



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

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Diciembre once (11) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2021-00181-01 (105)
Juzgado de primera instancia:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Nelson Antonio Ramírez Montoya
Demandados:	-Protección S.A. -Colpensiones
Asunto:	Se confirma la sentencia apelada y consultada.
Acta No.	53 ¹

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la ley 2213 de junio de 2022, se resuelve el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia emitida el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Primero Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Nelson Antonio Ramírez Montoya, llamó a juicio a los fondos de pensiones reseñados con el propósito que se **DECLARE** ineficaz el traslado de la afiliación al fondo privado de la Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., efectuado el 1º de noviembre de 2002; que continúa afiliado al Régimen de Prima Media a cargo de COLPENSIONES. En consecuencia, procura que se condene a PROTECCIÓN S.A., a devolver o trasladar y a COLPENSIONES recibir desde el 1º de noviembre de 2002, la totalidad de lo ahorrado por concepto de

aportes pensionales, bonos pensionales, los rendimientos financieros y utilidades obtenidos, intereses de mora, así como también los gastos de administración que se hubieren causado durante toda su permanencia en el RAIS debidamente indexados.

Procura además que se ordene a COLPENSIONES que, una vez ingrese el capital total proveniente de PROTECCIÓN S.A.; corrija y actualice la historia laboral, a fin de que se impute a la misma los periodos que están en ceros por más de 22 semanas de cotización y fueron pagados, días que no fueron colocados y periodos menores y que corresponden a 30 días, a fin de obtener una historia laboral conforme al principio fundamental del habeas data y de la confianza legítima; que sea condenada a reconocerle la pensión de vejez, liquidando la primera mesada pensional debidamente indexada.

Por último, deprecia condena en costas a cargos de las demandadas.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 1º de abril de 1955, cotizó en el I.S.S. hoy Colpensiones a partir del 1º de noviembre de 1989 hasta el 30 de octubre de 2002; que, según la historia laboral expedida esta entidad el 4 de marzo de 2021, registra afiliación al sistema desde el 4 de febrero de 1991 hasta el 31 de octubre de 2002 y algunas inconsistencias (las relaciona). Precisa que, en la historia laboral de Protección S.A., se relacionan todas las cotizaciones efectuadas en el fondo público y el privado (relaciona los periodos cotizados y la entidad correspondiente).

Informa que, para noviembre 1 de 2002, en ejercicio de sus funciones como médico al servicio del Hospital San Rafael de Pasto, firmó el formulario para afiliarse a PROTECCIÓN S.A., sin recibir, información clara, completa y comprensible, sobre las implicaciones de cambio de régimen pensional a fin de conocer los riesgos de afiliarse al fondo y los beneficios que le reportaría, no hubo asesoría, sobre las verdaderas implicaciones de abandonar el RPM y sus posibles consecuencias futuras; que el promotor del fondo privado simplemente le presentó el formulario para que lo firmara, dándole una simple información respecto a que podía pensionarse a la edad que quisiera y con una pensión bastante alta de la que ofrecía para ese entonces el ISS; y, omitió darle una doble asesoría. Indica que presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando la nulidad de la afiliación y el retorno al RPM; igualmente lo hizo ante PROTECCIÓN S.A., sin obtener ninguna respuesta.

2. Contestaciones de la demanda.

-DE COLPENSIONES.

Al responder el escrito introductor, respecto a los hechos, aceptó y negó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones del libelo primigenio al considerar que tiene plena validez, por lo que no puede ser declarada ineficaz, en tanto, la misma contó con la aprobación del actor y no se allega prueba que permita acreditar que frente a tal decisión existió engaño, vicio del consentimiento o falta de información por parte de la Administradora del RAIS. Sostiene que el traslado no es viable porque la solicitud la realizó cuando ya le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para acceder al derecho pensional, desconociendo lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Indica que el reconocimiento pensional está a cargo de PROTECCIÓN S.A. Con fundamento en lo anterior, formuló excepciones de fondo, entre otras, la de prescripción.

-DE PROTECCIÓN S.A.

Replicó el escrito introductor, frente a los hechos, acepto total y parcialmente unos, dijo que no afirma ni niega, además no le constan otros; se opuso a la prosperidad de las pretensiones insertas en el libelo inaugural, al considerar que la declaración de ineficacia resulta imposible atendiendo a que el traslado y afiliación de la actora a la entidad tiene plena validez, como quiera que fue el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de quien, habiendo tenido durante 19 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo y solo lo decidió extemporáneamente cuando las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas con su posibilidad de retorno, no lo permitían. Que, para la fecha de solicitud de traslado, se le proporcionó la información, de manera clara y no engañosa que la indujera en error. Formuló excepciones, entre ellas, la de prescripción.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 15 de febrero de 2023, en la que declaró: i) La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual, efectuado por el actor a Protección S.A., que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios.; (ii) probada la excepción de inexistencia del daño propuesta por PROTECCIÓN S.A. y la de IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS formulada por COLPENSIONES y no probados los demás medios exceptivos presentados por estas convocadas; iii) probada oficiosamente la excepción de PETICIÓN ANTES DE TIEMPO.

Consecuencialmente, condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver de la cuenta individual del demandante a la cuenta global administrada por COLPENSIONES todos los valores depositados por concepto de cotizaciones, aportes pensionales,

bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por cada una de ellas, durante el tiempo que el actor permaneció en el RAIS, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Indicando que, 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. Además, condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, así como los rendimientos y demás sumas que se deben trasladar, advirtiendo que, si luego de este ejercicio financiero aun existiera diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, en el caso de que el actor hubiere permanecido en él, PROTECCIÓN S.A. deberá asumir dicha diferencia con sus propios recursos por ser la última entidad administradora del RAIS a la que estuvo afiliado el demandante. Condenó a PROTECCIÓN a pagar las costas procesales y la absolvió de las demás pretensiones.

Apoyado en jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que propicia a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, *-en síntesis-* expone que la información suministrada al actora fue incompleta y la indujo a cometer un error que vicia su consentimiento, que en ningún momento de la afiliación o traslado la administradora del RAIS le brindó un estudio detallado que le permitiera al actor conocer, no sólo los beneficios de la decisión, sino también las consecuencias negativas de la misma.

Contra la anterior sentencia, ninguna de las partes interpuso recurso de apelación. En tal razón, arriba al conocimiento del Tribunal para que se surta consulta a favor de Colpensiones.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Ejecutoriado el auto que admitió el grado jurisdiccional de consulta, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual hicieron uso el demandante, Colpensiones y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

LA PARTE DEMANDANTE. Luego de exponer *in extenso* consideraciones de hecho y derecho, referirse a los precedentes jurisprudenciales emanados de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y hacer alusión a los medios de prueba acopiados al proceso, todo dirigido a solicitar la confirmación de la misma en su

integridad.

COLPENSIONES, trae un amplio escrito de alegaciones, contentivo de criterios jurisprudenciales referidos al traslado de régimen, pero en lo esencial, expone que la negativa de aceptar el retorno del Señor NELSON ANTONIO RAMÍREZ MONTOYA al RPMPD, se encuentra conforme a Derecho, teniendo en cuenta que no existe prueba que acredite vicio del consentimiento, y adicional a ello, porque el actor presentó la solicitud cuando ya tenía cumplida la edad requerida para acceder al derecho pensional, pues nació el día 01 de abril de 1955 y la petición de traslado la elevó el día 29 de marzo de 2021. Con fundamento en lo anterior, solicita se revoque la sentencia consultada.

El Ministerio Público, exhorta la confirmación de la sentencia consultada en su integridad, con tal finalidad, trae a colación apartes de criterios jurisprudenciales y normatividad, y expone las razones por las cuales estima que la decisión de primer nivel en todo su contexto se ajusta a derecho.

