por la parte demandante, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público pensional, por cuanto la decisión adoptada por la falladora de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de la parte demandante, la demandada COLPENSIONES y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial de 5 de septiembre de 2022.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a través de su agente, se ratifica en las razones de defensa esbozadas con la contestación de la demanda, aduciendo que para el reconocimiento del retroactivo pensional, según lo dispuesto en la norma y la circular interna No. 1, es necesario acreditar el retiro con el último empleador, así, cuando la entidad revisó la historia laboral del actor, encontró que durante el año 2019 laboró con la Fundación Valle de Lili, la Universidad Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad Libre, pero los dos primeros no reportaron novedad de retiro, por tanto, no es procedente el reconocimiento monetario deprecado.

Por su parte, la apoderada judicial del demandante reitera la solicitud de modificación de la sentencia proferida por el despacho, para que, en su lugar, se condene al pago de intereses moratorios, de conformidad con el precedente jurisprudencial dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala, solicitó confirmar la sentencia de primer grado en cuanto reconoció el retroactivo pensional, pero que se revoque la indexación concedida para, en su lugar, ordenar el pago de los intereses de

mora, debiendo adicionar, además, la autorización del descuento con destino al subsistema de salud.

CONSIDERACIONES

Conforme lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por la operadora judicial de primera instancia, quien reconoció la pensión de vejez a favor del demandante a partir del 5 de julio de 2019 y el correspondiente pago del retroactivo hasta el 2 de noviembre de 2019? ii) ¿Proceden los intereses moratorios en lugar de la indexación ordenada en primera instancia, por la mora en el pago del retroactivo pensional, como lo aduce el recurrente por activa?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. RETROACTIVO PENSIONAL

Antes de abordar el estudio del problema toral en la presente causa judicial, es preciso advertir que se excluye del debate procesal, por encontrarse debidamente acreditado, que el demandante ostenta la calidad de pensionado, calidad reconocida por COLPENSIONES mediante Resolución SUB306436 del 8 de noviembre de 2019, bajo las égidas del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1º de diciembre de 2019 ante la ausencia de la novedad de retiro. Tal decisión se modificó parcialmente mediante Resolución DEP 3255 de 24 de febrero de 2020, reconociendo el retroactivo pensional a partir del 3 de noviembre de esa misma anualidad. Tampoco es materia de discusión el monto de la pensión de vejez.

Advertido lo anterior, la controversia se centra en determinar la data en la que el demandante debió disfrutar del derecho pensional que ahora ostenta, por cuanto previo a la solicitud prestacional, requirió el cumplimiento de los fallos judiciales a su favor en virtud de los cuales se declaró la nulidad de afiliación al RAIS con las consecuencias del mismo, además de indicar a sus respectivos empleadores el cumplimiento de los requisitos pensionales y la necesidad de suspender las cotizaciones al sistema general en pensiones; empero, ello ocurrió en diferentes momentos y oportunidades.

Ahora, para desatar tal litigio, el Juez Colegiado precisa que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, exige la **desafiliación** al sistema del cotizante para que se pueda disfrutar de la respectiva pensión y para su

liquidación, se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

Y si bien ello ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Laboral (sentencia 13425 del 24 de marzo de 2000), también ha direccionado que los jueces, en su labor de resolver los asuntos sometidos a su consideración, debe estudiar las situaciones particulares y excepcionales. La Alta Corporación en sentencia SL-163-2018 (M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), soportada en la SL5603-2016, así lo expuso:

*“Ello, se ha establecido en casos en los que el demandante despliega alguna conducta tendiente a no continuar vinculado al sistema, como lo sería el cese de las cotizaciones (CSJ SL 35605, 20 oct. 2009; CSJ SL4611-2015), o cuando pese a no haber desafiliación del sistema, **el juzgador advierte su voluntad de no seguir vinculado al régimen pensiones, por ejemplo, porque dejó de cotizar y solicitó la pensión de vejez** (CSJ SL5603-2016); o en casos en que la entidad de seguridad social fue renuente al reconocimiento de la prestación a pesar de ser solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos (CSJ SL 34514, 1.º sep. 2009; CSJ SL 39391, 22 feb. 2011; CSJ SL15559-2017)”* (negritas fuera de texto).