III. CONSIDERACIONES

1. Del grado jurisdiccional de consulta

La decisión de primer grado no fue objeto de apelación, de modo, que en observancia a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 69 del C.P.T.S.S, por ser la sentencia adversa a Colpensiones, de la cual, la Nación es garante, corresponde a la Sala pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta.

2. Problema jurídico.

Atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

¿La decisión de la A quo, de declarar la ineficacia del acto de traslado del demandante del RPM al RAIS, se ajusta a la legalidad?

3. Respuesta al problema jurídico planteado.

A la luz de las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes del sistema pensional, esto es, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación escrita que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino

también en cuanto a la validez del acto.

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

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

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

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

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

Luego, la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones ha de ser libre y voluntaria por el afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional, exigencia que se hace extensiva respecto de las

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

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

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

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata del reporte se semanas cotizadas expedido por Colpensiones, que el demandante cotizó en esta entidad, entre el 4 de febrero de 1991 y el 31 de octubre de 20021, quedando así evidenciado que estuvo afiliado al RPM.

Precisado lo referente a la afiliación del accionante al RPM, del examen efectuado al formulario anexo a la contestación de la demanda por PROTECCIÓN S.A.² se extracta que el 26 de septiembre de 2002 lo suscribió para trasladarse al RAIS a través de este fondo privado, con efectividad a partir del 1º de noviembre del mismo año y que se registra como entidad administradora anterior el I.S.S. hoy

¹ Folios 51 a 57 archivo 02

² Folio 56 archivo 08

COLPENSIONES hecho que se verifica del certificado de Asofondos³, quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el traslado del fondo público al privado, obedeció –en lo esencial- a falta de información idónea sobre las ventajas y desventajas que reportaba para la situación pensional del promotor del proceso aquel acto.

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado al accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y el consecuente traslado de todos los conceptos económicos a Colpensiones; sin embargo, evidencia la Sala que en la forma como fue redactado el ordinal segundo de la sentencia, se percibe que la indexación recae sin discriminación sobre todos los conceptos objeto de devolución dentro de los cuales están, los rendimientos, y los bonos pensionales; y, comoquiera que tal disposición resulta improcedente, en cuanto los aportes como los bonos pensionales se devuelven con rendimientos, no hay lugar a indexación, pues ello conllevaría a una doble condena en lo que atañe a la actualización del valor económico. De modo que, se impone aclarar dicho ordinal, en el sentido de precisar que la indexación no opera sobre esos rubros

En suma, analizada en su integridad la sentencia consultada, clara y palmariamente se vislumbra que es una decisión que refleja el acogimiento de los criterios de nuestro máximo órgano de cierre, que esta Corporación también vienen adoptando en sus pronunciamientos, por tratarse de una sólida línea jurisprudencial que propugna, como efecto de la ineficacia del traslado, se deben

³ Ver folio 82 archivo o8

trasladar a Colpensiones todos los conceptos que en este caso ordenó el A quo.

No sobra agregar que la postura del A quo, no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez, que los recursos que debe reintegrar la AFP PROTECCIÓN S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Y siguiendo esta línea de pensamiento, en uno de sus más recientes pronunciamientos, precisó: *"También se descarta una lesión al principio de sostenibilidad financiera, en tanto el efecto de la multicitada declaratoria es que las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban; esto es, como si el traslado nunca hubiera ocurrido; de allí, la subsecuente orden de reintegrar a Colpensiones todos los recursos, para el reconocimiento de la pensión conforme a las reglas del régimen de prima media con prestación definida (CSJ SL 127-2023)."*

De las excepciones propuestas por Colpensiones

En cuanto a la excepción de prescripción. Los términos de este medio exceptivo para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - bien sean los de las leyes laborales y/o civiles, en tanto, debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en tanto lo desestimó, pues la declaratoria de la ineficacia del acto de afiliación puede solicitarse en cualquier tiempo. (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019, CSJ SL373-2021 y SL 3871-2021).

Respecto de los demás medios exceptivos formulados por esta entidad, a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de imposibilidad de condena en costas y la oficiosa de petición antes de tiempo, desestimada en primera instancia y no controvertida, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió.

5. Costas

Se prescinde de imponer costas en esta instancia, puesto que se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

IV. DECISIÓN

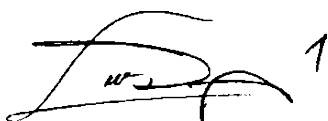
En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - ACLARAR el ordinal segundo de la sentencia consultada proferida el 15 de febrero de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto dentro del proceso promovido por Nelson Antonio Ramírez Montoya contra Protección S.A. y Colpensiones, en el sentido, de precisar que la condena por indexación no recae sobre bonos pensionales ni rendimientos financieros. Se confirma la sentencia en todo lo demás.

SEGUNDO. – Sin lugar a CONDENAR en COSTAS en esta instancia.

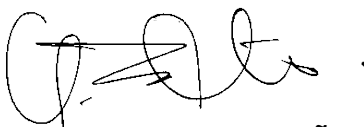
TERCERO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la ley 2213 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.



Tribunal Superior del Distrito Judicial de PastoSala
Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Angel Alfaro

Diciembre once (11) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2020-00057-01 (184)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Rosa Elvira Rodríguez Tobar
Demandados:	- Porvenir S.A. - Protección S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona.
Acta No.	532

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de junio de 2022, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado por la demandada PORVENIR S.A., contra la sentencia emitida el 21 de abril de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Rosa Elvira Rodríguez Tobar, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de las AFP

Protección S.A., y Porvenir S.A., a partir del 1º de abril de 1998.

Que, en consecuencia, se condene a Colpensiones a acogerla como afiliada del RPM y a **recibir de Porvenir S.A.** todas las cotizaciones recibidas desde el 1º de abril de 1998, el bono pensional recibido del I.S.S. hoy Colpensiones y Cajas de Previsión Social a las que estuvo afiliada; así mismo, pide que se condene a todas las convocadas a reconocer y pagarle perjuicios materiales y morales causados con el traslado.

Subsidiariamente procura que, además de declarar la ineficacia de los traslados efectuados a través de Protección S.A. y Porvenir S.A., se condene a Colpensiones a acogerla como afiliada del RPM y a **recibir de Protección S.A.** todas las cotizaciones recibidas desde el 1º de abril de 1998, el bono pensional recibido del I.S.S. hoy Colpensiones y Cajas de Previsión Social a las que estuvo afiliada; así mismo pide que se condene a todas las convocadas a reconocer y pagarle perjuicios materiales y morales causados con el traslado.

2. Hechos.

Los hechos con relevancia jurídica en los que la actora funda sus pretensiones se sintetizan así. Que nació el 12 de agosto de 1959, cotizó los aportes para pensiones del 1º de abril de 1982 al 31 de marzo de 1995 en el I.S.S. hoy Colpensiones; y, a partir del 1º de abril de 1998 en adelante en el RAIS a través de Protección S.A. y Porvenir S.A., en virtud del traslado inicial de régimen que el primer fondo privado promovió sin mediar asesoría en materia pensional, porque jamás conoció las ventajas pensionales que perdía con el traslado del RPM al RAIS, pues los fondos privados omitieron información. Sesgando y tergiversando las consecuencias del mismo; y, en las mismas condiciones luego fue trasladada a Porvenir S.A., entidad esta que, el 2 de diciembre de 2019 le informó que anuló su afiliación que trasladó todos los aportes de su cuenta de ahorro individual al RPM, pese a ello no se encuentra activa en Colpensiones, pero sí en los fondos del RAIS. Cuenta que Porvenir S.A. y Protección S.A., le efectuaron una simulación pensional resultando que no puede aspirar a una pensión, así siga cotizando el 100% del tiempo. Elevó ante Colpensiones, solicitud de ineficacia de su afiliación al RAIS, sin obtener respuesta. Refiere que la falta de información de las entidades demandada, le ha ocasionado perjuicios debido a afectaciones anímicas y preocupaciones constantes que altera su salud física y mental.

3. Contestaciones de la demanda.

- DE PORVENIR S.A.

Al ejercer su derecho de defensa demanda, frente a los hechos aceptó y negó unos, dijo no constarle y que deben probarse otros. Se opuso a todas las pretensiones del libelo primigenio, argumentando que, si bien la demandante actualmente se encuentra afiliada a otra entidad administradora, la declaración de ineficacia resulta imposible atendiendo a que su traslado y afiliación a distintas entidades administradoras del RAIS tiene plena validez, como quiera que fueron el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de la demandante quien, habiendo tenido durante 22 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo y solo lo decidió extemporáneamente cuando las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas con su posibilidad de retorno, ya no lo permitían. Que para la fecha de solicitud de traslado, se le proporcionó toda la información, de manera clara y no información engañosa que indujera en error. Con fundamento en lo anterior formuló las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

- DE PROTECCIÓN S.A.

Al contestar la demanda, aceptó y negó unos hechos, dijo no constarle y que deben probarse otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, bajo la egida que la declaración de ineficacia resulta imposible atendiendo que el traslado y afiliación a distintas entidades administradoras del RAIS tiene plena validez, como quiera que fueron el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de la demandante quien, habiendo tenido durante 21 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo y solo lo decidió extemporáneamente cuando las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas con su posibilidad de retorno, ya no lo auspiciaban. Que para la fecha de solicitud de traslado, se le proporcionó toda la información, de manera clara y no información engañosa que indujera en error. Con fundamento en lo anterior formuló las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

-DE COLPENSIONES.

Respondió el escrito introductor, aceptó y negó unos hechos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen tiene plena validez, en tanto, el mismo contó con la aprobación de la demandante y no se allega al plenario prueba que permita acreditar que frente a tal decisión existió engaño o vicio del consentimiento o falta de información por parte de la Administradora del RAIS; además que no es posible el retorno de aquella al RPM, toda vez, que tal solicitud la realizó cuando ya tenía cumplida la edad requerida

para acceder al derecho pensional. Señala que Colpensiones no tuvo incidencia en el traslado realizado por la demandante; empero que, de existir sentencia favorable a las pretensiones de la demanda, se la exonere de costas a Colpensiones. Formuló como excepciones de fondo, entre otras, la de prescripción.

4. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 21 de abril de 2023, en la que declaró: i) La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado el 1º de marzo de 1998 a través de Protección S.A., que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; ii) probada la excepción de imposibilidad de condena en costas a Colpensiones; y no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliada a dichos fondos, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; así mismo ordenó trasladar los bonos pensionales a que hubiere lugar. Agregando que, en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., transferencia económica que se producirá a la ejecutoria de la sentencia, a favor de COLPENSIONES, entidad que se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados. Condenó a las convocadas a pagar las costas del proceso.

Apoyado en prolífica jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, precisó que la actora era beneficiaria del régimen de transición, por cumplir los requisitos del artículo 36 de la ley 100 del 1993; que en este evento, se infiere la responsabilidad del asesor de PROTECCIÓN S.A., por cuanto omitió el deber que tenía de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado de la demandante del ISS hacia el fondo privado de pensiones; y que, no lo hizo por cuanto no estuvo presente en el instante de la firma el formulario de afiliación, deduciendo que este documento fue entregado por el

personal o empleado de PROTECCIÓN S.A. a la empresa empleadora para que sea diligenciado sin su participación, dejando de cumplir con el deber de información o asesoría para explicar los alcances de la decisión que debía tomar la accionante. Arguye además que, PORVENIR S.A. también debe responsabilizarse de esta situación habida cuenta, que se dio una irregularidad producida por una falsedad en la firma de la demandante cuando se produce su traslado de PROTECCIÓN a este otro fondo del RAIS.

5. La apelación.

La interpuso el apoderado de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., aclarando que solo apela en nombre de PORVENIR S.A. Como sustento de la alzada, insiste en que en este caso ocurrió el fenómeno de la prescripción, toda vez, que el plazo para ejercer la acción fue superado teniendo en cuenta que desde la fecha en que se celebró el acto de afiliación hasta la fecha en que fue presentada la demanda se superaron todos los términos de carácter ordinario y extraordinario en la normatividad civil, teniendo en cuenta que aquí lo que se está debatiendo es la validez o eficacia de un acto jurídico celebrado por las partes, es decir el contrato de afiliación y no un derecho de carácter laboral.

Señala que la decisión se toma con base en la manifestación general de la demandante sobre la falta de información por parte de la administradora, pero más allá de ello, no existe prueba que se haya incurrido en alguna afectación de su voluntad frente al traslado, el que derivó de un acto o contrato valido, libre de todo vicio, que debe ser considerado eficiente y que produjo efectos. Agrega que la falta de información no puede considerarse como la única circunstancia, ni la más eficiente de las circunstancias que dieron lugar a la afiliación, porque existen otras circunstancias que rodearon la afiliación.

Tilda el fallo de contradictorio, afirmando, en lo esencial, que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero se ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros y el porcentaje de administración; que tal devolución no es procedente porque los rendimientos son el producto de un trabajo financiero especializado y profesional; además que se debe reconocer el costo de administración que dio lugar a la productividad de los ahorros; y, sobre todo que, al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos. Que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC.

Censura el acogimiento que de la jurisprudencia, al considerar que genera una grave afectación del derecho de defensa de la entidad, pues con la sola afirmación que la demandante hace en el sentido en que no se le dio cierta información tiene garantizado el éxito del proceso, lo cual afecta su derecho de defensa, porque no se

tiene en cuenta que realmente le fue brindada la información y que no consta en documento escrito porque para ese entonces no existía norma jurídica alguna que así lo exigiera.

Finalmente se opone a la condena en costas aduciendo que resultan excesivas e improcedentes según lo reglado en el acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura 10554 de 2016, pues ha obrado de buena fe y con apego a la constitución y a la ley y conforme a las buenas prácticas comerciales y contractuales establecidas dentro de su objeto social.

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Bajo el espectro de la Ley 2213 de 2022 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, la parte demandante, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, además el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

La parte demandante. Expone que los medios de prueba allegados al proceso no acreditan que por parte de la AFP se hubiera cumplido el deber de información, pues no recibió la asesoría suficiente que permita entender las consecuencias de la decisión de traslado, pues no conocía las ventajas, desventajas, riesgos y demás circunstancias que acarrearían su traslado, resultando claro que debe declararse la Ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A. y en tal sentido confirmar la sentencia proferida en primera instancia.

Porvenir S.A., procura que se revoque la sentencia de primer apelada, en esa dirección en forma extensa diserta sobre las razones por las que considera que debe invalidarse, pero en últimas, sustancialmente, reproduce los argumentos expuestos al momento de sustentar la alzada.

Colpensiones. Solicita que se revoque la sentencia de primer grado, con tal propósito inicia aclarando que no tuvo incidencia en el traslado de régimen pensional por el cual optó la demandante, advierte que es obligación de las administradoras de pensiones a las cuales decidan trasladarse los afiliados, realizar sus actividades en la buena fe, transparencia y garantizando a sus posibles afiliados toda la información para que adopten la decisión más conveniente, y que en el sub judice, se observa que se omitieron dichas obligaciones.