Ahora bien, respecto de la posición asumida por la jueza cognoscente para acceder a las pretensiones del actor, señala este Cuerpo Colegiado que la misma no merece reproche alguno, pues luego de analizar la línea interpretativa que en torno al tema ha trazado la Sala de Casación Laboral de nuestro Máximo Órgano de Cierre Jurisdiccional y del estudio acucioso de la historia laboral arrimada al plenario (PDF 07.1 fls. 434 y ss), junto con los trámites adelantados por el demandante para acceder a la pensión de vejez, se extrae que para el año 2019 el Sr. CRUZ ZAMORANO se encontraba laboralmente vinculado con la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, entidad que reportó la novedad de retiro en marzo de 2019; con la UNIVERSIDAD LIBRE, con retiro junio de 2019; con la UNIVERSIDAD ICESI, con reporte de retiro mayo de 2019, replicado en noviembre de esa misma anualidad, en la que se lee *“No registra la relación laboral en afiliación para este pago”*. Queda pendiente, únicamente, el reporte de la FUNDACIÓN VALLE DE LILI, quien dejó de cotizar a partir de marzo 2019 y cuya voluntad de no seguir vinculado al régimen de pensiones se complementa con la solicitud de la pensión de vejez, esto es, 5 de julio de 2019. Por esta razón el reconocimiento de la prestación debió darse a partir de la referida data y no desde el 2 de noviembre de 2019 como erradamente lo hizo la convocada a juicio, por lo que la conclusión a la que arribó la juzgadora cognoscente se confirmará, como antes se anunció.

Así las cosas, por concepto de retroactivo pensional se obtiene la suma de \$ 40.205.919, como se desprende del cuadro anexo al presente proyecto, misma que por resultar inferior a la decidida en primera instancia impone modificar el numeral segundo de la parte resolutive, por favorecer los intereses de la beneficiaria del grado jurisdiccional de consulta; autorizando, además, para que COLPENSIONES descuente del monto reconocido al demandante, los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con el porcentaje establecido en la ley.

2.2.2. INTERESES MORATORIOS

Ahora bien, la apoderada judicial de la parte actora solicita acceder al pago de los intereses moratorios, conforme los recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en un cambio de postura, señaló que la imposición de tal concepto procede bajo un criterio objetivo, esto es, posterior a la verificación del retraso en el pago de la prestación pensional incoada. No obstante, este punto de inconformidad no será abordado por parte de esta Sala de Decisión por no guardar congruencia respecto del petitum del escrito inicial, pues de su acuciosa lectura se extrae las pretensiones del siguiente tenor:

*“(…) **SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- a RECONOCER Y PAGAR los intereses moratorios por hacer cancelado de manera tardía las mesadas que le correspondían.***

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- a RECONOCER Y PAGAR la indexación del retroactivo adeudado, en caso de no reconocerse los intereses moratorios”.

Así las cosas, como en primer grado se concedió la indexación sobre el retroactivo pensional, tal como fue solicitado por activa, esto es, en caso de no prosperar los intereses moratorios, no puede ahora, a través del recurso de alzada, atacar la decisión de primer grado y pedir el reconocimiento de estos últimos porque le resultan más beneficiosos, cuando desde el petitum planteó las pretensiones tanto de intereses moratorios e indexación, como pretensiones principales, evento en el cual le es dable al fallador elegir la que considere más viable, como en efecto ocurrió y ello, sin necesidad de mayores elucubraciones, resulta congruente con lo pedido.

Es que recuérdese, la Sala de Casación Laboral de vieja data, en sentencia CSJ SL 21 de mayo de 2010, rad. 33866, señaló:

“Tal como lo ha explicado esta Sala de la Corte, de seguro, con el propósito de salvaguardar el derecho de defensa de los contendientes judiciales, el artículo

305 del estatuto que gobierna los ritos civiles –aplicable al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, merced a la preceptiva de su artículo 145, claro que con la morigeración atinente a la facultad del juez laboral de única o de primera instancia de proferir decisiones extra o ultra petita- la sentencia debe guardar armonía o consonancia “con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y que hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.

De manera que la determinación de la congruencia o incongruencia tiene como parámetros de comparación: a) La sentencia enfrentada con las pretensiones y los hechos planteados en la demanda; y b) La sentencia confrontada con las excepciones, a condición de que aparezcan probadas y hubiesen sido propuestas, si así lo reclama la ley.

Es el cotejo de la sentencia con las pretensiones, al igual que con las excepciones, y los fundamentos fácticos de las unas y de las otras, lo que define si el pregón de incongruencia que se lanza sobre el fallo es fundado o no.

Simplemente, hay que mirar en la demanda las pretensiones –es decir, el bien o bienes jurídicos perseguidos por el demandante que, en virtud de la ley sustancial, le deben ser reconocidos por el demandado- y los hechos en que se soportan aquéllas –esto es, el sustento fáctico, la causa petendi-. Luego, examinar la sentencia para ver de establecer si respetó o no ese marco trazado en la demanda.

Igual contraste cabe realizar entre la demanda y las excepciones. Ese, se repite, es el sencillo ejercicio que debe hacerse. De tal suerte que cualquier otro elemento, factor o circunstancia no constituye un extremo de comparación, en el horizonte de establecer si la sentencia es congruente o no”.

Quedan de esta manera atendidos los problemas jurídicos planteados para desatar la presente Litis.

2.2.3. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR COLPENSIONES

La demandada COLPENSIONES, al contestar el escrito inaugural, propuso las excepciones de fondo que denominó “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “buena fe”, “prescripción”, “imposibilidad de condena en costas”, entre otras, sin que alcancen prosperidad porque con ellas se buscaba enervar las pretensiones elevadas por la parte activa de la Litis y ello, como ya se analizó, no ocurrió.

2.3. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme se desata el recurso de apelación formulado por la parte convocante, las costas en esta instancia se imponen a su exclusivo cargo, fijando las agencias en derecho en el equivalente a un (1) smlmv; esto es, \$ 1.000.000, que serán liquidadas en forma concentrada por el juzgado de primer grado, como lo dispone el artículo 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas, por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por activa y grado jurisdiccional de consulta, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

*“**SEGUNDO.- CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES- a reconocer y pagar en favor del demandante SANTIAGO SERGIO JOSÉ ANTONIO CRUZ ZAMORANO, el retroactivo pensional por valor de \$40.205.919, causado entre el 5 de julio y el 2 de noviembre de 2019 y calculado sobre la mesada pensional de \$10.059.863, más la indexación del mismo a la fecha de sentencia por valor de \$2.180.364.*

La entidad demandada se encuentra habilitada para deducir el porcentaje correspondiente con con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, sobre el valor del retroactivo pensional reconocido a favor del demandante”.

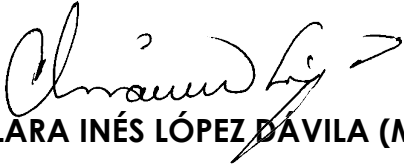
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y revisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de acuerdo con las argumentaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a un (1) smlmv; esto es, \$ 1.000.000, que serán liquidadas en forma concentrada por el juzgado de primer grado, como lo dispone el artículo 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas, por no haberse causado.

CUARTO: ANEXAR a la presente decisión el cuadro aritmético citado en la parte motiva que soporta el derecho pensional a favor del demandante.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone el Decreto No. 806 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO
SALA LABORAL - MAGISTRADA DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO: 2020-00123
 DEMANDANTE SANTIAGO CRUZ
 DEMANDADO COLPENSIONES

MONTO MESADAS ADEUDADAS			
PERIODO MESADAS		NÚMERO DE MESADAS	MESADAS ADEUDADAS
DESDE	HASTA		
5/07/2019	31/07/2019	0,87	\$ 8.718.547,93
1/08/2019	31/08/2019	1	\$ 10.059.863,00
1/09/2019	30/09/2019	1	\$ 10.059.863,00
1/10/2019	31/10/2019	1	\$ 10.059.863,00
1/11/2019	2/11/2019	0,13	\$ 1.307.782,19
		TOTAL	\$ 40.205.919,12

IPC Base 2018: Indexación a junio 2021

PERIODO MESADAS		VALOR MESADA ADEUDADA	NÚMERO DE MESADAS	MESADAS ADEUDADAS	IPC		D. Mesada actualizada	
DESDE	HASTA				INICIAL	FINAL		
5/07/2019	31/07/2019	\$ 10.059.863	0,87	\$ 8.718.547,93	102,94	108,78	\$ 9.213.169	
1/08/2019	31/08/2019	\$ 10.059.863	1	\$ 10.059.863,00	103,03	108,78	\$ 10.621.294	
1/09/2019	30/09/2019	\$ 10.059.863	1	\$ 10.059.863,00	103,26	108,78	\$ 10.597.636	
1/10/2019	31/10/2019	\$ 10.059.863	1	\$ 10.059.863,00	103,43	108,78	\$ 10.580.218	
1/11/2019	2/11/2019	\$ 10.059.863	0,13	\$ 1.307.782,19	103,54	108,78	\$ 1.373.967	INDEXACIÓN
TOTAL				\$ 40.205.919,12			\$ 42.386.284	\$ 2.180.364,49

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105002-2020-00216-01 (394)

ACTA No. 565

San Juan de Pasto, nueve (9) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, que de manera principal se declare la nulidad de la afiliación efectuada a la AFP PORVENIR S.A., por vulnerar el principio de libertad informada. Solicita, en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES acepte su retorno al RPM y que la administradora del fondo privado traído a juicio, traslade los dineros obrantes en la cuenta individual, los rendimientos financieros, utilidades, bonos pensionales, así como los gastos de administración debidamente indexados y demás consecuencias económicas, se apliquen las facultades ultra y extra petita y se condene a las traídas a juicio al pago de las costas procesales. Subsidiariamente solicita se declare la ineficacia del acto jurídico de traslado, con iguales consecuencias condenatorias.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 13 de agosto de 1956 y para efectos pensionales cotizó desde el 3 de julio de 1984 a CAJANAL; que sin mediar asesoría idónea, en junio de 1997, fue trasladada al RAIS a través la AFP HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A. sin conocer las

consecuencias del cambio de régimen pensional ni recibir asesoría sobre su situación pensional antes de cumplir los 47 años.