El Ministerio Público, en su concepto aborda el caso concreto exponiendo las razones por las cuales estima que la decisión del A quo se ajustó a derecho en todos los aspectos que dieron lugar a la misma, en consecuencia, exhorta la confirmación

de la sentencia en su integridad.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá la materia objeto de discrepancia en el recurso de apelación. También se ocupará del grado jurisdiccional de consulta a favor de la Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela del 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237.

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

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

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

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

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

A la luz de las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes del sistema pensional, esto es, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación escrita que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

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

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

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

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

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

Luego, la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones ha de ser libre y voluntaria por el afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional, exigencia que se hace extensiva respecto de las consecuencias del traslado, en tanto, la transparencia es una norma de diálogo que

impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte, que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto en este caso, no se acreditó que a la promotora del juicio, previó a adoptar la decisión de mutar del RPM al RAIS, las entidades obligadas a ello, cumplieron con la carga de probar que le suministraron información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, así como ilustrar sobre las características de cada régimen, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente y para lo que interesa a este asunto, se constata del certificado de información laboral¹ y del reporte se semanas cotizadas expedido por Colpensiones², que la demandante cotizó en el Régimen de Prima Media a través de diferentes Cajas y en Colpensiones, en forma interrumpida, por cuenta de distintos empleadores, desde el 1º de abril de 1982 hasta

¹ Fls 33 y siguientes. Archivo 01.

² Fls. 39 y siguientes. Archivo 01.

el 31 de marzo de 1995.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen efectuado a los formularios visibles a folios 45 y 46 del expediente³ se extracta que el 21 de marzo de 1998 suscribió traslado al RAIS a través de Protección S.A.; y, que el 23 de noviembre de 2010 firmó su traslado a Porvenir S.A., quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

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

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

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del RPM al RAIS, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto. Sin embargo, pese a que en el sub lite operaron traslados entre fondos del RAIS, esto es, entre Protección S.A. con Porvenir S.A., el cognoscente se limitó a hacerlo solo respecto de Protección, guardando silencio respecto del traslado a Porvenir S.A., por tanto, deviene la adición del numeral primero, en el sentido de declarar también la ineficacia del traslado entre estos dos fondos privados, realizados a Protección S.A. el 1º de marzo de 1998; y, de este a Porvenir S.A. el 23 de noviembre de 2010; aquí, importa precisar que, aunque este último fondo al contestar la demanda, adujo que la afiliación fue declarada nula en diciembre de 2019, no acreditó tal hecho, por tanto, se itera, también se declarara en el traslado entre estos dos fondos del RAIS.

Aunado a lo anterior, evidencia la Sala que en la forma como fue redactado el ordinal

³ Ver archivo 01

segundo de la sentencia, se percibe que la indexación recae sin discriminación sobre todos los conceptos objeto de devolución dentro de los cuales están, están los rendimientos financieros; y, comoquiera que tal disposición resulta improcedente, en cuanto los aportes se devuelven con rendimientos, no hay lugar a indexarlos, pues ello conllevaría a una doble condena en lo que atañe a la actualización del valor económico. De modo que, se impone aclarar dicho ordinal, en el sentido de precisar que dicha indexación no opera sobre ese rubro. En consecuencia, se aclarará el ordinal segundo de la sentencia, para precisar que lo que amerita indexación son: los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., trae un discurso argumentativo orientado a cuestionar la aplicación de la jurisprudencia de la Corte que regula lo concerniente a la inversión de la carga de la prueba y la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, desde ya dirá la Sala que en ningún despropósito incurrió el operador judicial al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

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

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

recursos para soportar su derecho pensional.

Ahora, en cuanto a la inconformidad que Porvenir S.A., expresa frente a la orden del traslado de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, debe decir la Sala que, en virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada⁴, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, lo que implica desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiese existido.

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

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

La razón para que se estime que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado se encuentra conformada por el capital ahorrado y sus rendimientos, es porque las administradoras de fondos privados de pensiones son los únicos que están autorizados a usar el dinero de los aportes para hacer inversiones en diferente activos y títulos valores, luego entonces, es claro que al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, sea éste el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución de lo existente en la cuenta, se entiendan incluidos los rendimientos, lo contrario, implicaría refrendar un enriquecimiento de carácter injustificado, máxime, cuando tratándose de administradora de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstas

⁴ CSJ SL-1688 de 2019.

realizan, se efectúa a título de administración, que no comporta en sí, derecho alguno de propiedad sobre los dineros que le son entregados a título de cotizaciones, mucho menos, sobre los rendimientos que aquellas llegaren a producir.

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

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

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁵. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejó en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración. Es más, copiosamente la jurisprudencia especializada ha definido la obligación de devolver

⁵ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

los aludidos gastos de administración, por citar alguna, traemos a colación la SL 5292 de 2021 en la que se precisó:

"Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones"

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

De la prescripción propuesta por PORVENIR S.A.

En lo que atañe al reparo que presenta PORVENIR S.A., tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa, que no tiene vocación de prosperar, porque los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en tanto desestimó ese medio exceptivo.

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

De las excepciones formuladas por Colpensiones.

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

4.- Costas

Conforme se desata el recurso de apelación formulados por Porvenir S.A., de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 365 del CGP, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de esta entidad y a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smmlmv.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 21 de abril de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por la demandada PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional a favor de COLPENSIONES dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **ROSA ELVIRA RODRÍGUEZ TOBAR**, el cual quedará así:

*"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado realizado el 1 de marzo de 1998 por la demandante **ROSA ELVIRA RODRÍGUEZ TOBAR**, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 34.532.435 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de CESANTÍAS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A.; así como el traslado realizado entre esta AFP y PORVENIR S.A. el 23 de noviembre de 2010.*

DECLARAR que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado los mencionados traslados, dejando sin efecto jurídico alguno los mismos."

SEGUNDO.– ACLARAR el numeral segundo de la sentencia reseñada, en el sentido de precisar que, la indexación únicamente recae sobre los gastos de administración,

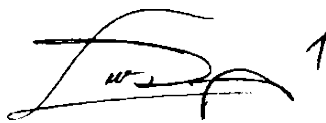
las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO. CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho a su cargo el equivalente a 2 smlmv.

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

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia, remitir el expediente al juzgado de origen.



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado



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

**Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Angel Alfaro**

Diciembre once (11) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	523563105001-2020-00081-01 (191)
Juzgado de primera instancia:	Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales
Demandante:	Nataly Fernanda Cepeda Rosero
Demandada:	Corporación Mi IPS Nariño
Asunto:	Se confirma sentencia apelada.
Acta No.	537

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada, contra la sentencia dictada el 1º de abril de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, dentro del proceso en referencia

II. ANTECEDENTES

Pretensiones de la demanda

Nataly Fernanda Cepeda Rosero demandó a la Corporación Mi IPS Nariño para que se declare la existencia de dos (2) contratos de trabajo a término fijo con vigencia, uno, entre el 25 de agosto de 2016 y el 24 de agosto de 2018 y otro entre el 2 de octubre de 2018 al 1º de octubre de 2019. En consecuencia, procura que se condene a la demandada a pagarle, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones compensadas; además, las indemnizaciones por no consignación de cesantías a un fondo privado, moratoria por falta de pago de intereses a las cesantías y por falta de pago de las prestaciones sociales.

Hechos

Fundamenta estas pretensiones en que laboró al servicio de la convocada como médico general bajo continuada subordinación y dependencia dentro de los periodos antes señalados y cumpliendo el horario y labores descritas en la demanda, devengando un salario de \$ 2.469.900,00 siendo el mismo durante todo el tiempo trabajado; que la relación laboral terminó por expiración del plazo pactado, sin que la Corporación le haya cancelada las acreencias laborales e indemnizaciones relacionadas en precedencia.