Agrega que a la fecha ha cotizado más de 1700 semanas, 630 al RPM y 1027 al RAIS y que en simulación de 7 de abril de 2020, se le indicó que a los 65 años podría aspirar a una mesada pensional de \$877.803; empero, de permanecer afiliada al RPM obtendría un beneficio sobre condiciones más favorables.

Finalmente, aduce que el 25 de febrero de 2020 elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando la nulidad del traslado al RAIS para retornar al RPM, la cual se despachó desfavorablemente.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado del régimen tiene plena validez, toda vez que no allegó prueba de vicios del consentimiento o falta de información a la hora de tomar la decisión del mismo. Advierte que el retorno de la actora al RPM se solicitó en forma extemporánea y sobre ello formuló varias excepciones de fondo.

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

1.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 16 de junio de 2022, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional del demandante a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., promovido el 16 de junio de 1997. Declaró, en consecuencia, que para todos los efectos legales la accionante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece, por lo que condenó a la administradora del régimen individual para que traslade a COLPENSIONES, quien igualmente se obliga a recibir, la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos debidamente indexados.

Advirtió que en el evento de existir diferencia entre lo transferido y lo que debía aportar en el RPM, la asumirá la administradora del RAIS con sus propios recursos. Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas por las llamadas a juicio, salvo la imposibilidad de condena en costas a favor de COLPENSIONES, las que se impusieron a cargo de PORVENIR S.A.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA PORVENIR S.A.

Inconforme con esta determinación, la apoderada judicial de PORVENIR S.A. solicita al Juez Colegiado, que la decisión sea revocada y, en su lugar, se absuelva a su representada de las condenas impuestas, incluidas las costas. Sustenta su recurso en que es procedente y así deberá declararse, la prescripción de carácter civil respecto de la acción que gestó este proceso, toda vez que, insiste, el objeto del proceso y la fijación del litigio se circunscribieron a determinar la existencia, validez o ineficacia del acto jurídico de traslado, que efectivamente existió y produjo efectos durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada, haciendo aportes y recibiendo rendimientos financieros en la cuenta individual y, desde luego, la administradora haciendo uso del derecho legal de cobro de la cuota de administración por el trabajo desarrollado y la producción de esos beneficios.

Agrega que la prueba aportada resulta insuficiente, por contar con la simple afirmación de falta de información y un interrogatorio de parte, que recuerda solamente lo que le conviene, olvidando lo que le perjudica, sin que con ello se demuestre la afectación de la voluntad de la demandante, lo que de contera conlleva a la plena validez del acto jurídico del traslado.

Enfatiza en la afectación del principio de congruencia en la que se incurre con la decisión atacada, en tanto si no hay acto jurídico eficaz y la actora nunca salió del RPM, tampoco hay lugar a devolver los rendimientos ni la cuota de administración, o demás consecuencias económicas, pues ellos se generaron gracias a una gestión adecuada, profesional y seria de su representada que, sin duda, se refleja positivamente en la cuenta individual de la accionante y que a la luz del Código Civil se trata de mejoras debidamente regladas, por lo que no es posible retrotraer las cosas al estado anterior, trasladando todas las sumas declaradas.

Resalta el desequilibrio procesal en cuanto a la valoración de la prueba, pues de conformidad con el análisis jurisprudencial efectuado por el juez cognoscente, el solo dicho de la demandante garantiza el éxito de sus pretensiones, sin que las manifestaciones de la entidad demandada merezcan consideración alguna.

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

1.4. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES

La apoderada judicial de la parte demandada COLPENSIONES, a su turno, expone su desacuerdo en procura de que se revoque el fallo de primer orden, ratificando argumentos esbozados desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, insistiendo en que la migración del sistema pensional, para el caso bajo estudio, es improcedente toda vez que la demandante no hizo uso del derecho de retorno dentro del término legal y jurisprudencialmente fijado.

Señala, que el precedente jurisprudencial en torno a la carga dinámica de la prueba no puede aplicarse indistintamente como lo realiza el juzgado, pues cada caso debe contar con un análisis probatorio propio, sin que sea suficiente la sola afirmación de la demandante para invertir la carga probatoria, así, solamente en el evento de tratarse de una persona débil y de escasos conocimientos procede el traslado de manera automática o cuando se demuestre un perjuicio al momento del traslado y no posteriormente cuando no se cumplen sus aspiraciones pensionales, como en el presente caso.

Finalmente aduce que contrario a la dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia del traslado no se produce por la simple falta de afiliación sino porque al momento de efectuar dicho acto jurídico, se genere una afectación para el afiliado, situación que no se da en el particular toda vez que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, no contaba con una expectativa pensional consolidada ni estaba próxima a conseguirla.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por las partes demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público pensional, por cuanto la decisión adoptada por la falladora de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. de la Ley 2213 de 2022, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de la parte demandante, las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial de 31 de octubre de 2022.

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

Por su parte COLPENSIONES, manifiesta a través de su agente judicial, que se ratifica en las razones de defensa esbozadas en la contestación de la demanda, por lo que solicita declarar probadas las excepciones de fondo que conducirán a la exoneración de las condenas impuestas en primera instancia.

Por último, la apoderada judicial de la convocante solicita confirmar la decisión de primer grado, toda vez que en el curso del proceso la AFP demandada no demostró que al momento de efectuarse el acto jurídico de traslado del RPM al RAIS se brindó la asesoría necesaria a fin de comprender los beneficios y perjuicios que ello conllevaba.

CONSIDERACIONES

Conforme lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por el operador judicial de primera instancia, quien declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional de la demandante del RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR S.A.? ii) ¿Igualmente se ajusta al ordenamiento jurídico la declaratoria de ineficacia y el consecuente retorno de la actora al RPM, la devolución de los dineros depositados en su cuenta individual, la distribución de la carga de la prueba, además de los rendimientos financieros, gastos de administración y demás consecuencias económicas? Por último, iii) ¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a cargo de PORVENIR S.A.?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

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

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

1. El deber de las administradoras del RAIS, desde su creación, era ilustrar a sus potenciales afiliados, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, con información cierta, transparente, precisa y oportuna sobre las características de cada uno de los

regímenes pensionales, a fin de que pueda elegir de entre las distintas opciones posibles, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria precedida del respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En otras palabras, era obligación de las administradoras de este régimen desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, artículos 13 literal b), 271 y 272 y con el Decreto 693 de 1993, numeral 1º modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 (disposiciones relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal) y aún lo es, incluso con mayor rigor, garantizar que el usuario, antes de tomar esta determinación de traslado, comprenda las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada una de los regímenes pensionales, lo que incluye hacerle conocer la existencia de unos beneficios de transición y su eventual pérdida. En suma, era de su cargo hacerle conocer toda la verdad, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro, sin que en ningún caso ésta se entienda surtida con el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación.

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

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

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

institución en los artículos 272 de la norma en cita, 13 del C.S.T. y 53 de la Constitución Política.

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

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

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

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

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

En efecto, si el afiliado asegura que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual se acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba; igualmente, en el artículo 1604 del mismo compendio sustantivo, para indicar que le corresponde a la administradora del RAIS acreditar la prueba de la diligencia o cuidado porque es ella quien ha debido emplearlo (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

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

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

2.2.2. CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio PORVENIR S.A., no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible a la demandante Sra. BERNARDITA DEL ROSARIO GUERRERO MARTÍNEZ o al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto no aportó ningún elemento de convicción que permita

siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional y durante el tiempo de permanencia de la afiliada ante la administradora le ilustrara con información clara, completa, comprensible y suficiente acerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurara libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, contrario a lo increpado por las alzadistas por pasiva, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a la sociedad administradora demandada, no por capricho del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019), como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitadamente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta a la demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PORVENIR S.A. incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento. Por una parte, de brindarle a la Sra. GUERRERO MARTÍNEZ la información que reúna estas características a la medida de quien tiene el conocimiento íntegro o probo del tema, como ya se indicó y por otra, la de asesorarla llegando incluso, de ser necesario, a desanimarla de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por la accionante ante PORVENIR S.A., a través de formulario No. 642706 suscrito el 16 de junio de 1997 (fl. 52 PDF 01) y la historia laboral, determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, la demandante siempre estuvo vinculada al RPMPD al cual se afilió válidamente el 3 de julio de 1984 (PDF 34), a través CAJANAL, igualmente a cargo de

este régimen pensional a la luz de lo establecido en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, reglamentado en el artículo 34 del Decreto 692 de 1994, con la posibilidad de acceder a los beneficios pensionales que el sistema ofrece.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, como acertadamente lo hizo el operador judicial de primer grado, que PORVENIR S.A. – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-, tiene la obligación de trasladar a la ejecutoria de la presente decisión y sin dilación alguna, con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media, la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual de la actora, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, los bonos pensionales (si hay lugar a ellos) y demás sumas de dinero recaudadas; y a cargo de COLPENSIONES, la de recibirlos y actualizar, en lo pertinente, la historia laboral como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

Se avala igualmente, la orden impuesta a la demandada PORVENIR S.A., de devolver ante COLPENSIONES, debidamente indexados, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los gastos de administración y/o comisiones, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dichos fondos, por encontrarse ajustado a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020, SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en la última sentencia citada y en la SL 3719 de 2021.