Contestación de la demanda.

Trabada la Litis, la convocada al replicar el libelo genitor, aceptó la existencia de los contratos a término fijo señalados en la demanda, así como sus extremos temporales. Aclara la entidad canceló a la actora la totalidad de las

acreencias laborales lo cual acredita con soportes de pago. Precisa que, que, si bien se presentaron leves retrasos, ello fue derivado de la difícil situación económica que se presentó en el sector salud, como consecuencia de la intervención de SALUDCOOP EPS, entidad con la que tenía relaciones contractuales, y que dejó unas acreencias pendientes por pago, tal como se puede observar en la resolución 1960 del 6 de marzo de 2017, que se aporta como medio probatorio; que intentó salir adelante en medio de las adversidades; sin embargo, con la cesión de la operación de SALUDCOOP a CAFESALUD EPS, la cual fue aprobada por la superintendencia nacional de salud mediante resolución 2422 del 25 de noviembre de 2015, sufrió otra afectación en sus finanzas dado que se presentaron incumplimientos por parte de dicha EPS en el pago por los servicios efectivamente prestados ya que no se realizaron los pagos conforme los términos pactados, sino que se hicieron parciales, e incluso se presentaron periodos en los que no se reconocieron dineros, afectando gravemente el flujo de caja de la entidad y con ello el pago de las obligaciones de la misma como son obligaciones de carácter laboral comercial etc.

Con fundamento en lo anterior, se opone a las pretensiones, al paso, formula las excepciones de inexistencia de terminación de contrato de trabajo, cobro de lo no debido, pago total de la obligación, imposibilidad de la concurrencia e inaplicación de las sanciones previstas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la contenida en el artículo 65 del CST, en función de la ausencia del dolo y mala fe y la genérica.

Decisión de primera instancia.

El Juzgado de conciliación puso fin a la primera instancia en sentencia dictada el 1º de abril de 2022, en la que declaró i) la existencia de dos (2) contratos de trabajo a término fijo, determinando como extremos temporales; el primero entre el 25 de agosto de 2016 hasta el 24 de agosto de 2018 y el segundo desde

el 2 de octubre de 2018 hasta el 1º de octubre de 2019 y que, terminaron por vencimiento del plazo pactado; ii) probada parcialmente la excepción denominada cobro de lo no debido y pago de la obligación y no probadas las de imposibilidad de concurrencia de sanciones previstas en los artículos 99 de la ley 50 de 1990 y la contenida en el artículo 65 del C.S.T.; en consecuencia, condenó a la pasiva a pagar por concepto de sanción por no consignación de cesantías por el primer contrato la suma de \$ 36.966.170 y por el segundo \$ 18.688.910 cada contrato; además, por la sanción moratoria del artículo 65 del CST la suma de \$ 27.757.250, así mismo a pagar las costas procesales y la absolvió de las demás pretensiones.

Como fundamento de esta decisión, analizó integralmente las pruebas acopiadas al proceso, concluyendo que si bien se acreditó el pago de salarios y prestaciones adeudados a la demandante, la propia demandada aceptó que no se hicieron oportunamente justificándose en la falta de flujo de caja por la intervención de SALUDCOOP, luego CAFÉSALUD y finalmente de MEDIMÁS situación que afectó la liquidez, la cual no aceptó apoyada en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Superior de Pasto en sus Salas Laborales, en la que al respecto han decantado que el pago de las sanciones moratorias no es automático y que debe analizarse la conducta del empleador en cada caso concreto para verificar a exonerarlo o de las sanciones si se determina buena fe en su actuar; y, que el estado de iliquidez o crisis económica no exonera de la sanción moratoria. Destaca que al plenario no se allegó ninguna prueba sobre los argumentos que expresa la entidad constituían los motivos para no haber sido pagadas, las acreencias laborales en su momento y es que eran dicha entidades, era las únicas entidades con las que contrataba

Apelación.

Contra la anterior decisión se reveló la apoderada judicial de la Corporación MI IPS Nariño y con el propósito que se revoquen las sanciones impuestas, trae como sustento *-en síntesis-* que, en el desarrollo de su objeto social suscribió relaciones contractuales con las EPS SALUDCOOP, CAFÉ SALUD y MEDIMÁS, pero que dadas las intervenciones y liquidaciones de estas entidades, dejaron pendiente el desembolso de una cartera muy alta, generándole disminución en el flujo de caja; que, los servicios prestados a aquellas, quedaron con expectativa legítima de pagos. Que esto, la dejó con unas acreencias con retraso en su cancelación, conforme la Resolución 1960 del 6 de marzo del 2017.

Indica que, la intervención de MEDIMÁS, última entidad con la que sostenía una relación contractual, acrecentó su difícil situación financiera conduciéndola al incumplimiento en el pago de los derechos de los trabajadores de la Corporación, así como la mora en el pago a los contratistas y proveedores de la misma.

Advierte que su actuar no tuvo como fin perjudicar los derechos de la trabajadora, que ello obedeció a la situación coyuntural y de fuerza mayor a la que se vio abocada. Sostiene que, una vez realizó las gestiones pertinentes para la obtención de recursos procedió a efectuar el pago de los emolumentos laborales causados de la hoy demandante.

Trámite de segunda instancia

Ejecutoriado el auto que admitió la apelación, se dispuso correr traslado a las partes y al señor Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social para alegar de conformidad con las previsiones del numeral 1º del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022. Dentro del término establecido para hacer uso de dicho derecho presentaron las partes guardaron silencio.

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

III. CONSIDERACIONES

Consonancia

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

Problema jurídico.

De acuerdo con los argumentos traídos por la recurrente para derribar las condenas impuestas en su contra, corresponde a la Sala establecer si los problemas de iliquidez o financieros de la entidad demandada, son suficiente justificación para exonerarla de condena por las indemnizaciones vertidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 65 del CTST.

Respuesta a este interrogante.

Revela el dossier, que la pasiva no desconoce que incurrió en mora en el pago de prestaciones y demás acreencias laborales adeudada a la demandante y que pretende argüir problemas financieros para justificar su omisión en la cancelación de las obligaciones que tiene para con ella.

En efecto, la crisis financiera que trae como justificación de su incumplimiento, en términos generales, se refiere a las intervenciones administrativas de las EPS Saludcoop, Cafesalud y Medimás por cuenta de la Superintendencia de Salud, entidades con las cuales mantenía relaciones contractuales, que,

a su turno, constituían su pedestal económico. Por manera, que tales eventos la condujeron a una debacle financiera que le ha impedido sufragar en tiempo legal pago de sus obligaciones, involucrando, los créditos que judicialmente le reclama la actora, los que no pagó en tiempo alejado de cualquier intención de perjudicar los derechos de la trabajadora.

Teniendo en cuenta lo anterior, importa hacer las siguientes precisiones:

Criterios jurisprudenciales sobre la indemnización contemplada en el artículo 50 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias causadas respectivamente por la no consignación de cesantías a un fondo privado y el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales debidas, ha enseñado que ambas por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador. Así lo expuso en sentencia, SL 2833-2017, radicado 53793 del 1º de marzo de 2017.

En lo concerniente a la aplicación de dicha sanción, la alta Corporación, en sentencia SL 1885 de 2021 reiteró que la indemnización moratoria contemplada en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, no son de aplicación automática, de modo, que le corresponde al juez, en punto de su imposición, verificar la conducta del empleador para discernir si fue, o no, de buena fe.