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

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

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

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

2.2.3. COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA

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

En todo caso, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso.

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

2.2.4. EXCEPCIONES

Por último, se confirmará la denegación de las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió. La misma suerte corre la de prescripción, pues según lo ha manifestado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional en sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado es meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible.

2.3. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme de desatan los recursos de apelación formulados por las traídas a juicio, la condena en costas en esta instancia a favor de la promotora de la Litis estará a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, para cada una de ellas, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

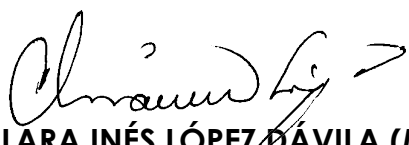
RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 18 de junio de 2022, objeto de apelación y consulta, conforme las consideraciones que anteceden.

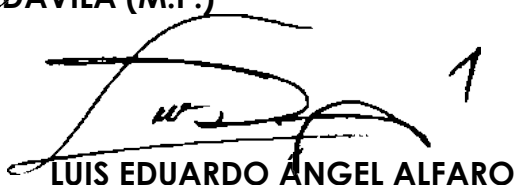
SEGUNDO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; para cada una de ellas, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

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

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003-2021-00375-01 (346)

ACTA No. 566

San Juan de Pasto, nueve (9) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante, por esta vía ordinaria laboral, se declare la ineficacia del acto jurídico de traslado al RAIS, través de la AFP HORIZONTE S.A. y PROTECCIÓN S.A. En consecuencia, se le permita retornar al RPM administrado por COLPENSIONES y que en favor de esta última se trasladen todos los valores de la cuenta individual constituida por aportes, cuota de manejo, bonos pensionales, frutos e intereses, con su debida indexación; por último, solicita se condene en costas a las convocadas al proceso.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 24 de diciembre de 1965; que para efectos pensionales realizó cotizaciones al extinto ISS, desde septiembre de 1990 hasta mayo de 1994, cuando, sin mediar asesoría idónea se trasladó del RPM al RAIS, a través de la AFP HORIZONTE S.A.

Expone que en el proceso de simulación realizado por PROTECCIÓN S.A., se le informó que la mesada pensional no alcanzaría la pensión mínima y por ello, entraría a cubrir parte de su pensión, el Fondo de Garantía; que el 26 de agosto de 2021 agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A, sin obtener respuesta al respecto.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado del régimen tiene plena validez, pues fue realizado en cumplimiento de las normas que regulaban la materia en el momento de su acaecimiento. Enfatiza en que su representada no participó en el traslado de la demandante a algún fondo privado. Con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo que denominó “falta de legitimación en la causa”, “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “falta de derecho para pedir, por ostentar una situación pensional consolidada”, “ausencia de vicios en el traslado”, “buena fe”, “prescripción”, “imposibilidad de condena en costas”, “imposibilidad de intereses moratorios”, “la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia o nulidad de traslado”, entre otras.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por su parte, expone que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria después de brindarle asesoría e información, sobre las bondades de pertenecer al RAIS e ilustrarle acerca de las diferencias entre uno y otro régimen, recalcando que contó con más de 27 años para retornar al RPM, pero no lo hizo sino hasta el momento en que legalmente ya no era posible, con base ello, presentó los medios exceptivos para enervar las pretensiones incoadas.

De otro lado, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., indica que el acto de traslado resulta eficaz en el particular, por haberse precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, así, no se aporta prueba que permita indicar que éste se dio bajo algún vicio del consentimiento, máxime cuando durante el tiempo de vinculación la actora contó con todas las posibilidades de conocer las características y condiciones del RAIS. Con lo expuesto presentó las excepciones en procura de su absolución.

Asimismo, interviene el Ministerio Público para enfatizar que de conformidad con la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los atributos de los que debe gozar el traslado a efectos de que resulte válido son la libertad

y voluntariedad; es decir, la libertad informada, señalando que ésta implica la comprobación de que existió o no una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos de su traslado, situación que probatoriamente se encuentra a cargo de las llamadas a juicio.

1.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 18 de julio de 2022, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del acto jurídico de traslado de régimen pensional de la demandante a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A, en junio de 1994 y el realizado a ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., en diciembre de 2001. Declaró, en consecuencia, que para todos los efectos legales la accionante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece, por lo que condenó a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones de la actora, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos o rendimientos, indexación, capitalización y porcentaje de gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; a COLPENSIONES a recibir de la primera los conceptos antes descritos, para que a futuro se consolide el derecho pensional de la actora. Por último, declaró probadas la excepción de imposibilidad de condena en costas en favor de COLPENSIONES, cobro de lo no debido por ausencia de causa, propuesta por PORVENIR S.A., y, condenó en costas a la primera de las referidas administradoras del régimen privado.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES

El apoderado judicial de la administradora del RPM expone su desacuerdo en procura de que se revoque el fallo de primer orden, con iguales argumentos esbozados desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, insistiendo en que no se demostró una indebida información o engaño por parte del fondo privado, pues si bien la actora no es una experta en el manejo y funcionamiento del sistema pensional, no es un afiliado lego toda vez que cuenta con estudios de carácter superior, sin que se preocupara por consultar a las involucradas sobre su conveniencia en materia de pensiones, demostrando con ello que se encontraba satisfecha con su escogencia.

Por último, manifiesta que, aunque los fondos privados trasladen a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros, gastos de administración y demás consecuencias económicas, pertenecientes a la cuenta individual de la actora, debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional con la consecuente descapitalización.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte demandada COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta misma entidad, por cuanto la decisión adoptada por la falladora de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. de la Ley 2213 de 2022, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de la parte demandante y las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme da cuenta la constancia secretarial del 31 de agosto de 2022.

La apoderada judicial de la llamada a juicio PORVENIR S.A., solicita la revocatoria del fallo proferido, toda vez que al momento de efectuarse el traslado al RAIS, cumplió con el deber de información dispuesto para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, agregando que la actora contó con diversas oportunidades para retornar al RPM pero no lo hizo, lo que indica que se encontraba satisfecha con su escogencia, situación que únicamente cambió cuando sus aspiraciones pensionales aparentemente no fueron cumplidas por el fondo afiliador, situación que demuestra que la inconformidad aducida, no reposa en la forma en que se produjo el traslado, como hoy se quiere hacer ver.

Por su parte, COLPENSIONES manifiesta a través de su agente, que se ratifica en las razones de defensa esbozadas con la contestación de la demanda y, como

consecuencia de ello, solicita declarar probadas las excepciones, así como exonerarla de las pretensiones incoadas por la parte actora y de las condenas impuestas en primera instancia.

Por último, el apoderado judicial de la parte demandante, solicita confirmar la sentencia de primer grado, toda vez que a lo largo del proceso se demostró que la AFP no cumplió con su deber de información y por ello el traslado efectuado al RAIS resulta ineficaz, con las consecuencias que ello conlleva de conformidad con la normativa y la jurisprudencia que regula la materia.

CONSIDERACIONES

Conforme lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por la operadora judicial de primera instancia, quien declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional de la demandante del RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.? ii) ¿Igualmente se ajusta al ordenamiento jurídico la declaratoria de ineficacia y el consecuente retorno de la actora al RPM, la devolución de los dineros depositados en su cuenta individual, además de los rendimientos financieros, los gastos de administración y demás consecuencias económicas?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

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

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

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

En otras palabras, era obligación de las administradoras de este régimen desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, artículos 13 literal b), 271 y 272 y con el Decreto 693 de 1993, numeral 1º modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 (disposiciones relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal) y aún lo es, incluso con mayor rigor, garantizar que el usuario, antes de tomar esta determinación de traslado, comprenda las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada una de los regímenes pensionales, lo que incluye hacerle conocer la existencia de unos beneficios de transición y su eventual pérdida. En suma, era de su cargo hacerle conocer toda la verdad, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro, sin que en ningún caso ésta se entienda surtida con el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación.

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

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

Así lo determinó en forma expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal expresa: «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que

impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto». Igual respaldo normativo encuentra esta institución en los artículos 13 y 272 de la norma en cita, 13 del C.S.T. y 53 de la Constitución Política.

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

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

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

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

Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021.

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

En efecto, si el afiliado asegura que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual se acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba; igualmente, en el artículo 1604 del mismo compendio sustantivo, para indicar que le corresponde a la administradora del RAIS acreditar la prueba de la diligencia o cuidado porque es ella quien ha debido emplearlo (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

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

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

2.2.2. CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, los fondos de pensiones ahora convocados a juicio, PORVENIR S.A. y