Y en pronunciamiento del 6 de diciembre de 2022, nuestro órgano de cierre al referirse a la aludida sanción, acentuó: *"...esta Corporación ha señalado de manera inveterada que la misma no constituye una respuesta judicial automática*

frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el vínculo laboral, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados, así como la ausencia de consignación de las cesantías.”

Bajo esta línea de pensamiento, la alta Corporación¹ al referirse a la buena fe acotó que:

"Se debe recordar que, acorde con la jurisprudencia, la buena fe equivale a obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de probidad y honradez del empleador frente a su trabajador que, en ningún momento, ha querido atropellar sus derechos, lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de integridad o pulcritud.”

Ahora, en lo que atañe a la problemática financiera de la entidad, que trae el censor como exculpación de la omisión de cumplir **oportunamente** con el pago de los derechos laborales reclamados por la pretendiente, recuerda la Sala que la jurisprudencia especializada² ha sido enfática al sostener que las razones de tipo económico o de crisis financiera no son atendibles para justificar el incumplimiento de las obligaciones laborales. Conservando pacífica esta postura, en sentencias SL3719 del 10 de octubre de 2022 (rad. 88746) y en la más reciente SL 624 del 22 de marzo de 2023 (rad. 90929), retomó el precedente contenido en la sentencia SL 845 del 17 de febrero de 2021 (Rad. 83444), en el que la alta Corporación reiteró su posición, indicando haber adoctrinado que la crisis financiera de una empresa no constituye por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador para exonerarlo de la sanción moratoria, que debe probarse que dicha circunstancia le genera una insolvencia o iliquidez tal que le impide cumplir con sus obligaciones laborales.

¹ Sentencia del 21 de febrero de 2018, radicado 52.206

² Decisiones CSJ SL agosto 24/2010, radicado 38189, reiterada en la SL 1885 de 2021

Ante la insistencia de nuestro órgano de cierre, referida a que la crisis financiera de una empresa, no solo no justifica la falta de pago de salarios y prestaciones, sino que debe acreditarse tal circunstancia, esgrimiendo y probando razones satisfactorias y justificativas de su conducta al punto que pueda infundir certeza sobre su buena fe.

Pues bien, en el plenario a juicio de esta Colegiatura se advierte la mala fe de la demandada, por cuanto, en lo que atañe a la consignación de cesantías en el fondo privado cuyo deber es hacerlo hasta el 14 de febrero de cada año, ello no se cumplió, dado que se encuentra acreditado³ que el periodo de 2016 fue cancelado en noviembre 3 de 2017, el 2017 y 2018 el 27 de agosto de 2020⁴; y, en lo que concierne a la liquidación de prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral, se constata que, habiendo culminado el primer contrato el 24 de agosto de 2018 y el segundo el 1º de octubre de 2019, la liquidación de ambos tan solo se efectuó el 20 de agosto de 2020⁵, claramente en fechas posteriores a las que legalmente correspondía, sin que exista en el plenario probanzas que den cuenta oficial que la mora obedeció a la crisis financiera que alega la pasiva como mecanismo de defensa, pues se echa de menos documentos, tales como, estados financieros de la entidad que permitan determinar que efectivamente atravesaba una situación económica precaria que le impidió cumplir cabalmente con sus obligaciones laborales.

En contraste, de la declaración rendida por el testigo GERARDO DUARTE RIAÑO, **identificado como profesional contable de la demandada**, se colige que la entidad, bien pudo prever el pago de las acreencias laborales que iban surgiendo en el transcurso del tiempo en el que, pese a la tan alegada situación financiera, continuaba operando, por consiguiente, a sabiendas de la

³ Ver folios 53 y 54 del archivo 08

⁴ No se tiene en cuenta el periodo del 2019, porque debió ser cancelado directamente a la trabajadora a la finalización del contrato de trabajo que ocurrió el 1º de octubre d 2019

⁵ Ver folio 71 y 72 archivo 08

misma, era su deber aprovisionarse de los recursos necesarios para cumplir con los derechos causados por sus trabajadores por el servicio que prestaban y gracias a ello la entidad podía seguir vigente.

A esta conclusión se arriba, al racionalizar que dicho deponente sostuvo que la Corporación accionada, ante la situación de intervención y liquidación presentada por las EPS SALUDCOOP, CAFÉ SALUD y MEDIMÁS entidades con las que tenía contratos, debía operar privilegiando las obligaciones de sus trabajadores, pues si bien esa situación se presentó desde el año 2015, con la liquidación de SALUDCOOP EPS y CAFÉ SALUD en el año 2017 y posteriormente MEDIMÁS en el año 2018, con la crisis de esta última, la aquí demandada maniobraba efectuando una prelación de las obligaciones de acuerdo con los recursos que entraban en la entidad, dentro de los cuales se encontraban la nómina de personas activas, arrendamientos e insumos etc, para operar y con los remanentes se cubría los demás aspectos refiriéndose al pago de prestaciones sociales.

Bajo este panorama, para la Sala, es claro que, si la difícil situación financiera de la convocada, se venía presentando desde el año 2015 y continuó hasta el 2018 dadas las contingencias suscitadas con las mencionadas EPS, sin lugar a dudas la Corporación Mi IPS Nariño, no era ajena a las mismas, por ello dentro del manejo contable *-según el testigo-* se hacían las provisiones correspondientes para poder cumplir con las obligaciones de la empresa, explicando la forma como se hacía.

Así las cosas, ha de considerarse que sí, no cumplió con el pago en las fechas establecidas por la ley, fue por negligencia, lo que raya con un actuar de mala fe, pues bien pudo, esforzarse por cumplir pagándole a la actora lo que le correspondía en el tiempo señalado legalmente.

Por consiguiente, a juicio de la Sala, tales circunstancias conllevan a mantener las sanciones impuesta en primera instancia por no consignar las cesantías y no cancelar las prestaciones a la terminación del último contrato oportunamente, pues, no es de recibo que ahora, la justifique predicando crisis financiera, a propósito de la cual, es del caso memorar que este Tribunal, viene acogiendo la tesis de la reseñada jurisprudencia especializada, según la cual, *-se recalca-* tal situación no constituye por sí sola una conducta que justifique la falta de pago de los salarios y prestaciones, ni acredita la buena fe del empleador, por mencionar algunos de los pronunciamientos de esta Corporación tenemos: sentencias del 17 de agosto de 2022, radicado 2019-00184-01, , del 18 de noviembre de 2022, radicado 2020-00295-01, y la más reciente, del 14 de marzo de 2023, radicado 2019-00540-01.

Ahondando en razones, cumple razonar que, en atención a la hecatombe económica de una empresa, debe anteponerse que el artículo 28 del CST establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y el artículo 2495 del Código Civil que estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás.

No se debe perder de vista, que el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente.

COSTAS

Dada las resultas de la alzada, acogiendo lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del CGP, se impone condenar en costas a la convocada

Corporación Mi IPS Nariño. Se fijan como agencias en derecho el equivalente a un (1) SMLMV.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO-NARIÑO, SALA - LABORAL**, administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

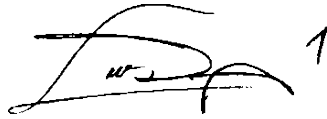
RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de abril de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, dentro del proceso ordinario laboral promovido por NATALY FERNANDA CEPEDA ROSERO contra la CORPORACIÓN MI IPS NARIÑO.

SEGUNDO. – CONDENAR EN COSTAS a la convocada Corporación Mi IPS Nariño. Se fijan como agencias en derecho el equivalente a un (1) SMLMV.

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

CUARTO. - En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'L. Alfaro', with a small number '1' written to the right of the signature.

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Paola Arcila', written in a cursive style.

PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada

(Con impedimento aceptado)
JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala
Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Angel Alfaro

Diciembre once (11) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2022-00058-01 (141)
Juzgado de primera instancia:	Segundo del Circuito de Pasto
Demandante:	Martha Cecilia Quenoran Quenoran
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Cuestión que se resuelve:	Apelación de Sentencia
Acta No.	536

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia emitida el 09 de marzo de 2023, por el Juzgado Segundo Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

MARTHA CECILIA QUENORAN, llamó a juicio a los referidos fondos de pensiones, para que se **DECLARE** nulo el acto de vinculación o afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A., realizada el 19 de abril de 2005. En consecuencia, procura que se **ORDENE** a esta convocada trasladarla a Colpensiones y devolver todos los valores que hubiere recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso,

sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado. Así mismo se ordene a esta última recibir todos los conceptos que les sean trasladados por el fondo del RAIS; que condene a las demandadas a pagar las costas procesales.

2. Hechos.

Expone la promotora del juicio, que el 1º de enero de 1998 fue vinculada en la Alcaldía del municipio de Santacruz Guachaves - Nariño, mediante nombramiento como promotora rural de salud del municipio, el mismo día tomó posesión del cargo, siendo afiliada a pensión obligatoria el día 19 de abril de 2005, a través del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) – Porvenir S.A.¹; sin recibir información al momento de la vinculación inicial, acerca de las desventajas que comprometían su derecho pensional, especialmente a la pérdida del derecho al Fondo de Solidaridad Pensional, administrada en la actualidad, por la Sociedad Fiduciaria FIDUAGRARIA. S.A., régimen en el que puede cotizar a pensión pagando tan solo \$33.000 mensuales, mientras que en el RAIS tendría que cotizar el 16% del SMLMV y no cuenta con los recursos para hacerlo, al estar desempleada y pertenecer al grupo A del Sisbén² correspondiente a pobreza extrema.

Sostiene que, según la historia laboral generada por Porvenir S.A. el día 28 de febrero 2022, cuenta con un total de 321 Semanas Cotizadas y un acumulado de capital con sus rendimientos por valor de \$11.440.224; que el 8 de febrero de 2022 presentó derecho de petición ante Colpensiones³ solicitando el traslado del RAIS al RPMPD por su ineficacia o invalidez en afiliación y cotización a pensión obligatoria por parte de Porvenir S.A., el cual fue resuelto negativamente el mismo día⁴.

2. Contestaciones de la demanda

- COLPENSIONES:

Al contestar la demanda frente a los hechos aceptó y negó unos y dijo no constarle otros. Se opuso a las pretensiones al considerar que el traslado de régimen (*sic*) tiene plena validez y no puede declararse ineficaz, en tanto contó con la aprobación de la demandante; que no se allegaron pruebas que acrediten el engaño, vicio de consentimiento o falta de información por parte de Porvenir S.A.; en cuanto, a la petición de ordenar el traslado de la actora a Colpensiones junto con todos sus aportes, aduce que se atiene a lo que se demuestre en el proceso.

¹ Ver folio 22 del archivo 01 del expediente digital

² Ver folio 98 del archivo 01 del expediente digital

³ Ver folio 57 a 65 del archivo 01 del expediente digital

⁴ Ver folio 66 del archivo 01 del expediente digital

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, improcedencia declaratoria ineficacia del traslado bajo los actuales lineamientos contenidos en la sentencia SL373-2021, 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 y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

-PORVENIR S.A.:

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, negó unos y dijo no constarle otros; se opuso a todas las pretensiones del libelo primigenio, argumentando que, el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (*sic*) se realizó mediante una afiliación de forma informada, libre y voluntaria puesto que recibió una asesoría, donde se suministró toda la información clara, suficiente y veraz explicándole las características del régimen, en cumplimiento de la normatividad existente al momento de la vinculación, y en virtud de ella se consolidó la voluntad de la parte demandante afiliándose al RAIS.

Precisa que, la decisión de la actora fue consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se encontraban vigentes para la fecha en que se produjo, de manera que, se cumplió cabalmente con el deber de dar información.

Formuló como excepciones la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 9 de marzo de 2023, en la que absolvió tanto a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES como a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. de las pretensiones formuladas por la demandante.

Como fundamento de la anterior decisión, destacó que, si bien, la demandante estuvo laborando al servicio del municipio de Santa Cruz Guachaves - Nariño, como empleada pública del orden territorial entre el 1º de enero de 1998 y el 31 de marzo del 2005, durante este tiempo no constan cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, tampoco que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 haya realizado aportes en una de las cajas, fondos o entidades de seguridad social

existentes del sector público o privado. Señala que el 19 de abril de 2005, por primera vez se afilió a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., advirtiéndole que de optar por la declaratoria de la ineficacia de su primera afiliación al RAIS se la estaría perjudicando al dejarla desprotegida del sistema de seguridad social en pensiones al no existir una vinculación antecedente, en tanto, la ineficacia del traslado tiene como finalidad devolver las cosas al estado en que se encontraban antes del cambio de régimen, situación que no se predica en el sub judice. Precisa que, para el día 30 de junio de 1995, cuando cobró vigencia la Ley de seguridad social para los cargos públicos territoriales, la demandante contaba con 20 años 10 meses y 10 días de edad y no tenía más de 15 años de servicios o de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, por lo que era ajena al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no se evidenciaron las circunstancias contempladas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que le hubieran permitido cambiarse de régimen pensional.

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se reveló el apoderado de la demandante. En sustento de la alzada argumenta que, aunque en el sub examine se trata de una primera afiliación, las AFP ya sea del RAIS o el RPMPD, conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, tienen la obligación legal de informarle al trabajador al momento de su afiliación, sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, deber que fue violado por los promotores de Porvenir S.A.; además, expresa que Porvenir S.A. no le asesoró del beneficio de afiliarse a Colpensiones, respecto del fondo de solidaridad pensional o programa de subsidio al aportante en pensión, administrado por FIDUAGRARIA S.A., destinada a subsidiar las pensiones de los grupos poblacionales que por sus características y condiciones económicas no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, así mismo al otorgamiento de subsidios económicos para la protección de las personas en estado de indigencia y pobreza extrema, como lo es el caso de la señora Martha Cecilia Quenoran, quien según el Sisbén se encuentra en el grupo A, relativo a pobreza extrema. Con fundamento en lo anterior, advierte que existe un vicio del consentimiento y debe revocarse la sentencia apelada.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación, se dispuso correr traslado a los litigantes para presentar sus alegaciones, derecho del cual hicieron uso, las demandadas y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

Colpensiones, para esta entidad, deviene la confirmación de la sentencia, en razón a que del acervo probatorio allegado al expediente se extrae que la afiliación de la demandante al RAIS, a través de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, constituye una afiliación inicial y única al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que, no resulta procedente la ineficacia pretendida, como quiera que, no se puede ordenar el retorno hacia una entidad a la cual nunca se ha estado afiliado, pues ello implicaría una clara vulneración a la sostenibilidad financiera del sistema pensional y una carga excesiva para los afiliados que han decidido pertenecer durante su vida laboral al RPMPD.

Porvenir S.A., Insiste en que la accionante, voluntariamente, decidió elegir el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como su régimen pensional inicial, por lo cual, no se puede hacer extensivo a este supuesto de hecho el análisis y las consecuencias jurídicas que se derivan de una ineficacia de traslado en tanto la parte actora nunca fue trasladada del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad. Tilda que impreciso solicitar la vinculación a Colpensiones en virtud de una ineficacia, cuando nunca existió vinculación a este fondo.

El Ministerio Público, conceptúa que la sentencia de primer nivel debe ser confirmada al tratarse de una afiliación inicial al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y no a un traslado de régimen pensional; refiere que, la Sala Laboral de la CSJ ha señalado que lo que se puede invalidar es el acto de traslado, no el de afiliación inicial y en este caso, no habría acto para invalidar, porque la demandante nunca perteneció al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de tal manera, que si se elimina su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad quedaría sin vínculo en el sistema pensional.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá la materia objeto de discrepancia inserta en la apelación.

2. Problemas jurídicos.

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

¿Fue acertada la decisión de primer grado negar la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS por tratarse de la primera inscripción al régimen

pensional?

3. Respuesta a este planteamiento

A la luz de las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes del sistema pensional, esto es, el RPMPD o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación escrita que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

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

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

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

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

La alta Corporación viene defendiendo la tesis que las AFP, desde su fundación e

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

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

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

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

4. Caso concreto

En el caso bajo estudio, no está en discusión que la señora MARTHA CECILIA QUENORAN QUENORAN nació el día 21 de agosto de 1974, por lo que actualmente cuenta con 49 años de edad, laboró al servicio del municipio de Santa Cruz Guachaves - Nariño, como empleada pública del orden territorial entre el 1º de enero de 1998 y el 31 de marzo del 2005, periodo durante el cual no fue afiliada a ninguna entidad de previsión ni a un fondo; **la afiliación INICIAL Y UNICA al Sistema General de Pensiones (SGP), tan solo la realizó el 19 de abril de 2005, según consta en el respectivo formulario⁵**, y se hizo directamente al Régimen de Ahorro Individual a través de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., entidad a la cual se encuentra afiliada hasta la actualidad.

⁵ Ver folio 34 del archivo 16 del expediente

Ahora, bajo la insistencia de no haber recibido una asesoría adecuada respecto al tema pensional, procura que se revoque la decisión de primer grado y en su lugar en esta instancia se declare la ineficacia de mentada afiliación para poder acceder a los beneficios del Fondo de Solidaridad Pensional Administrado hoy Por Fiduciaria S.A., al encontrarse en condiciones de pobreza extrema y pertenecer al grupo A del Sisbén.

Al respecto, debe decir la Sala que la pretendido por la iniciadora del litigio, no encuentra eco en esta instancia, como quiera al no haber estado afiliada al RPM en ninguna época, no es posible aspirar a un traslado de régimen, pues, *-se itera-* que, su primera y única afiliación, se llevó a cabo directamente al Porvenir S.A. el 19 de abril de 2005, hecho que consta en el respectivo formulario de afiliación⁶, en el que se registra como empleador el Municipio de Santacruz-Guachaves-Nariño.

Bajo esta arista, luce claro que no nos encontramos ante un traslado de régimen, pues nótese que la demandante desde que se afilió al fondo del RAIS, permaneció por un tiempo superior a 16 años sin manifestar inconformidad con su primera afiliación; y si bien, en el escrito promotor se informa que laboró al servicio del aludido municipio y este hecho está debidamente acreditado⁷, lo cierto es que, de la certificación electrónica de tiempos laborales CETIL, se consta que no estuvo afiliada a ningún fondo, es decir que, antes de afiliarse a Porvenir S.A., no provenía de ninguna otra AFP, luego entonces, no se acreditó que contara con alguna vinculación anterior al sistema de pensiones, siendo entonces su primera y única afiliación la realizada ante PORVENIR S.A. el 19 de abril de 2005.

Ahora, no se pierde de vista que, una vez seleccionado el Régimen de Ahorro Individual, el acto jurídico de traslado debía ceñirse a los tiempos establecidos en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, inicialmente de 3 años y luego, con la ley 797 de 2003, de 5 años, sin que, en todo caso, le falten menos 10 años para cumplir el requisito mínimo de la edad para pensionarse, en cuyo caso el traslado sería negado, como efectivamente sucedió en el sub lite.⁸

Así, se precisa que, en este evento, no es posible declarar la ineficacia del traslado lisa y llanamente porque no se da el presupuesto esencial de haber estado anteriormente afiliada al RPM al que pretende pertenecer; y, tampoco la ineficacia de la afiliación bajo el argumento de no haber recibido en debida forma la información tal como lo exigen los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, porque a

⁶ Ver folio 22 del archivo 01 del expediente digital

⁷ Ver folios 16 a 18 del archivo 01

⁸ Ver folio 66 archivo 01

diferencia de la ineficacia de traslado de régimen pensional que permite la regresión al estado anterior, de proceder la pérdida de validez de la primera afiliación, al retrotraer las cosas a su estado inicial, los recursos destinados a financiar las prerrogativas del sistema pensional, no se trasladarían al anterior régimen porque al no existir una vinculación anterior no habría a donde trasladar los recursos, en tal razón pasarían a los propios cotizantes; en este caso, a la demandante y a su empleador el Municipio Santacruz- Guachaves - Nariño.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4211 de 2021, en un asunto con entornos similares al que ocupa nuestra atención, expuso.

"Así las cosas, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, no resulta razonable declarar la ineficacia y disponer que las cosas retornen a su estado natural, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado, pues esto implicaría -de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los efectos de la ineficacia del acto jurisprudencialmente reseñados- que el afiliado pierda dicha calidad, no cuente con ninguna vinculación al sistema y pueda afiliarse nuevamente, sin la posibilidad de que las cotizaciones efectuadas previo a dicha declaratoria se remitan al otro régimen, por la potísima razón de que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al imponer a un régimen la obligación de responder por una prestación que nunca se construyó bajo su imperio y, en el caso del RPM, no contribuyó en ningún momento al fondo común, con lo que podría llegar a afectar el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados.

(...) Es importante circunscribir, que en los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo tal escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el otro régimen, lo que permite entender y crear el escenario que aquél siempre estuvo vinculado al anterior y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían remitirse a éste.

No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficacia expuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, «cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia», razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera, no ha existido vinculación anterior al otro régimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.

En esa línea de pensamiento, en sentencia SL 1806 de 2022, la alta Corporación, precisó:

"La jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho."

Y, en uno de sus más recientes pronunciamientos, esto es, la sentencia SL 1377 de 2023, sostuvo:

Así, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, su ausencia no conlleva la declaratoria de ineficacia en la medida que no hay pie a que las cosas retornen a su estado inicial, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado.

Y concluyó precisando:

Así las cosas, aun de verificarse la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de una eventual ineficacia del acto inicial perjudicarían a la afiliada, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del Sistema.

Con sujeción a estas pautas jurisprudenciales que constituyen doctrina probable, se concluye que si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado su postura frente a la obligación que tienen las AFP, de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideren pertinente, tratándose de afiliaciones iniciales como lo es el caso de la actora, la declaratoria de ineficacia no resulta procedente, pues la consecuencia es que la afiliada siempre permaneció en el régimen anterior, mismo que en este caso no existe.

Finalmente, conviene advertir que, si bien la omisión en la afiliación al régimen pensional de la demandante, es responsabilidad de la entidad empleadora y en este caso en el lapso entre el 1º de enero de 1998 y el 31 de marzo del 2005 no lo hizo, lo cierto, es que de tal situación no puede suponerse una afiliación al RPM, pues realmente este nunca existió y tampoco puede reemplazarse con los certificados de tiempos laborados, documentos que resultan inanes para demostrar afiliación a algún tipo de régimen pensional.

Recapitulando, la sentencia apelada es obsecuente con el ordenamiento jurídico, por

ende, será refrendada.

5. Costas

Sin lugar a condena en costas en esta instancia, dado que la recurrente se encuentra bajo amparo de pobreza⁹.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR en la sentencia proferida el 9 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso promovido por **MARTHA CECILIA QUENORAN QUENORAN** contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

⁹ Ver folio 1 archivo 34.