PROTECCIÓN S.A., no cumplieron con el deber de brindar información clara, completa y comprensible a la demandante Sra. MARÍA JESÚS REINA TOBAR, o al menos no lo demostraron en la presente causa, en tanto no aportaron ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional y en todo el tiempo que estuvo afiliada a ambas administradoras le ilustraran con información clara, completa, comprensible y suficiente acerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurara libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a las sociedades administradoras demandadas, porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019), como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitadamente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta a la demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PORVENIR S.A., incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento, por una parte, de brindarle a la Sra. TOBAR REINA la información que reúna estas características a la medida de quien tiene el conocimiento íntegro o probo del tema, como ya se indicó y por otra, la de asesorarla llegando incluso, si ese hubiere sido el caso, a desanimarla de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro y, lo mismo sucede con la demandada PROTECCIÓN S.A. quien también debió brindarle asesoramiento e información cuando la actora efectuó el traslado entre las administradoras de fondo privado.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado,

suscrito por la accionante ante HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A con efectividad 1º de julio de 1994 y a ING hoy PROTECCIÓN S.A., para diciembre de 2001, según el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS (fl. 45 PDF 11) y las historias laborales arrojadas al plenario, determinación que implica privar estos actos jurídicos de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizaron, más bien, la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD (fl. 49 PDF 03) al cual se afilió válidamente el 5 de septiembre de 1990 (fl. 3 PDF 10) a través del extinto ISS, con la posibilidad de acceder a los beneficios pensionales que el sistema ofrece.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, como acertadamente lo hizo la operadora judicial de primer grado, que PROTECCIÓN S.A. – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-, actual administradora pensional, tiene la obligación de trasladar a la ejecutoria de la presente decisión y sin dilación alguna, con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media, la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual de la actora, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, los bonos pensionales (si hay lugar a ellos) y demás sumas de dinero recaudadas; y a cargo de COLPENSIONES, la de recibirlos y actualizar, en lo pertinente, la historia laboral como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

Igualmente se avala la orden dictada a PROTECCIÓN S.A., de devolver ante COLPENSIONES, debidamente indexados, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los gastos de administración y/o comisiones, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a 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. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021.

Cabe indicar, además, que también se ordenará reconocer la diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar la demandada PROTECCIÓN S.A. y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si la actora hubiese permanecido

en él, por cuanto la omisión en sus deberes de información y debida asesoría fundó la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado que ahora concita la atención del Juez Plural (art. 963 Código Civil y sentencia S31989 de 2008), sin que la convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

Las obligaciones referidas les corresponden asumirlas a las dos administradoras del RAIS traídas a juicio, en forma proporcional al tiempo en el cual la demandante permaneció en cada una de ellas, y en este sentido, los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de la decisión de primera instancia será modificado y adicionado, declarando además como no probadas las excepciones propuestas por la AFP PORVENIR S.A., lo que impone modificar también, el numeral cuarto.

Con lo expuesto, resulta claro que la orden de devolver los rendimientos financieros, gastos de administración y demás consecuencias económicas, es procedente y legal, toda vez que ello es el resultado de una omisión legal que conlleva, indefectiblemente, resultados adversos a sus intereses. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues la demandante cuenta con los propios recursos para socorrer su derecho pensional futuro, mismos que el propio sistema prevé a través de las cotizaciones, bonos pensionales, entre otros.

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social de la demandante, lógico resulta enfatizar en que es deber de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en el caso bajo estudio, demostrar que cumplieron con sus cabales obligaciones como administradoras pensionales al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse del RPM al RAIS o entre administradoras de este sistema privado y no después, sin que tal obligación se trasponga en cabeza de la afiliada, ni siquiera tratándose de una profesional con capacidad de determinar las consecuencias de un contrato, porque efectivamente se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados. Así lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3349 del 28 de julio de 2021, con ponencia del Mg. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, cuando expuso: *“La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la*

comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido...".

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

2.3. EXCEPCIONES

Por último, se confirmará la denegación de las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió. La misma suerte corre la de prescripción, pues según lo ha manifestado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional en sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado es meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible.

2.4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme de desata el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES, la condena en costas en esta instancia estará a su cargo y a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR y ADICIONAR los numerales **SEGUNDO, TERCERO y CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 18 de julio de 2022, objeto de apelación y del grado jurisdiccional de consulta, los cuales quedarán así:

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

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma la asumirá la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A., en forma proporcional al tiempo administrado por cada una de ellas y con cargo a sus propios recursos, de acuerdo al tiempo en que hubiere permanecido la actora en cada fondo, como se indicó en la parte considerativa de esta providencia”.

“TERCERO. - CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A., los conceptos descritos en el numeral segundo de la parte resolutive de esta sentencia, para que a futuro se consolide el derecho pensional de la actora”.

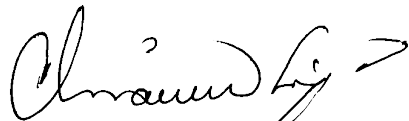
“CUARTO. - DECLARAR probadas las excepciones de fondo “imposibilidad de condena en costas” propuesta por COLPENSIONES, y no probados los medios exceptivos propuestos por PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A.

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

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

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

Los Magistrados,



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)



JUAN CARLOS MUÑOZ



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO